

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



AÑO CXIX 2014



ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

### LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Son los titulares y propietarios de los derechos de autor de los trabajos de investigación, compilación, selección de los fallos, resúmenes, formato y contenido de esta obra, de conformidad con los artículos 25, 26 y 8 literal b de la LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Queda prohibida la reproducción, total o parcial, su explotación, publicación y alteración del contenido y formato, muy especialmente con fines comerciales.

#### **Editor**

Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia Dr. Miguel Valarezo Tenorio Dra. Elena Durán Proaño Ab. Greta Lima Reyna Dr. Favian Hidalgo Romero Dra. Sandra Barrazueta Molina

Dra. Flor Tinoco Romero Dra. Fanny Correa Defaz Dra. Sylvia Amores Osorio Dra. Carla Espinosa Cueva

#### Diagramación y diseño

Dr. Santiago Aráuz Ing. Javier Leiva Ing. Edison Proaño

#### Impresión

Gaceta Judicial

GACETA JUDICIAL ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Gaceta JUDICIAL
año 2014

# TABLA DE CONTENIDO

## TABLA DE CONTENIDO

## SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

<b>I.</b> R: 326-2014 J: 17056-2008	Juicio propuesto por Tosha del Ecuador, en contra del Director del Hospital Eugenio Espejo, Ministra de Salud Pública, y Procurador General del Estado	5671
II. R: 369 2014 J: 344-2009	Juicio propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado ecuatoriano	5689
III. R: 408-2014 J: 116-2011	Juicio de plena jurisdicción o subjetivo propuesto por Víctor Julio Cartagena Salazar, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IEES) y Procurador General del Estado	5722
<b>IV.</b> R: 456-2014 J: 439-2010	Juicio propuesto por José Salvador Akintiua Chup contra el Comandante General de la Policía Nacional, Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y Delegado del Ministro del Interior y el Procurador General del Estado	
	SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO	
<b>I.</b> R: 170-2012 J: 0037-2010	Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Alejandro Calderón Crespo, representante legal de la Empresa Gerardo Ortiz e hijos Cia. Ltda, en contra del Director Regional del (SRI) Litoral Sur	5757
<b>II.</b> J: 6-2012	Juicio contencioso tributario propuesto por Luis Moises Chonillo Castro, representante legal de Poligráfica C.A. en contra del Director Regional del (SRI)Litoral Sur.	5788
<b>III.</b> J: 191-2012	Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Icaza y Francisco Lascano, representantes legales de la compañía Exportadora Bananera Noboa S.A. en contra del Director Regional del (SRI) Litoral Sur.	5810
<b>IV.</b> J: 19-2013	Juicio contencioso tributario propuesto por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. en contra de Servivio de Rentas Internas (SRI)	5825
	SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, Y TRÁNSITO	
<b>I.</b> R: 27-2014 J: 619-2013	Jucio penal por injurias propuesto por Alex Fernando Larenas Schettini, contra Juan Antonio Chávez Pesántez y otros	5843
II. R: 107-2014 J: 1279-2013	Juicio penal por injurias propuesto por Mentor Viterbo Huilca Cobos y otros, contra Mario Merino Verdezoto López y otros	5861

III. R: 453-2014 J: 1736-2013	Juicio penal por trata de personas seguido por el Estado Ecuatoriano contra Olga Virginia Pantoja Tovar	
<b>IV.</b> R: 556-2014 J: 089-2013	Juicio penal por estafa contra Angel María Campoverde Rivera	
<b>V.</b> R: 821-2014 J: 025-2013	Juicio penal por violación propuesto contra Víctor Eduardo Uchuari Poma	5937
<b>VI.</b> R: 818-2014 J: 1650-2013	Juicio penal por abuso de confianza propuesto por Zoila Carmela Rodríguez Paredes, contra Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla	5951
<b>VII.</b> R: 815-2014 J: 637-2013	Juicio penal por plagio en contra de Julio Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla	5977
<b>VIII.</b> R: 813-2014 J: 1654-2013	Juicio penal por abigeato contra Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros	6001
IX. R: 835-2014 J: 397-2013	Juicio penal por violación propuesto contra Héctor Anibal Proaño Molina	6021
<b>X.</b> R: 865-2014 J: 860-2012	Juicio penal por asesinato contra Henry Ricardo Loza Mosquera y otros	6035
<b>XI.</b> R: 943-2014 J: 1376-2013	Juicio penal por delito tributario en contra de Carlos Alejandro Dávila Calderón	6058
<b>XII.</b> J: 1530-2013-V	Juicio penal por el delito de homicidio en contra del ciudadano Oscar R Leonardo Vaca Ortiz	6082
	SALA DE LO LABORAL	
I. R: 008-2014 J: 540-2012	Juicio laboral que sigue Valero Salazar Cruz, en contra de las empresas INFORQUIN CIA LTDA, LANGOSTARSA S.A. y MISANSA S.A.	6127
<b>II.</b> J: 646-2012	Jucio laboral propuesto por Marcos Williams Rojas Torres en contra de la compañía Andes Petroleum Ecuador	6135
<b>III.</b> J: 2013-2012	Juicio laboral que por despido intempestivo sigue Andrés Varas en contra de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "La Dolorosa"	6152
<b>IV.</b> J: 898-2012	Juicio laboral propuesto por María Teresa López Armendáriz contra Fundación de Ayuda a la Educación Media-FUNDEM (COPEI)	6159
<b>V.</b> J: 891-2010	Juicio laboral propuesto por Calixto Eusebio Troya Fajardo, contra Juan José Arias y otros	6168

<b>VI.</b> J: 830-2012	Juicio laboral que por despido intempestivo sigue Ángel Velez en contra de Electroecuatoriana	6177	
<b>VII.</b> J: 42-2013	Jucio laboral propuesto por Vicente Ponce Rodríguez en contra de las compañía Sálicas del Ecuador y Guayatuna S.A.		
<b>VIII.</b> J: 2008-2012	Juicio laboral seguido por Jessica Moncayo contra Canal Uno Sociedad Anónima		
<b>IX.</b> J: 1267-2013	Juicio laboral propuesto por Juan Carlos Guevara Manzano, contra Padre Antonio Cabrejas Martin, Director General de estación radial, La Voz del Santuario		
	SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL		
<b>I.</b> J: 94-2013-MB	Juicio civil por daño moral seguido por René Yandún vs. Byron Pérez	6231	
II. R: 40-2014 J: 1236-2011	Juicio ordinario por lesión enorme propuesto por Félix Borja Barberán, en contra de Jaime Alberto Noroña y otra	6249	
III. R: 59-2014 J: 677-2012	Juicio verbal sumario por nulidad de sentencia, propuesto por Filanbanco S.A., en la persona de la Economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S.A. en contra de Edgardo Iván Falconí Palacios	6270	
<b>IV.</b> R: 62-2014 J: 274-2013-M	Juicio civil por daño moral seguido por Ana Buljubasich en contra de Nicolás Ochoa	6285	
V. R: 65-2014 J: 51-2012-MB	Juicio ordinario que por daño moral sigue Luis Alberto Castillo Loayza en contra de María Deifilia Orellana Yaguachi	6308	
<b>V.</b> R: 116-2014 J: 494-2013	Juicio ordinario propuesto por Edgar Rogerio Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, contra Emma Rosario Pesántez y otros	6322	
	SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES		
I. R: 050-2014 J: 002-2014	Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Carlos Alfonso Merino Chávez, contra Merci Patricia Mora Ulloa	6341	
	Juicio ordinario por impugnació de paternidad propuesto por Domingo 63 Ramiro Terán Villegas, contra Ruth Ximena Ortega Galarza		
III. R: 073-2014 J: 208-2013	Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Fredy Artemio Barzola Miranda, contra Rossy Lilian Bardi Moreno	6363	

IV. R: 081-2014 J: 028-2014	Juicio ordinario de impugnación de paternidad propuesto por Luis Xavier Martínez Hurtado, en contra de Hilda Cecilia Castro Pozo	6376
<b>V.</b> R: 097-2014 J: 110-2013	Juicio ordinario por impugnación de paternidad propuesto por Jhonny Vicente Gallardo Gallardo contra Gianella Elizabeth Gallardo Zavala y otra	6393



# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



#### 1

## Resolución nro. 326-2014 Juicio nro. 120-2011

Juicio propuesto por Tosha del Ecuador, en contra del Director del Hospital Eugenio Espejo, Ministra de Salud Pública, y Procurador General del Estado

#### SÍNTESIS

El Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública, fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo referente a la falta de aplicación y aplicación indebida del artículo 76 numeral 7, letra I), 66 numeral 2 y 32 de la Constitución de la República; artículos 115, 117 del Código de Procedimiento Civil; artículos 30, 31, 65 y 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En lo relacionado con el recurso de casación interpuesto por el Director General del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo fundamenta su recurso de casación en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación indicando que las normas infringidas en la sentencia son los artículos 76 N. 7 literal I) 9 y 66 numeral 2 de la Constitución de la República; 227, 314, 1572, 1574 y 1797 del Código Civil, 115 del Código de Procedimiento Civil y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Alega que los vicios que contiene la sentencia es la falta de aplicación del artículo76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, falta de motivación de la sentencia y falta de aplicación de los artículos 1572, 1574 y 1797 del Código Civil. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, luego de un prolijo análisis sobre el recurso casado por los recurrentes resuelve: casar la sentencia recurrida y se declara nula la resolución 002-2007 mediante la cual se declara unilateralmente terminado el contrato 009-2007, en la que se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado para que la empresa TOSHA DEL ECUADOR S.A. sea inscrita en el Registro de contratistas incumplidos.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio Contencioso Administrativo nro. 17056-ML-2008

Jueza ponente: Dra. Raquel Lobato

TRIBUNAL DISTRITAL nro. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- PRIMERA SALA.- Quito, a 29 de septiembre del 2010, las 10h35.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio contencioso, en nuestras calidades de Jueces y Juez Interno de la Primera Sala del Tribunal nro. 1 de lo Contencioso Administrativo. El doctor José Guerrero Bermúdez, comparece en su calidad de Procurador Judicial del señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha del Ecuador como justifica con el poder especial de procuración judicial otorgado el 24 de enero del 2008 ante el doctor Jaime Espinoza Cabrera Notario Octavo del cantón Quito y que en dos fojas útiles acompaña y deman-

da al doctor Patricio Ortiz Prócel en su calidad de Director del Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito, la doctora Carolina Chang, Ministra de Salud Pública y el doctor Xavier Garaicoa Ortiz en su calidad de Procurador General del Estado. Manifiesta que con fecha 04 de julio del 2007 Tosha del Ecuador legalmente representada por su mandatario Walter Feijoo Núñez, celebró un contrato con el Hospital Eugenio Espejo, cuyo objeto fue la compra de una máquina de anestesia, un equipo de laparoscopía, una unidad electroquirúrgica y tres laringoscopios adulto y dos equipos de diagnóstico siendo el valor del contrato de USD \$ 135.334,08 (ciento treinta y cinco mil trescientos treinta y cuatro con 08/100 dólares de los Estados Unidos de



América). Que cumplido que fue a cabalidad el contrato se procedió a la entrega de los equipos, con fecha 11 de julio del 2007, habiendo suscrito para el efecto el acta de entrega-recepción signada con el nro. 009-2007 por parte del doctor Vicente García González director del Hospital Eugenio Espejo, doctor Edgar Mazón Martillo Sub. Director Administrativo del Hospital Eugenio Espejo, abogado Alejandro Mera López Asesor Jurídico del Hospital Eugenio Espejo, el señor Nelson Saravia Jefe de Inventarios y su mandatario Walter Feijoo Núñez en su calidad de Gerente General de Tosha del Ecuador, habiéndose procedido a la verificación del cumplimiento del contrato en todas sus partes, es decir, la verificación de especificaciones técnicas y características de equipos médicos para el servicio de emergencia, materia de ese contrato, por parte de los miembros designados de la Comisión de entrega-recepción por la máxima autoridad de la Entidad Contratante. Además dice que la cláusula quinta del contrato refiriéndose a la forma de pago dice: la Contratante pagará a la Contratista la totalidad del precio pactado contra entrega de la totalidad de los bienes materia del presente contrato. "Los bienes fueron entregados a total satisfacción de la Contratista, se suscribió el acta de entrega-recepción en la que, no se hace ninguna observación a los equipos legalmente entregados y a pesar de esto hasta la presente fecha no se cancela el precio del contrato ya referido. Que con fecha 07 de diciembre del 2007 el Director del Hospital Eugenio Espejo suscribe la resolución signada con el nro. 002-2007, la misma que se dice le causó grave perjuicio económico y moral al mandatario del compareciente y a su empresa Tosha del Ecuador S.A. que por muchos años ha venido trabajando en forma tesonera, con honradez, pulcritud y dedicación. La resolución tomada por el Director del Hospital Eugenio Espejo es absolutamente improcedente, toda vez que el contrato fue cumplido a cabalidad, esto es la empresa Tosha del Ecuador entregó los equipos vendidos a satisfacción el 11 de julio del 2007 como se desprende del acta de entrega-recepción suscrita por el doctor Vicente García Gonzáles, Director del Hospital Eugenio Espejo, doctor Edgar Mazón Martillo Subdirector Administrativo del mencionado hospital, abogado Alejandro Mera López, Asesor Jurídico del Hospital y el señor Nelson Saravia, Jefe de Inventarios y el mandatario Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha del Ecuador. Manifiesta que el Código Civil establece en su artículo 1740 que: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han

convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito. Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende. Los materiales de un edificio, y los que naturalmente se adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo". El contrato que Tosha del Ecuador S.A., suscribió con el Hospital Eugenio Espejo se cumplió el 11 de julio del 2007. Correspondía al vendedor de acuerdo con el artículo 1764 del Código Civil cumplir con sus obligaciones que son dos: "Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida" Tosha del Ecuador S.A. entregó la cosa y sobre ella no existía nada que sanear, el vendedor cumplió con su obligación contractual. Que el artículo 1838 del Código Civil a la letra reza: "La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido". El comprador del Hospital Eugenio Espejo no cumplió con su obligación pues manifiesta que hasta la fecha no paga el precio convenido en el contrato de compra venta. Por lo dicho la resolución trascrita se torna en un absurdo jurídico y además antilógico. Que el numeral 17 del artículo 23 de la Constitución Política de la República del Ecuador dice: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas lo siguiente: "La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso". Con la resolución referida se está conculcando a su mandatario el derecho constitucional ya transcrito que es la libertad de trabajo ya que, una vez ejecutada la resolución se procedió a la inscripción del nombre de su mandatario Walter Feijoo Núñez y su representada Tosha del Ecuador S.A., en los registros de contratistas incumplidos en la Contraloría General del Estado, lo que ocasionó pérdidas económicas de la representada de su mandatorio sin que exista motivo para tal inscripción ya que, se cumplió el contrato a cabalidad, se entregó los equipos como consta de las actas ya referidas, ocasionando perjuicios tanto en el daño emergente cuanto en el lucro cesante. Por todo lo expuesto demanda la nulidad de la resolución signada con el nro. 002-2007, suscrita por el doctor Patricio Ortiz Prócel en su calidad de





Director del Hospital Eugenio Espejo, referida en los fundamentos de hecho de esta demanda y que en dos fojas útiles acompaña, para que se deje sin efecto la resolución que declaró terminado unilateralmente el contrato suscrito el 04 de julio del 2007, entre el Hospital Eugenio Espejo y su mandatario Walter Feijoo Núñez Gerente General y Representante Legal de Tosha del Ecuador S.A., y en la que, se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado para que, la representada de su mandatario sea registrada como empresa incumplidora de sus obligaciones contractuales con dicha institución del Estado. A fojas 13, con providencia de 25 de marzo del 2008, se solicita al actor que complete la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 literales a) y b) y artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como determine la cuantía de la reclamación. El actor comparece a fojas 14 a través de su Procurador Judicial y da cumplimiento a lo solicitado en la providencia mencionada. Dándose el trámite pertinente a este juicio se calificó la demanda el 09 de abril del 2008 y se dispuso citar a los demandados a fin de que contesten en el término de 20 días y propongan las excepciones de las que se crean asistidos. A fojas 18 comparece el doctor Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado y señala el casillero judicial nro. 1200 para notificaciones. A fojas 21 comparece el doctor Patricio Ortiz Prócel, en su calidad de Director del Hospital de Especialidades "Eugenio Espejo", que lo acredita con el documento certificado que adjunta, refiriéndose al juicio contencioso administrativo nro. 17056-ML propuesto por el doctor José Guerrero Bermúdez en su calidad de Procurador Judicial de la compañía Tosha del Ecuador S.A., contesta la demanda y dice que: la demanda planteada en contra del Hospital Eugenio Espejo, es improcedente, confusa e ilegal pues en la fundamentación superpone en forma indebida, alega acciones que en la técnica, jurídica y administrativa conllevan su improcedencia e incongruencia alegando al unísono la acción subjetiva y objetiva sin especificar a cuál de ellas se acoge. La confusión se agrava cuando su pretensión se refiere a la nulidad de la acción que no guarda armonía con las figuras descritas en los antecedentes de la demanda. El acto administrativo motivo de la demanda se deriva de un contrato administrativo celebrado conforme a la Ley de Contratación Pública, vale decir que la demanda carece de toda lógica, pues no se trata de un simple acto administrativo. Dice que

la Contraloría General del Estado, practicó un examen especial a los procesos precontractuales y contractuales en los que incluyen el contrato nro. 009-2007 suscrito el 04 de julio del 2007 por el Hospital Eugenio Espejo y la empresa Tosha del Ecuador S.A.; consecuentemente, el referido examen especial está en proceso, es decir salió de lo que es la fase administrativa del Hospital Eugenio Espejo, sin que se halle en firme al no concluir la fase de control. Por lo manifestado y de conformidad al artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que prescribe que son susceptibles de impugnación las resoluciones cuando causan estado. Concordantes con los artículos 30 literal c) y 31 literal c) de la referida Ley. La demanda planteada es improcedente e inadmisible por los motivos señalados, por falta de legítimo contradictor pasivo como es la Contraloría General del Estado quien hasta la fecha no ha terminado el proceso de examen del referido contrato, por lo que alega desde ya expresamente y de subsidio indebida acumulación de acción. Subsidiariamente a los antecedentes y razonamientos propone las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Existe legitimidad y legalidad de las actuaciones del Hospital Eugenio Espejo así como de las acciones que provienen de la Contraloría General del Estado en consideración a que han operado las cláusulas exorbitantes que mantienen toda entidad pública y se ha realizado en prevención y control de los recursos públicos a través del examen especial de la Contraloría General del Estado. 3. Inadmisibilidad de la demanda por que es confusa y contradictoria con las pretensiones del actor. 4. Alega expresamente la nulidad de todo por no presentarse la acción al órgano de control y legítimo contradictor que es la Contraloría General del Estado. 5. Improcedencia de la demanda por lo que indiscriminadamente pretende interponer para soslayar la prescripción, y caducidad, tanto del recurso de plena jurisdicción y el objetivo de anulación. 6. Existe falta de derecho del actor para proponer la acción porque no se ha violentado sus derechos subjetivos ni intereses, como tampoco en la fase administrativa no se ha desvirtuado a los fundamentos que determinaron la terminación unilateral del contrato y el perjuicio económico causado a la entidad, hechos que se examinan por parte de la Contraloría General del Estado, en espera de una resolución. 7. En lo referente a la terminación unilateral, tomando en cuenta la fecha de la misma ha operado la caducidad de



cualquier derecho del actor y la prescripción de la acción conforme a la Ley de lo Contencioso Administrativa, concordante con el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. 8. Improcedencia de la acción debido a que el Juzgado Sexto de lo Civil, ya se pronunció sobre el requerimiento de la actora, habiéndose por tal motivo archivado la causa, tanto más que es un principio jurídico que no cabe dos demandas por una sola causa. En mérito de la contestación formulada y excepciones planteadas solicita que en sentencia se deseche la demanda. A fojas 27 consta la delegación nro. 55.702 de 03 de junio del 2008, en la cual el doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado, delega al Asesor Jurídico del Hospital Eugenio Espejo para que intervenga a nombre del Procurador General del Estado en el juicio contencioso administrativo nro. 17056-ML propuesto por el doctor José Guerrero Bermúdez en su calidad de Procurador Judicial del señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha del Ecuador S.A. en contra del Hospital Eugenio Espejo, Ministerio de Salud Pública y Procurador General del Estado. A fojas 29 comparece el doctor Wilson Rodrigo Parra Andagoya, en su calidad de Asesor Jurídico del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, a nombre del señor Procurador General del Estado, el doctor Diego García Carrión, conforme delegación adjunta y certificación otorgada por el Coordinador de la Gestión de Recursos Humanos del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, y manifiesta que en lo principal, conforme la documentación remitida por el Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo aparece que la Contraloría General del Estado, sobre los hechos materia de la improcedencia e ilegal acción propuesta por el doctor José Guerrero Bermúdez, Procurador Judicial de la empresa Tosha del Ecuador S.A., ha prevenido el conocimiento mediante examen especial al proceso precontractual, contractual y de ejecución del trámite signado con el nro. 009-2007. Habiéndose emitido resultados parciales y entregado el borrador del informe, consecuentemente alega nulidad de todo lo actuado en razón de que no ha sido citado como única parte procesal la Contraloría General del Estado, quien avocó conocimiento y se halla en curso el proceso de revisión del acto debidamente recurrido. Nulidad que la alega expresamente pero no se allana a la misma con la presente contestación. En forma subsidiaria hace suyos los fundamentos de hecho y de derecho presentados por el señor Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y

las excepciones manifestadas, así como las declaradas por la señora Ministra de Salud Pública. A fojas 31 comparece el doctor Marco Antonio Ortega Zambrano, en su calidad de Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y señala el casillero judicial nro. 4316 para sus notificaciones. A fojas 36 comparece la doctora Caroline Chang Campos, Ministra de Salud Pública conforme acredita con las copias certificadas de su nombramiento que acompaña, en el juicio contencioso administrativo, que sigue el doctor José Guerrero Bermúdez en su calidad de Procurador Judicial del señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha del Ecuador, en contra del Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, Ministra de Salud Pública y Procurador General del Estado, y manifiesta: a) El Ministerio de Salud Pública, no ha tenido ninguna intervención en la celebración del contrato de adquisición de equipos médicos para el servicio de emergencia del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, y menos aún con la terminación unilateral de dicho contrato, toda vez que el contrato fue celebrado entre el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo por intermedio del Director de ese entonces y la empresa Tosha del Ecuador, por intermedio de su representante legal, el 04 de julio del 2007. b) El Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo tiene competencia y capacidad legal y absoluta para celebrar contratos así como dar por terminados los mismos conforme a derecho y apegado a la ley en defensa de los intereses del Estado. Con estos antecedentes dentro del término concedido deduce las siguientes excepciones: 1. Falta de derecho del actor. Pues ninguna relación contractual le une al Ministerio de Salud Pública. 2. Improcedencia de la demanda. El actor no determina con claridad por qué tipo de acción deduce la impugnación, esto es si por la subjetiva de plena jurisdicción o por la objetiva, situación que conduce a una indeterminación por su parte, dando lugar a la oscuridad de la demanda. Por lo cual el Tribunal antes de calificar la misma debió solicitar la aclaración necesaria que permita a futuro el conocer con exactitud cuál es el tipo de reclamo del actor. 3. Ilegitimidad de personería del demandado. La Ministra de Salud Pública y el Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, no tienen personería jurídica, ni son representantes judiciales del Estado, ni representantes legales de las entidades de las cuales son sus titulares, toda vez que el único representante judicial es el señor Procurador General del Estado. 4. Falta de legítimo contradictor. Pues el actor no





demandado a quien correspondía, esto es al señor Procurador General del Estado que es el único representante judicial del Estado y esta omisión produce la inobservancia de solemnidades substanciales y consecuentemente la nulidad de la causa. Nulidad que alega expresamente. 5. Nulidad del juicio. Por expresas violaciones de trámite, al no haberse demandado directamente conforme correspondía al señor Procurador General del Estado, pues solo se ha pedido que se cuente con él, lo que constituye una omisión de solemnidad sustancial y produce la nulidad de la causa que debe ser declarada. 6. Consecuentemente con las excepciones formuladas anteriormente, niega simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y solicita que la misma sea rechazada en sentencia, condenando al actor al pago de costas procesales entre las que se incluirán los honorarios de la defensa. A fojas 42 comparece el doctor Alex Camacho Vásconez, Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y autoriza al doctor Julio Mármol Almeida y al abogado Edgar Luna Sarmiento, para que suscriban cuanto escrito sea pertinente en defensa de los intereses del Hospital Eugenio Espejo. A fojas 43 comparece el señor Walter Feijoo Núñez en su calidad de Gerente General y Representante Legal de Tosha del Ecuador, y señala como casillero judicial para notificaciones el nro. 1590 y designa como su abogado defensor al doctor Wilson Torres Merizalde, con quien dice se deberá contar en lo posterior como su abogado patrocinador. Concluida la etapa procesal y encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución Política del Estado del año 1998 y los artículos 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Tribunal es competente para el conocimiento y resolución de la presente causa y la Sala atento el sorteo efectuado. **SEGUNDO:** No existen causales de nulidad que declarar pues durante el trámite, no se ha inobservado solemnidad alguna que afecte la validez del proceso. TERCERO: La negativa de los fundamentos de hecho y de derecho formulados por los demandados obliga al actor a probar los hechos afirmados por su parte en la demanda. CUAR-TO: Al calificar la demanda, el Ministro de Sustanciación la encontró clara y completa sin que se haya impugnado esa providencia en su oportunidad. Además las partes demandadas no establecen cual es el requisito formal que ha incumplido la actora en su demanda por lo que se rechaza la excepción de

improcedencia de la demanda formulada por los demandados. QUINTO: El derecho del actor para interponer la demanda se encuentra garantizado por el artículo 24 numeral 17 de la Constitución Política del Estado de 1998 y por los artículos 2 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que se desecha la excepción de falta de derecho del actor para deducir la demanda. **SEXTO:** La ilegitimidad de personería del demandado, Ministerio de Salud Pública y del Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, no ha lugar, toda vez que por no tener personería jurídica conforme manifiestan los demandados en su excepción, el accionante demandó al Procurador General del Estado, quien ha hecho uso legítimo de su derecho y ha comparecido a juicio, señalando domicilio para sus notificaciones, y además a delegado al Director de Asesoría Jurídica del Hospital Eugenio Espejo, para que ejercite la defensa que corresponde al Estado, consecuentemente no existe ilegitimidad de personería de los demandados, por lo que se desestima la excepción manifestada por este concepto. **SÉPTIMO.** Del análisis y estudio de los documentos y escritos que constan de autos, de las pruebas actuadas por las partes, consta de fojas 48 a 51 el acta de entrega recepción nro. 009-2007, del contrato para adquisición de equipos médicos para el servicio de emergencia del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, diligencia llevada a cabo el 11 de julio del 2007 a la que comparecen en representación del hospital mencionado el doctor Vicente García Gonzáles en su condición de Director, el doctor Edgar Mazón Subdirector Administrativo, el abogado Alejandro Mera Asesor Jurídico de Contratación Pública, el señor Nelson Saravia Jefe de Inventarios y el señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General en representación de Tosha del Ecuador S.A. como vendedor. En la mencionada acta se hace un resumen de los antecedentes que motivaron la adquisición de los equipos y el proceso precontractual que llevaron a cabo hasta la adjudicación del contrato para los equipos médicos del servicio de emergencia del Hospital Eugenio Espejo que recayó en la empresa Tosha del Ecuador S.A., por considerar la mejor oferta técnica y de calidad; y, además se contaba con la disponibilidad presupuestaria requerida de conformidad con la certificación que se dice fue otorgada por el Coordinador Financiero mediante memorando nro. 201-DFC-HEE-2007 de fecha 19 de junio del 2007, en la cual se informa que los equipos a adquirirse se harán con cargo a la partida presupuestaria nro. 84.01.04 del programa



de equipamiento. En la mencionada acta se detalla las características técnicas de los equipos y en la cláusula quinta la liquidación económica que concluye que el comprador en este caso el Hospital Eugenio Espejo, debe pagar al vendedor, la suma USD 135.334,08, además se dice que con la suscripción de la presente acta la compañía Contratista queda habilitada para recibir la totalidad del precio pactado en el contrato, menos la retención de ley, previa revisión y aprobación de la unidad responsable, es decir el Departamento Financiero de la Entidad Contratante. **OCTAVO:** A fojas 52 y 53 consta el informe jurídico emitido por la doctora Fanny Jara León, abogada de Contratación Pública del Hospital Eugenio Espejo, la misma que se dirige al doctor Vicente García, Director del hospital el 20 de septiembre del 2007, y luego de reseñar el historial de la adquisición de los equipos, en el que manifiesta que el hospital cumplió con todas las disposiciones legales estipuladas en la Ley de Contratación Pública, realizó consultas de orden legal a la Superintendencia de Compañías, a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado, para conocer la idoneidad de la compañía vendedora, habiendo dichas instituciones emitido pronunciamientos que demostraban que la vendedora no estaba incursa en ninguna prohibición legal que le impida contratar con el Estado. Además particularizando lo atinente a la contratación de los equipos en mención, concluye que respetando el criterio del Director, su pronunciamiento es que como el vendedor ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones para con el comprador, se debe proceder al pago, cumpliendo en esta forma con lo estipulado en la cláusula quinta del contrato. Además manifiesta que de las ocho pruebas realizadas a los equipos adquiridos por los diferentes especialistas sobre el funcionamiento de los mismos, siete han aprobado positivamente el funcionamiento, circunstancia que determina que los equipos cumplían con las especificaciones técnicas que la institución requirió para el buen funcionamiento de las mismas y para la optimización del servicio público de salud. NO-**VENO:** A fojas 57 y 58 consta el memorando nro. SAJ-10-2007-1966 de 26 de octubre del 2007, dirigido al señor Subsecretario General de Salud, al Director Nacional de Asesoría Jurídica abogado Aníbal Mosquera Álvarez, el mismo que luego de fundamentar su criterio jurídico, concluye que del análisis realizado "Es criterio de esta Dirección Nacional de Asesoría Jurídica que el Director del Hospital de Especialidades Médicas Eugenio Espejo ha

incumplido las cláusulas contractuales, en tal virtud debe disponer su inmediato pago para cancelar las obligaciones derivadas del contrato". DÉCIMO: Sin embargo de los criterios jurídicos, tanto del Asesor Jurídico de Contratación Jurídico de Contratación Pública del Hospital Eugenio Espejo y del Director Jurídico del Ministerio de Salud Pública, que recomendaban el pago del valor adeudado al Contratista, la institución no procedió al pago, razón por la cual el vendedor solicita mediante demanda de requerimiento tramitada en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha que se inicia en contra del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y pide se requiera al Director del hospital para que en el término de tres días cumpla con el pago a la empresa Tosha del Ecuador, demanda presentada el 24 de agosto del 2007, la misma que luego de haber sido calificada y haberse notificado al Director del hospital el mismo que compareció ante el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, señaló casillero judicial para sus notificaciones y solicitó que con el requerimiento se sirva notificar al señor Procurador General del Estado, diligencia que se practica por parte del Juzgado mencionado y posteriormente con escrito presentado el 24 de septiembre del 2007 el representante legal de la empresa Tosha del Ecuador S.A. desiste de continuar con el requerimiento solicitado, reconoce la firma y rúbrica constante en la petición el 24 de septiembre del 2007 y consecuentemente, el Juzgado mencionado mediante auto dictado el 24 de septiembre del 2007 acepta el desistimiento y dispone el archivo de la causa. DÉCI-**MO PRIMERO:** Concluida la diligencia de requerimiento, con posterioridad el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo a través de su Director emite la Resolución nro. 002-2007 de 07 de diciembre del 2007, por medio de la cual da por terminado unilateralmente el contrato de adquisición de equipos médicos para el servicio de emergencia del hospital mencionado, argumentando que el vendedor ha incumplido el contrato, procedimiento que denota que existe contradicciones en las actuaciones que ha llevado a cabo la Dirección del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, basado en los criterios jurídicos de sus asesores legales, pues en un momento, los mismos manifiestan que hay la obligación de pagar al Contratista y posteriormente manifiestan que debe darse por terminado el contrato por incumplimiento del Contratista, pues si hubiese existido incumplimiento del vendedor no se hubiese suscrito el acta de entrega-recepción, diligencia que finaliza la contratación llevada





a cabo para la adquisición de los equipos médicos; por otro lado de autos no consta que se haya comprobado técnicamente que los equipos no hayan funcionado conforme correspondía, pues los mismos fueron comprobados por ocho especialistas y los siete manifestaron que los equipos tenían buen funcionamiento, circunstancia que conduce a concluir que el vendedor cumplió con su obligación de entregar los equipos conforme a las especificaciones técnicas constantes en las bases de contratación, razón por la cual se llega a la conclusión de que los mismos cumplían a cabalidad con el objetivo para el cual fueron adquiridos, sin embargo de los cuales no se ha abonado el valor al vendedor. Por lo expuesto y sin que sea necesario ninguna otra consideración, la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚ-BLICA, acepta la demanda formulada por el doctor José Guerrero Bermúdez en su calidad de mandatario del señor Walter Feijoo Núñez Gerente General

de Tosha del Ecuador S.A. y declara la nulidad de la Resolución signada con el nro. 002-2007 de 07 de diciembre del 2007 suscrita por el doctor Patricio Ortiz Prócel en su calidad de Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y dispone que ejecutoriada que sea esta sentencia se oficie a la Contraloría General del Estado para que elimine del registro de contratistas incumplidos a la empresa Tosha del Ecuador S.A., cuyo Gerente General es el señor Walter Feijoo Núñez; además se dispone que en el término de treinta días el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo proceda a pagar al actor la suma de USD 135.334,08 dólares que se encuentra adeudando a la Institución demandada a la empresa actora por concepto de la compra de los equipos y maquinaria constantes del contrato celebrado el 04 de julio del 2007 entre el actor y la entidad demandada. Sin costas. Notifíquese.

f) Dr. Marco Idrobo Arciniega Juez; Dra. Raquel Lobato De Sancho Juez; Dr. Jaime Enríquez Yépez Juez Interino.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 120-2011

Juicio propuesto por Tosha del Ecuador, en contra del Director del Hospital Eugenio Espejo, Ministra de Salud Pública, y Procurador General del Estado

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 23 de abril de 2014, a las 16h46.

VISTOS: El Juez abajo firmante avoca conocimiento y actúa en el presente juicio, conforme la Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura y por la Resolución de Conformación de Salas nro. 3-2013 de 22 de julio de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia así como del sorteo que consta en el proceso. También avoca conocimiento y actúa en la presente causa el doctor Juan Montero Chávez, de conformidad con los oficios nos 1887-SG-CNJ-IJ de fecha 25 de septiembre de 2013 y 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscritos por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia y de conformidad con el artículo 2 literal c) de la Resolución nro. 7-2012 de 27 de junio de 2012. Por otra parte en virtud de que mediante resolución del Pleno de la Corte Nacional nro. 10-2012 de 29 de agosto de 2012, la doctora Ximena Vintimilla Moscoso Jueza Nacional dejó de pertenecer a esta Sala Especializada, conforme el artículo 2, literal c), de la Resolución nro. 7-2012 de 27 de junio de 2012, actúa la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional.

#### I.- ANTECEDENTES

1.1.- El doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública, y el doctor Jaime Miranda Guerrero, Director General del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, interponen sendos Recursos de Casación en contra de la sentencia de 29 de septiembre de 2010, a las 10H35, expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, dentro del juicio de impugnación nro. 17056-2008, cuya sentencia "[...] acepta la demanda formulada por el doctor José Guerrero Bermúdez en su calidad de mandatario del señor Walter Feijoo Núñez Gerente General de Tosha del Ecuador S.A. y declara la nulidad de la Resolución



signada con el nro. 002-2007 de 07 de diciembre del 2007 suscrita por el doctor Patricio Ortiz Prócel en su calidad de Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y dispone que ejecutoriada que sea esta sentencia se oficie a la Contraloría General del Estado para que elimine del registro de contratistas incumplidos a la empresa Tosha del Ecuador S.A., cuyo Gerente General es el señor Walter Feijoo Núñez; además se dispone que en el término de treinta días el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo proceda a pagar al actor la suma de USD 135.334,08 dólares que se encuentra adeudando la institución demandada a la empresa actora por concepto de la compra de equipos y maquinaria constantes en el contrato celebrado el 04 de julio del 2007 entre el actor y la autoridad demandada[...]"

1.2.- El doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública, fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo referente a la falta de aplicación y aplicación indebida del artículo 76 numeral 7, letra l), 66 numeral 2 y 32 de la Constitución de la República; artículos 115, 117 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 30, 31, 65 y 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; al respecto alegó: "El requisito fundamental que no contiene la sentencia es la falta de motivación, establecido en el Art. 76 nro. 7, letra L) de la Constitución, ya que la sentencia dictada por el Tribunal ad quem no cumple con los requisitos que debe tener la misma, es decir la motivación, ya que no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y peor que se haya explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)". En lo relacionado con el Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Jaime Miranda Guerrero, en su calidad de Director General del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo fundamenta su Recurso de Casación en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación indicando que las normas infringidas en la sentencia son los artículos 76 nro. 7 literal l) y 66 numeral 2 de la Constitución de la República; 227, 314, 1572, 1574 y 1797 del Código Civil, 115 del Código de Procedimiento Civil y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Alega que los vicios que contienen la sentencia es la falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, falta de motivación de la sentencia y falta de aplicación de los artículos 1572, 1574 y 1797 del Código Civil.

1.3.- Mediante auto de 09 de mayo de 2012, a las 11H50, la Corte Nacional de Justicia, aceptó a trámite el recurso interpuesto por el doctor José Raúl Zambrano Figueroa, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública, en lo relativo únicamente a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación y, se dispone correr traslado a las partes, por el término de cinco días, conforme lo prevé el artículo 13 de la Ley de Casación. En lo que respecta al Recurso de Casación interpuesto por el doctor Jaime Miranda Guerrero, Director General del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo no se lo admite por cuanto la institución recurrente carece de personalidad jurídica.

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

- **2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.
- 2.2.- Determinación del problema jurídico a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia, sujeta al análisis casacional por el legitimario, tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso:
- a) ¿En el fallo dictado por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1 de Quito, se configura el vicio contemplado en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley de Casación al no cumplir con el requisito de motivación previsto en el artículo 76 nro. 7 literal l) de la Constitución de la República?

# III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1.- En primer lugar, hay que señalar que la casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. 3.2.- En lo relacionado con el problema jurídico planteado ut supra, esta Sala Especializada considera lo siguiente: 3.2.1.- La causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación dispone: "Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.". Este cargo se refiere a la transgresión de normas relacionadas





con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que se configuraría de dos formas: Por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; y, por incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan resoluciones contradictorias o incompatibles. 3.2.2.- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en su Resolución 112 del 21 de abril de 2003 que: "El numeral quinto del art. 3 de la Ley de Casación señala dos vicios de fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la identificación de las personas a quien el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los considerandos), o en la parte resolutiva, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien lo expide; y b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles.". 3.2.3.- En relación a la falta de motivación de la sentencia el doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro La Casación Civil en el Ecuador, página 136, Andrade&Asociados, Fondo Editorial, respecto a la causal quinta manifiesta que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la Resolución nro. 271 de 19 de julio de 2001, en el juicio 90-01 (DAC vs. Cobo, publicada en el Registro Oficial 418 de 24 de septiembre de 2001) indica: "Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutiva. La falta de motivación está ubicada en la causal 5a del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo...". 3.2.4.- Esta Sala Especializada considera que la exigencia de la motivación contempla principalmente tres esferas: la primera, de una manera directa con el Estado Constitucional de derechos y justicia social (artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador) y con la concepción de legitimidad de la Administración de Justicia apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Constitución y Ley, esto es la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador). En la segunda, la motivación constituye una garantía dirigida a lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección de los hechos y la justicia de la decisión, en tal sentido debe encontrase plasmado en la sentencia el esfuerzo del juzgador para lograr una aplicación del

Derecho libre de arbitrariedad. La tercera esfera se conceptualiza en que la motivación es necesaria en el sentido de que si la sentencia no se encuentra debidamente motivada privaría a la parte afectada del ejercicio efectivo de los recursos judiciales puesto que únicamente en base a la motivación se puede realizar un control sobre la correcta aplicación del Derecho en la sentencia por parte del Tribunal A-quo, de modo que al constituirse la motivación como parte de las garantías básicas del derecho a la defensa contempladas en al artículo 76 de la Constitución de la República es el pilar fundamental en el respeto a los derechos de las personas. 3.2.5.- Por otro lado la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en fallo publicado en la Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. Nro. 2. Página 363, señaló que "La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia. La motivación sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.". 3.2.6.- Finalmente esta Sala Especializada considera pertinente señalar que además de lo mencionado, motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la *litis* del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas.

3.3.- Además de las consideraciones realizadas en el punto que antecede, en relación a lo calificado por el Tribunal de Conjueces en el auto de admisión, esto es la supuesta falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, esta Sala Especializada debe indicar lo siguiente: 3.3.1.- La norma constitucional denunciada por la parte actora establece lo siguiente: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ... l) 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 servidoras o servidores responsables serán sancionados." (El subrayado es de la Sala). Es por demás claro que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Como se ha indicado, motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la litis del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas. Anteponiendo esta premisa como antecedente, esta Sala Especializada procede a analizar el contenido del fallo recurrido, desglosando lo siguiente: Un resumen del contenido de las pretensiones de la demanda presentada por José Guerrero Bermúdez, así como las contestaciones realizadas por parte del Director Nacional de Patrocinio, el Asesor Jurídico del Hospital Eugenio Espejo delegado del Procurador General del Estado, el Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo y la Ministra de Salud Pública; la verificación de la competencia del Tribunal de instancia para conocer la causa; la declaración de validez del proceso; el análisis de los documentos que constan en el proceso concluyendo que "{...} el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo a través de su Director emite la Resolución nro. 002-2007 de 07 de diciembre del 2007 por medio de la cual da por terminado unilateralmente el contrato de adquisición de equipos médicos para el servicio de emergencia del hospital mencionado, argumentando que el vendedor ha incumplido el contrato procedimiento que denota que existe contradicciones en las actuaciones que ha llevado a cabo la Dirección del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, basado en los criterios jurídicos de sus Asesores Legales, pues en un momento, los mismos manifiestan que hay la obligación de pagar al Contratista y posteriormente manifiestan que debe darse por terminado el contrato por incumplimiento del Contratista, pues si hubiese existido incumplimiento del vendedor no se hubiese suscrito el acta de entrega recepción, diligencia que finaliza la contratación llevada a cabo para la adquisición de los equipos médicos; por otro lado de autos no consta que se haya comprobado técnicamente que los equipos no hayan funcionado conforme correspondía, pues los mismos fueron comprobados por ocho especialistas y los siete manifestaron que los equipos tenía buen funcionamiento, circunstancia que conduce a

concluir que el vendedor cumplió con su obligación de entregar los equipos conforme a las especificaciones técnicas constantes en las bases de contratación, razón por la cual se llega a la conclusión de que los mismos cumplían a cabalidad con el objetivo para el cual fueron adquiridos, sin embargo de los cuales no se ha abonado el valor al vendedor {...}". Es necesario señalar que el Tribunal de instancia, a pesar de haber realizado un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodean el caso materia de la *litis*, no sustenta su decisión en base a normas o principios, no llegándose a establecer la esencia de la motivación, esto es la aplicación de la subsunción de las normas pertinentes a la materia a los hechos dados por ciertos en el fallo, por lo que, es criterio de esta Sala Especializada que el vicio previsto en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación se configura en la sentencia recurrida, y en virtud de ello se resuelve el problema jurídico planteado en el numeral 2.3 de la presente sentencia, se declara la nulidad del fallo, y conforme al art. 16 de la Ley de Casación, este Tribunal debe expedir la sentencia de mérito que corresponde.

#### IV SENTENCIA DE MÉRITO

**4.1.-** De las piezas procesales constantes en el expediente de instancia, se analiza lo siguiente: 4.1.1.-La pretensión contenida en la demanda, presentada por parte del Procurador Judicial de la empresa TOSHA DEL ECUADOR (fojas 10 a 12), se circunscribe a la declaración de nulidad de la Resolución 002-2007 suscrita por el Dr. Patricio Ortiz Prócel en su calidad de Director del Hospital Eugenio Espejo para que se deje sin efecto la resolución que declaró terminado unilateralmente el contrato suscrito el 04 de julio del 2007 {...} y en la que, se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado, para que la representada de mi mandatario sea registrada como empresa incumplidora de sus obligaciones contractuales con dicha institución del Estado.". Dentro de los fundamentos de hecho, la parte actora indica que el 04 de julio de 2007 celebró un contrato con el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, cuyo objeto contractual era la compra de una máquina de anestesia, un equipo de laparoscopía, una unidad electro electroquirúrgica (SIC), tres langaroscopios adulto y dos equipos de diagnóstico. Indica además que el 11 de julio de 2007 el Director del Hospital, el Subdirector Administrativo del Hospital, el Jefe de Inventarios y el Gerente General de Tosha del Ecuador, suscribieron el acta de entrega recepción número 009-2007. Por otra parte arguye que "Los bienes fueron



entregados a total satisfacción de la contratista, se suscribió el acta de entrega recepción en la que, no hace ninguna observación a los equipos legalmente entregados y a pesar de esto hasta la presente fecha no se cancela el precio del contrato ya referido". Los fundamentos de Derecho en los que se sustenta la referida demanda son los artículos 1, 3 y 59 de la Lev de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 4.1.2.- Mediante auto de 25 de marzo de 2008, la Jueza de sustanciación del proceso dispone que el actor complete su demanda de conformidad con lo que establece los literales a) y b) del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y determine la cuantía. Con escrito presentado el 28 de marzo de 2008, la parte actora completa la demanda y mediante auto de 09 de abril de 2008, la Jueza de sustanciación la acepta al trámite y ordena citar a los demandados. 4.1.3.- El Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, mediante escrito de 03 de junio de 2008 señala la casilla judicial para que se realicen las notificaciones que correspondan. 4.1.4.-Con escrito de 20 de junio de 2008, el Director del Hospital Eugenio Espejo alega como excepciones las siguientes: "Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda {...} legitimidad y legalidad de las actuaciones del Hospital Eugenio Espejo así como de las acciones que provienen de la Contraloría General del Estado en consideración que han operado las cláusulas exorbitantes que mantienen toda Entidad Pública y se ha realizado en prevención y control de los Recursos Públicos a través del examen especial de la Contraloría General del Estado;{...} inadmisibilidad de la demanda por que {sic} es confusa y contradictoria con las pretensiones del actor {...} la nulidad de todo por no presentarse la acción al Órgano de Control y legítimo contradictor que es la Contraloría General del Estado {...} Improcedencia de la demanda por lo que indiscriminadamente pretende interponer para soslayar la prescripción, y caducidad, tanto del recurso de plena jurisdicción y el objetivo de anulación {...} falta de derecho del actor para proponer la demanda {...} caducidad de cualquier derecho del actor y la prescripción de la acción conforme a la Ley de lo Contencioso Administrativa, concordante con el art. 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado {...} Improcedencia de la acción debido a que el Juzgado Sexto de lo Civil, ya se pronunció sobre los requerimientos de la actora, habiéndose por tal motivo archivado la causa, tanto más que es un principio jurídico que no cabe dos demandas por una sola causa.". 4.1.5.- Por su parte el Asesor Jurí-

dico del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo delegado del Procurador General del Estado alega "{...} nulidad de todo lo actuado en razón de que no ha sido citado como única parte procesal la Contraloría General del Estado {...}". 4.1.6.- El Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo mediante escrito de 27 de junio de 2008 señaló casilla judicial, designa abogado patrocinador y remite el expediente administrativo del caso. 4.1.7.- Mediante escrito de 16 de enero de 2009, la Ministra de Salud Pública señala como excepciones falta de derecho del actor, improcedencia de la demanda, ilegitimidad de personería del demandado, falta de legítimo contradictor, nulidad del juicio y negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda. **4.1.8.-** Mediante auto de 22 de julio de 2009, el Tribunal de Instancia abre el término de prueba por diez días. 4.1.9.- Dentro del período de prueba, mediante escrito de 04 de agosto de 2009, la parte actora solicita que se tenga como prueba a su favor: la copia certificada del acta de entrega recepción definitiva nro. 009-2007 de 11 de julio de 2007, en la cual no consta observación alguna, el artículo 107 de la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha en la que se declaró la terminación unilateral del contrato, el contenido del memorando enviado por la Dra. Fanny Jara León abogada de Contratación Pública del Hospital Eugenio Espejo al Director del referido hospital el 20 de septiembre de 2007, el resultado de la prueba de funcionamiento de la máquina de anestesia marca Pennlon Modelo SP1002 realizado por los médicos del Servicio de Anestesiología del Hospital Eugenio Espejo, el memorando 269-DIR-07 de 19 de septiembre de 2007 en el que a criterio del actor se puede verificar que los equipos materia del contrato fueron entregados en buenas condiciones y el memorando SAJ-10-2007-1966 de 26 de septiembre de 2007, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud en el que se reconoce que es el Director del Hospital Eugenio Espejo quien ha incumplido las cláusulas contractuales y se pronuncia sobre el pago de las obligaciones derivadas del contrato. 4.1.9.- (SIC) La Ministra de Salud Pública solicita que se realicen las siguientes diligencias: a) Que se oficie al Juez Sexto de lo Civil de Pichincha para que confiera copias de la providencia de 24 de septiembre de 2007, en la que notifica el desistimiento y archivo del requerimiento formulado por el señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha del Ecuador en contra del Hospital de Especialidades



Eugenio Espejo; **b**) Al Director del Hospital Eugenio Espejo para que se remita copia certificada del memorando s/n, de 11 de julio de 2007 suscrito por la Dra. Mónica Aguilar, Líder Departamental de Anestesia del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo; **c**) Al Director Provincial de Salud de Pichincha para que remita copia certificada del oficio nro. PGESSPS-0263 (SIC) de 25 de julio de 2007 en el que se adjunta el informe emitido por la Comisión conformada para realizar un estudio del Proceso de Contratación para adquisición de Equipos Médicos para el Servicio de Emergencia del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo. 4.1.10.- En cuanto a las pruebas solicitadas por el Director General del Hospital Eugenio Espejo, solicita que se envíe atento oficio a las siguientes personas: a) El Juez Sexto de lo Civil de Pichincha para que confiera copia certificada del juicio 0850-2007; **b)** Al Director Provincial de Salud de Pichincha para que remita copia certificada del oficio nro. PGESPS-02636 (SIC) de 25 de julio de 2007; c) A la SENRES para que remita copia certificada del oficio SENRES RH-2007-003626 de 27 de abril de 2007; **d)** Al Contralor General del Estado para que se confiera copia certificada del informe de auditoría practicado al proceso precontractual y de ejecución del contrato 009-2007. Por otra parte solicita que se señale día y hora a fin de que el actor comparezca para rendir confesión judicial en relación a las preguntas entregadas en el Tribunal en sobre cerrado.

**4.2.-** De las piezas procesales contenidas en el proceso de instancia se puede verificar, respecto a las pruebas solicitadas lo siguiente: a) De fojas 48 a 51 consta el acta de entrega recepción de fecha 11 de julio de 2007, a la que comparecen por una parte el Dr. Vicente García González Director del Hospital Eugenio Espejo (H.E.E.), Dr. Edgar Mazón Subdirector Administrativo del H.E.E., Ab. Alejandro Mera Asesor Jurídico de Contratación Pública del H.E.E., el señor Nelson Sanabria Jefe de Inventarios del H.E.E. y por otra parte el señor Walter Feijoo Núñez Gerente General de Tosha del Ecuador, en cuyo texto se indica lo siguiente: "TERMI-NOS DE LA RECEPCIÓN: 3.01.- Se procedió a la verificación del cumplimiento del contrato en todas sus partes, es decir, la verificación de especificaciones técnicas y características de Equipos Médicos para el Servicio de Emergencia, materia de ese contrato, por parte de los miembros designados de la Comisión de entrega recepción por la Máxima Autoridad de la Entidad. Con la suscripción de la presente acta, la

compañía Contratista queda habilitada para recibir la totalidad del precio pactado en el contrato, menos la retención de Ley; previa revisión y aprobación de la unidad responsable, es decir Departamento Financiero de la Entidad Contratante.". b) De fojas 52 a 53 consta copia certificada del memorando S/N de 20 de septiembre de 2007, que dirige la Dra. Fanny Jara León abogada de Contratación Pública al Dr. Vicente García Director del H.E.E. en el que se indica como recomendaciones: 1.- En síntesis desde la legalidad, se han cumplido y observado las disposiciones puntuales que las leyes prevén en estos casos, por lo que legalmente no se puede establecer que haya existido transgresión a las leyes de la materia contractual pública, considerando que al interior de la Institución, la participación del Comité de Licitaciones, Dirección del Hospital, Subdirección Administrativa, Asesoría Jurídica de Contratación Pública, Comisión Técnica y Gestión de Coordinación Financiera, han actuado dentro de la esfera de sus competencias. 2.-De las ocho pruebas realizadas por los diferentes especialistas sobre el funcionamiento de los equipos, siete han aprobado positivamente el funcionamiento de los mismos.- 3. Dentro de los procesos contractuales, no solo el precio es un factor determinante, los factores que se consideraron para la adjudicación a Tosha fueron marca, procedencia, tiempo de garantía técnica, entrega inmediata, como también el precio fijo sin reajuste que es lo que hace diferencia entre la vida y la muerte de los pacientes, tomando en consideración que la razón de ser de la Institución, es el paciente a quien se le debe entregar un servicio de buena calidad. {...} Con estos antecedentes, salvo su más ilustrado criterio, recomiendo realizarse el pago inmediato de conformidad con la cláusula quinta del Contrato, la misma que estipula: {sic} que la condición de pago es contra entrega, circunstancia legal que es de cumplimiento obligatorio para las partes en vista de que la empresa Tosha del Ecuador S.A. ha entregado los mencionados equipos objeto del contrato, con fecha 03 de julio 2007 {sic}. Lo contrario significaría desconocer todos los actos realizados dentro de este proceso por cada una de las instancias en la esfera de sus competencias, a efectos de no incurrir en mora institucional". c) De fojas 57 a 58 consta el memorando SAJ-10-2007-1966 de fecha 26 de octubre de 2007 del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud dirigida al Subsecretario de Salud, en cuya parte pertinente señala: "De la base legal citada y análisis jurídico realizado, es criterio de esta Dirección Nacional de Asesoría Jurídica que el Director del Hospital de Especialidades Médicas





Eugenio Espejo ha incumplido las cláusulas contractuales, en tal virtud, debe disponer su inmediato pago, para las obligaciones derivadas del contrato.". d) A foja 73 consta el oficio MRL-D.O.A.-2009 de 03 de septiembre de 2009 suscrito por el Director de Documentación del Ministerio de Relaciones Laborales, referente al requerimiento del oficio SEN-RES RH-2007-003626 del 27 de abril del 2007 en el que se indica lo siguiente: "Adjunto al presente Oficio copia simple del registro que se lleva en la Unidad de Documentación y Archivo del Ministerio de Relaciones Laborales en donde consta el OFICIO 003626 de fecha 22 de junio del 2007, seguramente por un error involuntario esta {sic} mal el número del oficio o la fecha que se emitió el mismo, por favor solicitarlo correctamente"; e) A foja 75 del expediente consta el acta de la diligencia de confesión judicial; f) De fojas 76 a 111 consta copia certificada del informe DA2-0013-2008 del examen especial al proceso precontractual, contractual y de ejecución del contrato 009-2007 entre cuyas conclusiones referentes a la fase de ejecución del contrato señala que: "Se suscribió el acta de entrega recepción de los bienes el 11 de julio de 2007, sin haber previamente verificado el adecuado funcionamiento y calidad de los equipos."; g) A foja 115 del expediente consta la copia certificada del oficio 02632 de 25 de julio de 2007, dirigida por el Dr. Luis Fernando Calderón en su Calidad de Director de la Dirección Provincial de Salud Pública, al Director del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, en el que se indica: El día 23 de julio del 2007, recibí en mi Despacho, información sobre un proceso de adquisición de equipos para el Hospital Eugenio Espejo documentación que refería por una objeción de pago de esa adquisición {sic}. Inmediatamente dispuse a una Comisión que conforme y realice un minucioso trabajo de análisis e investigación del proceso seguido y que me informe detalladamente expresando sus conclusiones y recomendaciones. Acompaño copia del informe en referencia, para su conocimiento y de creerlo conveniente para sus colaboradores, pero hago hincapié en dos aspectos que considero fundamentales, para la adopción de medidas correctivas: a) Proceder a la terminación del contrato y por ende las acciones que de él se derivan como la devolución del {sic} los bienes recibidos. b) Solicitar a la Contraloría General del Estado, la realización de un examen especial del proceso de adquisición en referencia.". h) De fojas 114 a 117 del expediente consta copia certificada del informe de la Comisión de Investigación del Hospital Eugenio Espejo en cuyas son las siguientes: "1.- Que Asesoría

Jurídica determine y establezca el procedimiento legal para dar por terminado el contrato de la referencia.-2.- Debe realizarse un examen especial inmediato por parte de Auditoría a este proceso y a otros que se han realizado en el último semestre y establecer las respectivas responsabilidades. - 3. - Se insista en una adecuada capacitación administrativa financiera, técnica y legal a las personas que deben intervenir en este tipo de procesos a fin de garantizar óptimos resultados.- 4.- A juicio de esta comisión se considera necesario realizar un análisis de perfiles de puestos y perfiles de los servidores quienes están interviniendo en los procesos de adquisiciones, con la finalidad de realizar reajustes de los cuadros administrativos existentes.". De fojas 122 a 151 consta las copias certificadas del juicio 850-2007 sustanciado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha relativo al requerimiento de pago efectuado por el representante legal de TOSHA DEL ECUADOR al Director del Hospital Eugenio Espejo. i) Del expediente proporcionado por parte de la Institución demandada se puede observar que de fojas 1 a 4 se encuentra el contrato cuyo objeto es la adquisición de los bienes descritos en los cuadros del punto 3.1 del referido instrumento.

**4.3.-** En base a todo lo señalado en los puntos que anteceden, esta Sala Especializada se ve avocada a solventar un nuevo problema jurídico, el cual de conformidad con la pretensión plasmada en la demanda se circunscribe a dilucidar si la Resolución nro. 002-2007 suscrita por el Director del Hospital Eugenio Espejo, mediante la cual declaró la terminación unilateral del contrato suscrito el 04 de julio de 2007 entre el Hospital Eugenio Espejo y la empresa Tosha del Ecuador S.A., se encuentra viciada de nulidad. 4.3.1.- Con el propósito de solventar el problema dispuesto en el numeral que antecede esta Sala Especializada considera lo siguiente: a) De los recaudos procesales que han sido indicados en el punto 4.2 de la presente sentencia se puede concluir que el 11 de julio de 2007 se suscribió el acta de entrega recepción de los bienes, de cuyo texto claramente se identifica que los miembros de la Comisión Técnica y el Dr. Vicente García González Director del Hospital Eugenio Espejo (H.E.E.), el Dr. Edgar Mazón Subdirector Administrativo del H.E.E., Ab. Alejandro Mera Asesor Jurídico de Contratación Pública del H.E.E., el señor Nelson Sanabria Jefe de Inventarios del H.E.E., y el representante legal de la Contratista, admiten que ha existido el "cumplimiento del contrato en todas sus partes". b) De conformidad con lo que dispone el artículo 109 del Reglamento General a la



Ley de Contratación Pública en su tercer inciso, el acta de entrega recepción deberá contener: "{...} Las actas de recepción contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados o pendientes de pago, y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. {...}". Del acta de entrega recepción que consta en el expediente es evidente que cumple con los requisitos previstos en el referido artículo. Por otra parte en la mencionada acta se indica que la Contratista solicitó la recepción de los equipos médicos el 09 de julio de 2007 y que la Entidad Contratante recibió los bienes el diez del mismo mes y año. c) Es necesario destacar que la Resolución 002-2007 impugnada, fue suscrita por el Dr. Patricio Ortiz Prócel, Director del Hospital Eugenio Espejo, en fecha 07 de diciembre de 2007, esto es posterior a la suscripción del acta de entrega recepción y tiene como antecedentes lo siguiente: "Que mediante oficio nro. 478-D-HEE-07 de 13 de noviembre de 2007 notificado el 14 del mismo mes y año, el Director del Hospital Eugenio Espejo, de conformidad con los arts. 104 y 105 de la Ley de Contratación Pública y art. 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, notificada a la empresa contratista Tosha del Ecuador S.A. y su representante legal Walter Feijoo Núñez concediéndole el término de 15 días para que justifique su incumplimiento motivada y justificadamente del Contrato para la Adquisición de Equipos Médicos para el Servicio de Emergencia.". d) De lo señalado es evidente que mediante el oficio nro. 478-D-HEE-07 de 13 de noviembre de 2007 se pretendió cumplir con lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública vigente a esa fecha, pero sin considerar que al haber suscrito el acta de entrega recepción, se aceptó que las obligaciones del Contratista previstas en el contrato ya habían sido cumplidas en su totalidad y que por tanto, la declaración unilateral del contrato ya no podía ser aplicada, ya que expresamente la Entidad Contratante reconoció el cumplimiento de las obligaciones del Contratista. En el caso de que la Entidad Contratante hubiese pretendido controvertir la validez del acta de entrega recepción, debió haber demandado la nulidad de ésta ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo que dispone en el artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

(ERJAFE) en concordancia con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. Por otro lado es necesario rescatar que conforme consta a fojas 101 del expediente de instancia, la Contraloría General del Estado en su examen especial DA2-0013-2008 señala lo siguiente: "La adquisición se adjudicó a la empresa TOSHA DEL ECUADOR S.A., que entre otros equipos ofertó una máquina de anestesia marca Penlon modelo Prima SP 102 por US\$44.300,00, a pesar de que la empresa Electromédica ofreció una máquina de igual modelo Prima SP2 por US\$29.875,00 de una mejor configuración". En este sentido se infiere que posiblemente exista un sobreprecio en la compra, frente a lo cual, conforme a la información con la que contaba la Contraloría General del Estado, ésta tenía la obligación de iniciar el juicio de nulidad de contrato en virtud del artículo 58 de la Ley de Contratación Pública. **4.4.-** En lo referente a la pretensión de la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta Sala Especializada considera lo siguiente: **4.4.1.- i**) De acuerdo a la doctrina, para que un acto administrativo sea considerado nulo es importante identificar los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, los cuales son: requisitos subjetivos en relación a la competencia del titular, requisitos objetivos en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin y, requisitos formales respecto al procedimiento, forma y la motivación. ii) Dentro de las normas vigentes se establecen como causales de nulidad de un acto administrativo los presupuestos establecidos en el artículo 59 literales a y b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de los cuales se puede identificar en el literal a) el requisito subjetivo previsto en la doctrina, esto es la competencia de la autoridad que expide el acto. En cuanto al literal b), esta causal se refiere a los requisitos formales establecidos en la doctrina, y establece como presupuesto sine qua non, que únicamente existe nulidad cuando la inobservancia de las normas que regulan el procedimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión, es decir que la omisión sea de tal gravedad que altere la decisión final del acto. Por otro lado en otras disposiciones del ordenamiento jurídico también se recogen distintas causas por las cuales un acto administrativo puede estar investido de nulidad, como es el caso de la motivación prevista en la Constitución de la República en su artículo 76,





numeral 7 literal l), que reza que las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas (en este aspecto esta Sala Especializada debe señalar que la motivación consiste en la enunciación de los presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución. Por otro lado, en el artículo 122 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), se prevé una nulidad similar a la establecida en la norma constitucional la cual obliga a que los actos administrativos que pongan fin a los procedimientos deben ser motivados. Este tipo de nulidad, como ya lo indicamos ut supra son aquellas que la doctrina la identifica dentro de los requisitos formales del acto administrativo. iii) Es necesario señalar que el mismo artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone: "No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.". Como se puede evidenciar esta norma prevé tres tipos de nulidad. a) La primera que se refiere la falta de competencia de la autoridad de quien emana el acto administrativo por materia, territorio, o tiempo. En cuanto a estos tres conceptos el Maestro García De Enterría nos enseña en su obra Curso de Derecho Administrativo: "Por razón de materia se define en favor de un órgano un tipo de asuntos caracterizados por su objeto y contenido {...} Por razón del lugar los órganos tienen una competencia territorial determinada, que puede ser nacional (por ejemplo, el ministro, el director general) o local, referida ésta a una circunscripción concreta (regional, provincial, comarcal, municipal, de barrio), dentro de la cual únicamente pueden ejercer válidamente su competencia material {...} la competencia puede limitarse a por razón del tiempo (SIC), bien en términos absolutos (por ejemplo, disponibilidad sobre los créditos presupuestarios, que solo es posible durante el ejercicio a que el presupuesto se refiere {...} bien relativos por ejemplo: art. 27 LS 76, una suspensión de licencias, de parcelación, edificación o demolición pueden acordarse en zonas determinadas y por y por el plazo de un

año (SIC), prorrogable – en determinadas circunstancias – por otro año más; extinguidos los efectos de la suspensión no podrán acordarse nuevas suspensiones en el plazo de cinco años por idéntica finalidad) {...}". En cuanto a esta causal de nulidad vale la pena indicar que pertenece a los requisitos subjetivos señalados ut supra. b) La segunda se refiere que son nulos los actos administrativos cuvo objeto sea imposible o constituya un delito, guardan relación con los requisitos objetivos en cuanto al contenido y al objeto del acto administrativo arriba referidos. c) Finalmente la tercera causa de nulidad se refiere a aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento, es explicado e ilustrado por Juan Alfonso Santamaría Pastor en su obra Principios de Derecho Administrativo General indica: "Obviamente, el contenido de los actos no puede ser decidido libremente por la Administración. Su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho le impone la observancia de una serie muy amplias de condicionantes. 1) En primer lugar el contenido de los actos ha de ser, naturalmente ajustado a Derecho {...}", en este mismo orden de ideas indica que en la Legislación Española exige de los actos administrativos dos requisitos, la tipicidad y la legalidad material. En cuanto a la tipicidad indica que: "todo acto administrativo ha de ser, necesariamente, dictado en uso de una potestad, no cabiendo su diseño fuera de las especificaciones normativas; dicho gráficamente, la Administración no puede <inventarse> actos administrativos no previstos en el ordenamiento jurídico". En cuanto a la legalidad material indica que "el contenido del acto ha de observar estrictamente las condiciones que para el uso de dicha potestad establece la norma que la crea y regula.". iv) En el artículo 129 del mismo Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se contemplan los presupuestos bajo los cuales un acto administrativo puede ser considerado nulo de pleno derecho. Este artículo contiene dos numerales los cuales serán analizados a continuación. a) En el primer numeral establece 7 literales que establece los presupuestos bajo los cuales se puede considerar nulo de pleno Derecho un acto administrativo. En su literal a) del numeral referido dispone que son nulos de pleno Derecho los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República, en este aspecto es necesario destacar que el artículo constitucional al que se refiere el ERJAFE, son las garantías del debido proceso, por lo que se concluye que



esta norma prevé el cumplimiento de los requisitos formales de los actos administrativos. En el literal b) del mismo numeral contempla la nulidad de pleno Derecho por haber sido dictado por órganos incompetentes, que de la misma forma como se enunció *ut supra* guardan relación con los elementos subjetivos de los actos administrativos. En relación al contenido imposible contemplado en el literal c) éste se encuentra en estrecha relación con los requisitos formales específicamente con el contenido del acto administrativo, el cual como bien lo indica Ramón Martín Mateo en su Manual de Derecho Administrativo "{...} El contenido debe ser, pues, lícito, esto es conforme a la legalidad, razonable, de acuerdo a lo que se propone; posible, en cuanto a que elementales imperativos de eficacia hacen que un acto pueda tener características tales que lo conviertan en inviable. Todo ello tiene trascendencia para poder apreciar la existencia de posibles vicios de contenido, irrazonabilidad del acto, desproporcionalidad en la elección de medios, etc.". El literal d) prevé que son nulos los actos que constituyen infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo cual se encuentra en estrecha relación con los requisitos objetivos arriba señalados. En el literal e) tienen la característica de referirse a los requisitos formales de la motivación y del procedimiento señalados ut supra. En lo relacionado con el literal f) se refieren actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico mediante los cuales se adquieren derechos o facultades que carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición. En lo relacionado a los actos presuntos, se refieren a los derechos que se adquieren a través de silencio administrativo cuyos requisitos se encuentran desarrollados en la jurisprudencia de esta Sala Especializada en el juicio 587-2010 con Resolución 812-2013 de 17 de diciembre de 2013, así como en el fallo del expediente 457 publicado en el Registro Oficial Suplemento de 16 de noviembre de 2009, y el fallo publicado en la Gaceta Judicial Año CVIII Serie XVIII nro. 5 página 2033, como en el Recurso de Casación 335-2011 resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario el 24 de octubre de 2013. En relación a esta causal es menester señalar que forma parte de los requisitos formales en cuanto a su procedimiento. El literal g) remite a cualquier otro tipo de nulidad prevista en otras normas, v.gr. el artículo 7 de la Ley Orgánica de Servicio Público que dispone la nulidad de los nombramientos o contratos otorgados contra disposición que prohíbe el nepotismo. **b**) El segundo numeral del artícu-

lo referido, establece como supuesto de nulidad de pleno Derecho las violaciones con presupuestos constitucionales, de derecho constitucional y legales, las cuales guardan relación con los requisitos objetivos respecto a su objeto. 4.4.3.- En función del análisis realizado en los numerales que anteceden, esta Sala Especializada considera que es importante señalar que, en virtud de que no se ha atacado directamente la suscripción del acta de entrega recepción de los bienes, interponiendo las acciones judiciales respectivas, y al haber declarado unilateralmente la terminación de un contrato el objeto y contenido de dicho acto administrativo constituyen un despropósito que deviene en nulidad del acto administrativo, por cuanto su objeto es imposible al ser inviable y a la vez su contenido es irrazonable por cuanto el acto administrativo de terminación unilateral por incumplimiento de contrato no puede contradecir lo que ya se ha aceptado con antelación en un acta de entrega recepción (cuya naturaleza es bilateral o consensual) en la cual se manifiesta que las obligaciones contractuales han sido satisfechas en su totalidad. En virtud de extenso el análisis realizado esta Sala Especializada considera que el acto administrativo impugnado se encuentra revestido de nulidad de conformidad con lo establecido en los artículos 94 literal b) y 129 literal c) del ERJAFE. 4.4.4.- En este punto es necesario dejar claro que la conclusión a la que arriba esta Sala, de ninguna forma constituye que se exima de las responsabilidades a los funcionarios que llevaron el proceso precontractual, contractual y de ejecución del contrato materia de análisis, hechos que han sido observados por la Contraloría General del Estado dentro de su esfera competencial, y que evidentemente no forman parte de la presente litis, por cuanto lo único que se discutió en la presente causa es la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara terminado unilateralmente el contrato celebrado entre la compañía Tosha Ecuador S.A. y el Hospital Eugenio Espejo. En esta misma línea es evidente que tampoco es materia de litigio el pago que debería realizar la Entidad Contratante, por cuanto no es parte de la pretensión planteada por la parte actora en su demanda. 4.4.5.- Sin que sea necesario realizar ningún otro tipo de análisis en la presente causa, esta Sala Especializada toma la siguiente decisión.

#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional,





ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, expide la siguiente:

#### **SENTENCIA**

Se casa la sentencia recurrida y se declara nula la Resolución 002-2007 mediante la cual se declara unilateralmente terminado el contrato 009-2007 y se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado para que la empresa TOSHA DEL ECUADOR S.A. sea inscrita en el Registro de Contratista incumplidos. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.** 

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia Jueza Nacional, Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional.

#### ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

## CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, a 26 de mayo de 2014; a las 11h30;

**VISTOS:** En lo principal: 1) Agréguese al proceso los escritos que anteceden. 2) El señor Walter Feijoo Núñez, en calidad de Gerente General de Tosha, dentro del término legal solicitó que se amplíe la sentencia dictada el 23 de abril de 2014 a las 16h46. 3) La Abg. Ana Karina Ramírez Gómez, Directora Nacional Jurídica y Procuradora Judicial de la Ministra de Salud Pública Mgs. Carina Vance Mafla, dentro del término legal pidió que se aclare la sentencia dictada el 23 de abril de 2014 a las 16h46. Para resolver lo pertinente se considera: PRIMERO: Mediante escrito de 29 de abril de 2014 a las 10h50, el señor Walter Feijoo Núñez presentó la petición de ampliación de la sentencia antedicha en los siguientes términos: "(...) 2. Por otro lado, en la misma sentencia, se menciona que, que tampoco es materia de litigio el pago que debería realizar la Entidad Contratante, por cuanto no es parte de la pretensión planteada por la parte actora, afirmación que no es exacta; puesto que, a más de la nulidad de acto administrativo cuya nulidad declara la Sala, solicité el pago de los valores pendientes pago por la ejecución del contrato. Con estos antecedentes, al amparo de lo previsto en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimiento Civil, solicito a los señores Jueces, que ampliando la sentencia de 23 de abril de 2014, a las 16h46, establezcan que, no procede la inscripción de la empresa TOSHA DEL ECUADOR S.A. en el Registro de Contratistas Incumplidos; ya que, y como ustedes reconocen expresamente que la Entidad Contratante ha reconocido en el acta de entrega recepción del objeto del contrato, que las obligaciones contratantes han sido satisfechas en su totalidad (...)". SEGUNDO: Mediante escrito de 29 de abril de 2014, a las 14h15, la Abg. Ana Karina Ramírez Gómez, Directora Nacional Jurídica y

Procuradora Judicial de la Ministra de Salud Pública, Mgs. Carina Vance Mafla presentó aclaración de la sentencia e indicó lo siguiente: "[...] Si bien la sentencia, en cierto modo, favorece a los intereses del Ministerio de Salud Pública; no así el acto administrativo impugnado, al que se lo declara nulo, lo cual deviene en una especie de contradicción; debiéndose tener en cuenta que una sentencia no puede ser revocada ni alterada en ningún caso, pero se puede pedir aclaración o ampliación; por lo tanto, solicito a ustedes señores jueces, se sirvan aclararla por cuanto la misma debe guardar armonía con el análisis y resolución de los puntos controversiales de la sentencia recurrida [...]". TERCERO: Mediante providencia de 30 de abril de 2014, a las 11h50, notificada el mismo día, se ha corrido traslado a las partes por el término de cuarenta y ocho horas con la solicitud de aclaración y ampliación. CUARTO: Con escrito de 05 de mayo de 2014, a las 11h50 la parte actora dio contestación al traslado de la aclaración presentado por la parte demandada mediante escrito de 29 de abril de 2014, a las 14h15 y señaló lo siguiente: "[...] En el escrito formulado por la señora Procuradora Judicial de la señora Ministra de Salud Pública, en el que solicita aclaración de la sentencia, en parte alguna del mismo, se señala o se indica cuáles son los puntos oscuros o contradictorios del fallo por ustedes dictado; puesto que, en dicho escrito tan solo se limita a indicar que "... deviene en una especie de contradicción;" Por lo manifestado, y en razón de que la sentencia no se encuentra incursa en el caso previsto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil solicito a los señores Jueces, rechazar la solicitud de aclaración presentada por la entidad demandada [...]". QUINTO: Mediante escrito de 06 de mayo de 2014, a las 08h30 minutos, la Abg. Ana Karina Ramírez Gómez, Directora Nacional Jurídica y Procuradora Judicial de la Ministra de Salud Pública Mgs. Carina Vance Mafla mencionó



lo siguiente: "[...] Me ratifico en el contenido del escrito presentado el 29 de abril del 2014 en el cual solicité aclaración de la sentencia, puesto que aquella debe guardar armonía con los puntos resueltos en la misma, debiéndose disponer que el acto administrativo impugnado es legal por haber sido emitido por la Autoridad pública competente y a la vez se ratifique en remitir atento oficio a la Contraloría General del Estado, a fin de que la empresa Tosha sea registrada como Contratista incumplida [...]. **SEXTO:** El art. 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en concordancia con el art. 281 del Código de Procedimiento Civil, establece que: "El Tribunal no puede revocar ni alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días"; en tanto que el art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas.". SÉPTIMO: Aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos; procede, entonces, cuando estuviese el fallo redactado en términos ininteligibles, de comprensión dudosa. Por otro lado ampliar procede cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. **OCTAVO**: En atención a la petición de la parte actora, debido a un lapsus calamis se amplía la sentencia en la parte resolutiva bajo el siguiente tenor literal: "[...] Se casa la sentencia recurrida y se declara nula la Resolución 002-2007 mediante la cual se declara unilateralmente terminado el contrato 009-2007, en la que se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado para que la empresa TOSHA DEL ECUA-DOR S.A. sea inscrita en el Registro de Contratista incumplidos. Notifíquese, devuélvase y publíquese [...]". **NOVENO:** En relación al otro punto a ser ampliado, respecto a: "[...] a más de la nulidad de acto administrativo cuya nulidad declara la Sala, solicité el pago de los valores pendientes pago por la ejecución del contrato [...]", indicamos que el contenido de la sentencia atendió a la pretensión de la parte actora, misma que consta a fojas once vuelta del proceso de instancia, en la que pidió textualmente lo siguiente: "[...] Por todo lo expuesto vengo ante usted señor Presidente del H. Tribunal de lo

Contencioso Administrativo y demando la nulidad de la Resolución signada con el nro. 002-2007, suscrita por el Dr. Patricio Ortiz Prócel en su calidad de Director del Hospital Eugenio Espejo, referida en los fundamentos de hecho de esta mi demanda y que en dos fojas útiles aparejo, para que se deje sin efecto la resolución que declaró terminado unilateralmente el contrato suscrito el 04 de julio del 2007, entre el Hospital Eugenio Espejo y mi mandatario Walter Feijoo Núñez Gerente General y Representante Legal de TOSHA DEL ECUADOR S.A. y en la que, se ordena remitir oficio a la Contraloría General del Estado para que, la representada de mi mandatario sea registrada como empresa incumplidora de sus obligaciones contractuales con dicha Institución del Estado [...]". De lo expuesto, se verifica que la parte actora no solicitó el pago de los valores pendientes por la ejecución del contrato, motivo por el cual este Tribunal no puede pronunciarse sobre una pretensión que no fue solicitada en la demanda, por cuanto incurriría en el vicio de extra petita, por consiguiente se deniega la ampliación en este punto. **DECIMO:** Sobre el pedido de aclaración presentado por la Abg. Ana Karina Ramírez Gómez, Directora Nacional Jurídica y Procuradora Judicial de la Ministra de Salud Pública Mgs. Carina Vance Mafla indicamos que no hay argumento alguno que aclarar por cuanto la peticionante no especifica, no desarrolla, ni fundamenta los puntos de derecho del fallo, que a criterio de la parte demandada deben ser aclarados, por tal al ser incompleta su fundamentación no procede la aclaración de la sentencia. DÉCIMO PRIMERO: Por las consideraciones ya expuestas, se deniega la aclaración presentada por la Abg. Ana Karina Ramírez Gómez, Directora Nacional Jurídica y Procuradora Judicial de la Ministra de Salud Pública Mgs. Carina Vance Mafla y se acepta la ampliación presentada por el señor Walter Feijoo Núñez, Gerente General de Tosha, al tenor de lo indicado en el considerando octavo del presente auto. Actúe el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator (E) de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese.

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia Jueza Nacional, Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional.





## Resolución nro. 369-2014 Juicio nro. 344-2009

Juicio propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado ecuatoriano

#### SÍNTESIS

La señora Zoila Enriqueta Marín Chacón interpuso demanda contra el Estado Ecuatoriano representado por el Procurador General del Estado, por daños causados a su hijo recién nacido, por deficiente prestación de un servicio público (servicio de salud). La sentencia no aceptó su demanda, considerando que no se determinó responsabilidad penal sino una presunción de responsabilidad; y que se determinó que el menor presentó anomalía congénita. El Tribunal casa la sentencia y ordena que el Estado Ecuatoriano, a través del Hospital General de las Fuerzas Armadas de la ciudad de Cuenca" Alberto Alvarado Cobos" brinde atención permanente y especializada al menor NN, durante el resto de su existencia; como mecanismo para resarcir los daños ocasionados por la prestación deficiente del servicio, se reconoce a favor de la madre del menor Zoila Enriqueta Marín Chacón o de la persona que quede al cuidado del niño, el pago mensual equivalente a una remuneración básica del trabajador en general, desde la fecha en la que se produjo el alumbramiento hasta el día en que ocurra el fallecimiento del menor, pago que se realizará los primeros cinco días de cada mes, se cubrirán los gastos médicos en los que ha incurrido la actora los mismos que, junto con el valor mensual establecido en esta sentencia, por el tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta la fecha de ejecutoria de la misma, se liquidarán pericialmente. Se deja a salvo el derecho del Estado de repetir en contra de los servidores y funcionarios responsables del mal funcionamiento del servicio.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 344- 2009

Juez ponente: Dr. Hernán Monsalve Vintimilla.

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 3. Cuenca, 02 de junio del 2009. Las 10h32.

VISTOS: ZOILA ENRIQUETA MARÍN CHA-CÓN, por sus derechos y por los que representa de su cónyuge Hugo Enrique Gómez Vásquez y en representación de su hijo menor de edad NN, comparece deduciendo demanda de indemnización de daños y perjuicios y al efecto señala: Que del documento que presenta, consta la respuesta del Ministerio de Defensa, a la reclamación administrativa que presentó con la finalidad de encontrar una respuesta a la falta de amparo y de justicia, la misma que ha sido calificada como improcedente, por parte del Sr. General José Peña C., Subsecretario de Defensa Nacional, el mismo que cree no se compadece con la realidad y confunde los hechos y los pretende vincular con las indemnizaciones derivadas de las acciones penales, cuando éstas son completamente independientes y corresponden a las que determina el art. 20 de la Constitución. Que acuden ante este Tribunal con el objeto de determinar la responsabilidad del Estado y concretamente de la Institución en la que fue atendida la compareciente en el alumbramiento de su hijo NN, esto es en el Hospital Militar "Alberto Alvarado Cobos", de la ciudad de Cuenca, responsabilidad que la dice la probará en el momento procesal oportuno. Señala que se da el caso que el día 19 de octubre de 2005, acudió al Hospital, siendo las 07h45, con la finalidad de proceder al alumbrade su primogénito, miento mediante



procedimiento médico de cesárea, la que ocurrió a las 09h00; que durante el procedimiento, sucedieron una cantidad de hechos que provocaron una lesión permanente de su hijo, esto es retraso mental profundo, pérdida de la capacidad de deglución; epilepsia, etc., por lo que requiere ayuda permanente de otra persona; que tampoco podrá dedicarse a ningún tipo de actividad o trabajo, que el estado de su hijo es tal que por el momento se encuentra privado de ejercer los derechos que la Constitución Política garantiza a todos los ecuatorianos, como son el derecho a crecer como un niño normal y a tener una vida digna, el derecho a la educación, vivienda, crecer en un ambiente sano. Como antecedentes de hecho señala: Que, acompaña copia certificada del expediente 229-07, que se tramitó en el Juzgado Tercero de lo Penal, a cargo de la Dra. Sonia Cárdenas Campoverde, proceso en el cual se puede apreciar el grado de injusticia, negligencia, ocultamiento de la verdad, impericia, etc., que ocurrió durante el día 19 de octubre de 2005. Agrega que a su esposo y a la exponente, se les ocultó la verdad, hasta el último momento, por lo que narra lo que consta de la historia clínica, de las declaraciones de las personas que participaron en la intervención quirúrgica, de los informes periciales y la investigación realizadas en la Fiscalía Novena de lo Penal del Azuay, a cargo de la Dra. Piedad Calderón, por la denuncia presentada por su personal, la que dice presentó porque tuvo miedo de que los documentos sean alterados mucho más de lo que se encuentra y lo que es peor aún que desaparezca. Que de fojas 1 a 5 del proceso que acompaña, se puede apreciar la existencia de un documento interno del Hospital ante el reclamo de su esposo y que consiste un acta de auditoría médica sobre la atención gineco-obstétrica y neonatología, en la que se determina: 1. Que se aprecia y se reconoce enmendaduras, en la historia clínica 3818, la que no han sido observadas, aclaradas, ni rechazadas por el personal médico y auxiliar involucrado y que por el contrario durante el proceso penal, de acuerdo a versiones, se descubren otras situaciones; 2. Que se acepta la existencia de incongruencia en el diagnóstico de ingreso que realiza el Dr. Jaime Pavón, con el que realiza la sala de recuperación (post operatoria); 3. Que la misma incongruencia se puede apreciar y así expresamente se reconoce en el acta de auditoría médica, en que se procede a la intervención con anestesia peridural, cuando este tipo de emergencias supuestamente ocurrida en su persona, específicamente el supuesto desprendi-

miento de la placenta, que se lo debe realizar con anestesia general. Que con lo expuesto, se pone en duda, que los diagnósticos del Dr. Pavón, así como el procedimiento quirúrgico empleado sean reales y que su actuación médica este enmarcada dentro del proceder común o normal, y que se haya actuado de manera normal y lo cual dice le lleva a concluir que se actuó con negligencia o impudencia al momento de la cesárea; y que uno de los dos diagnósticos elaborados por el Dr. Pavón trataron de ocultar una mala praxis o estos pretendieron acomodarse a los hechos consumados y lamentables en la integridad física de su hijo. Hace cita de las conclusiones y recomendaciones que se determinan en el informe de auditoría médica y de igual forma información complementaria y resumida del expediente; y al referirse al informe del perito médico Dr. Gabriel Tenorio Salazar, detalla las conclusiones a las que se llega con la experticia, así como el informe de Ing. Efraín Villota, en relación con el equipo. Como fundamentos de derecho, cita el precepto del art. 120 de la Constitución de la República, los del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo y como reclamación concreta, señala que pide se determine la existencia de responsabilidad de parte del personal médico y auxiliar del Hospital Militar y se disponga el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, tanto del daño directo como de daño indirecto, bajo las apreciaciones que se detalla. Aceptada la demanda a trámite, se dispone la citación a la parte accionada la que ha comparecido en juicio y tenemos que el Dr. César Augusto Ochoa Balarezo, como Director Regional 2 de la Procuraduría General del Estado, dando contestación a la demanda, manifiesta: Primero. Que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Segundo. Improcedencia de la acción en los términos que se encuentra planteada, la que dice se encuentra en investigación aún no concluida; que la responsabilidad de los supuestos autores del daño no se ha demostrado que pertenecen a un centro hospitalario de carácter público. Tercero. Que debe establecerse con claridad en la demanda, los nombres y apellidos del demandado, además del cargo que desempeña, así como también el lugar en donde debe ser citado. Cuarto. Que no se allana con nulidad alguna y señala casilla judicial. A petición de parte se recibió la causa a prueba, en la que las partes han actuado las que consideran pertinentes, encontrándose la causa en estado de resolución y para el efecto, el Tribunal Distrital de





lo Contencioso Administrativo nro. 3, con sede en Cuenca, hace las siguientes consideraciones: PRI-**MERA:** El Tribunal es competente para conocer y resolver la presente acción, por así disponerlo el art. 173 de la vigente Constitución Política del Estado, art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, los arts. 1, 2, 3, y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia el 6 de octubre de 1993, en la que se fija la jurisdicción de los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo del País. SEGUNDA: No se observa en la tramitación del proceso, omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda viciarlo, se declara su validez. **TERCERA:** La excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta conlleva únicamente a trasladar la carga de la prueba al actor que ya la tiene por la presunción de legalidad del acto administrativo art. 68 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. CUARTA. Improcedencia de la acción, excepción que sostiene el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, en los términos en los que se encuentra planteada, la que se dice se encuentra en investigación aún no concluida, y que la responsabilidad de los supuestos autores del daño no se ha demostrado que pertenecen a un centro hospitalario de carácter público. La excepción no se la admite considerando que el Ministro de sustanciación, en el auto inicial, calificó a la demanda como de clara y completa y se la aceptó al trámite previsto en la Ley, todo esto por satisfacer las exigencias previstas y exigidas en los arts. 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, auto que por no haber sido objetado se encuentra ejecutoriado por el Ministerio de la Ley. QUINTA: No consta del proceso, la denuncia o reclamación presentada por la Sra. Zoila Enriqueta Marín Chacó, al Ministerio de Defensa Nacional, documento que requirió el Tribunal haciendo uso del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en auto dictado el 14 de noviembre del 2008. Las 10h00, a petición del Ministerio de Defensa Nacional, se amplía el término por ocho días, nuevamente se pide la ampliación del término, petición que es acogida por ocho días, sin que se haya logrado atención dentro de los términos que se concedieron. Con mucha posterioridad, se recibe el escrito del señor Ministro de Defensa Nacional, Javier Ponce Cevallos, a la que se adjunta una amplia documentación dentro de la que se encuentra

la petición que se requirió. Con este documento y los recaudos procesales constantes, se determina que la Dr. Zoila E. Marín Chacón, hizo la denuncia a la que se da contestación mediante oficio nro. MS-7-1-2007-613, se adjunta el oficio nro. 2007-1164-PROC. F. T., de fecha 22 de octubre del 2007 dirigido al señor doctor Welligton Sandoval Córdova, Ministro de Defensa Nacional, suscrita por el General de División Guillermo Vásconez Hurtado, Comandante General de la Fuerza Terrestre, se refiere a la denuncia presentada por la Sra. Marín Chacón, en relación a presuntas lesionas ocasionadas en el nacimiento de su hijo el niño NN, en el Hospital Militar de la III. De "TAR-QUI", en la que solicita una indemnización que asciende a la cifra de \$6.000.000,00. Luego de un valioso análisis, el Comandante General del Ejército, de establecerse la existencia de un proceso penal, en el Juzgado Tercero de lo Penal del Azuay, del dictamen acusatorio y su llamamiento a juicio en contra de la Dra. Myriam del Carmen Guayasamín, médico pediatra del Hospital Militar de la III de "TARQUI", concluye: "Por la consideraciones expuestas, estimo que no es procedente se atienda la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por la Dra. Zoila Marín". SEX-TA: La acción contencioso administrativa intentada por la Dra. Zoila E. Marín Chacón, pretende que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, en sentencia, determine la responsabilidad de parte del Personal Médico y auxiliar del Hospital Militar de la ciudad de Cuenca, así como por el hecho de que, la casa de salud no estuvo equipada para atender una emergencia como la que se había presentado en el alumbramiento de su hijo NN, se determine y disponga el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios debiéndose tener en cuenta los siguientes aspectos que tienen que ver en primer lugar con el daño directo; y en segundo lugar el daño indirecto, que se concretan en los litis a), b), c), d), e), f), g), h); e, i) que constan en la parte final de la demanda. Frente a la pretensión de la actora el Juzgador considera que la responsabilidad del personal médico y auxiliar del Hospital Militar, y la indemnización por parte del Estado, no puede ser atendida en esta instancia jurisdiccional, por lo siguiente: 1. Por instrucción fiscal nro. 10-07 de fecha 13 de marzo de 2006, las 08h00, que dicta la Agente Fiscal IX de lo Penal del Azuay, Dra. Aurea Piedad Calderón Vintimilla, en contra de los ciudadanos, doctores Jaime Leonidas Pavón Vásquez y Myriam del



Carmen Guayasamín que consta del proceso de fojas 108 a 111, instrucción fiscal que se notifica al Juez de lo Penal, con oficio nro. 102-07-MF-DA-FIX, de fecha 13 de marzo de 2007, que por sorteo a correspondido su conocimiento al Juzgado Tercero de lo Penal de Cuenca. 2. Con fecha 14 de marzo del 2007; Las 09h05, la doctora Sonia Cárdenas Campoverde, Juez Tercero de lo Penal del Azuay, avoca conocimiento y dispone la notificación con la instrucción fiscal por el delito de lesiones, al menor NN, causado el momento de su nacimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 del C. de P. Penal, a los imputados Jaime Leonidas Pavón Vásquez y Myriam del Carmen Guayasamín y a la ofendida. 3.- Luego del trámite de la causa, la señora doctora Sonia Cárdenas Campoverde, Juez de la Causa, con fecha 9 de agosto del 2007, las 08h00, dicta sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada Myriam del Carmen Guayasamín Arias; respecto de Jaime Leonidas Pavón Vásquez, se dicta también sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, argumentándose además que en la consulta efectuada de acuerdo con lo dispuesto en inciso tres del art. 231 del C. P. Penal, el señor Ministro Fiscal del Azuay, ha ratificado la abstención de acusar constante en el dictamen fiscal emitido por la señora Agente Fiscal, argumentando en lo fundamental que se han desvirtuado los indicios existentes en contra del imputado. 4. La doctora Zoila Marín Chacón, quien interviene en el proceso acusado y la señora Agente Fiscal, Dra. Piedad Calderón Vintimilla, apelan del auto de sobreseimiento definitivo, el mismo que se lo concede para ante una de las Salas de lo Penal de la H. Corte Superior de Cuenca, habiendo correspondido su conocimiento a la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, Tribunal de Justicia que en auto dictado el 04 de septiembre de 2007, las 09h00, reforma el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada, dictado por la Juez de instancia y en su lugar dicta auto de sobreseimiento provisional a favor de la doctora Myriam Guayasamín Arias. Devuelto el proceso al Juzgado de origen, la doctora Azucena Andrade Rodríguez, Juez Legalmente Encargado del Juzgado Tercero de lo Penal del Azuay, en auto dictado el 14 de septiembre del 2007; las 09h00, avoca conocimiento de la causa por encontrarse legalmente encargada del Juzgado y en vista del auto de sobreseimiento provisional, dictado a favor de Myriam del Carmen

Guayasamín Arias, dispone el archivo del proceso, pieza procesal que consta del proceso a fojas 531, Frente a lo puntualizado, el Juzgador se pronuncia manifestando que la atención médica en el caso en estudio, proviene de un Centro Hospitalario de una Institución del Estado, "Hospital Militar" es decir de Autoridad pública, esto se establece con las comunicaciones del Ministerio de Defensa Nacional que constan del proceso de fojas 551 a 555, considera el Tribunal, que la acción penal que se ha indicado en líneas anteriores, tiene por objeto el establecimiento de responsabilidades por la deficiente prestación del servicio público, instancia judicial en la que no se ha establecido responsabilidad de parte del personal médico del Hospital Militar en la ciudad de Cuenca, que de lugar para reclamar a la Institución, del Estado, el Ministerio de Defensas Nacional, la indemnización prevista en el art. 20 de la Constitución de 1998, 6. El "art 20 de la Constitución Política del Estado de 1998, vigente a la fecha de los acontecimientos y a la presentación de la demanda tiene el siguiente texto: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las Instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes". La norma constitucional señala la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados. 7. La justicia penal no determinó responsabilidad del personal médico, existe únicamente en contra de la Dra. Guayasamín, presunción de responsabilidad penal y esta presunción de responsabilidad a juicio del juzgador, no es suficiente para que se determine la deficiente prestación del servicio público y, la responsabilidad del Estado. 8. Como es posible que a la doctora Myriam Guayasamín, por la misma causa, se lo juzgue (sic) dos veces, el art. 24 numeral 16, de la Constitución Política el Estado de 1998, (sic) vigente a la fecha de los acontecimientos de éste estudio, dice: "16 Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa..." La





Constitución Política del 2008, en vigencia, en el Capítulo VIII, al tratar sobre los Derechos de Protección, en el art. 76, nro. 7, letra i, dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...". 9. A más de lo manifestado es pertinente indicar que en la etapa de prueba abierta en esta causa, se designaron peritos, uno de ellos, el doctor Homero Ledesma Ledesma, perito médico acreditado en el Ministerio Fiscal y en la H. Corte Superior de Justicia, hoy Corte Provincial de Justicia, presenta su informe el que consta del proceso a fojas 733, 738 y 739, en los que establece, luego de realizar el reconocimiento médico legal del menor, con ínter consultas a pediatras especializados, señala que el menor NN, padece de "anomalía congénita", "SÍNDROME DE PIERRE ROBIN" CON-CLUSIONES: El menor examinado presenta una anomalía congénita...". En la ampliación al informe el Dr. Ledesma, fojas 738, 739, en la parte final del primer acápite textualmente dice; "Las complicaciones respiratorias propias del Pierre Robin pueden producir por falta de oxigenación adecuada un daño cerebral". 10. El Tribunal considera que no existe responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio público que necesariamente tiene que establecerse para que prospere la indemnización que se pretende con la presente acción contencioso administrativa. ¿Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicios? La Constitución Política del Estado de 1998, en el Capítulo II, de los Derechos Civiles, en el art. 24, numeral 7 señala: "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada". La Constitución Política del Estado de 2008, en actual vigencia, en el Capítulo VIII, Derechos de Protección, art. 76 nro. 2,

dice: "2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada". 11. En el informe que el Comandante General de la Fuerza Terrestre, dirige al señor Ministro de Defensa Nacional, en la segunda página acápite segundo dice: "Al respecto se debe entender que, si bien la persona que se cree afectada por la deficiente prestación de un servicio público, cuenta con la potestad jurídica de reclamar al Estado la correspondiente indemnización pecuniaria, no es menos cierto que tal indemnización, de ser el caso, únicamente deberá ser satisfecha cuando exista sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del servidor público, el espíritu de este mandato es que el Estado, una vez que haya sido condenado a indemnizar a un particular, puede repetir (reclamar)ese pago al servidor público cuya responsabilidad se haya determinado judicialmente, lo manifestado tiene sustento en el mandato previsto en el art. 20 de la Constitución Política de la República...". 12. En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso si para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador. Por lo antes expuesto el Tribunal Distrital nro. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE REPÚBLICA"; no admite la demanda. Sin costas. Notifíquese.

f) Dr. Alejandro Peralta Pesántez, Juez Distrital. Dr. Hernán Monsalve Vintimilla, Juez Distrital. Dr. Pablo Cordero Díaz, Juez Distrital (voto salvado).

#### **VOTO SALVADO**

Juicio nro. 297-2007

Juez ponente: Dr. Pablo Cordero Díaz.

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 3. Cuenca, 02 de junio del 2009. Las 10h32.

VISTOS. ZOILA ENRIQUETA MARÍN CHA-CÓN, por sus derechos y por los que representa de su cónyuge Hugo Enrique Gómez Vásquez y en representación de su hijo menor de edad NN, comparece deduciendo demanda de indemnización de daños y perjuicios y al efecto señala: Que del documento que presenta, consta la respuesta



del Ministerio de Defensa, la reclamación administrativa que presentó con la finalidad de encontrar una respuesta a la falta de amparo y de justicia, la misma que ha sido calificado como improcedente, por parte del Sr. General José Peña C., Subsecretario de Defensa Nacional, el mismo que cree no se compadece con la realidad y confunde los hechos y los pretende vincular con las indemnizaciones derivadas de las acciones penales, cuando éstas son completamente independientes y corresponden a las que determina el art. 20 de la Constitución. Que acuden ante este Tribunal con el objeto de determinar la responsabilidad del Estado y concretamente de la Institución en la que fue atendida la compareciente en el alumbramiento de su hijo NN, esto es en el Hospital Militar "Alberto Alvarado Cobos", de la ciudad de Cuenca, responsabilidad que la dice la probará en el momento procesal oportuno. Señala que se da el caso que el día 19 de octubre de 2005, acudió al Hospital, siendo las 07h45, con la finalidad de proceder al alumbramiento de su primogénito, mediante el procedimiento médico de cesárea, la que ocurrió a las 09h00; que durante el procedimiento, sucedieron una cantidad de hechos que provocaron una lesión permanente de su hijo, esto es retraso mental profundo, pérdida de la capacidad de deglución; epilepsia, etc., por lo que requiere ayuda permanente de otra persona; que tampoco podrá dedicarse a ningún tipo de actividad o trabajo, es decir, que el estado de su hijo es tal que por el momento se encuentra privado de ejercer los derechos que la Constitución Política garantiza a todos los ecuatorianos, como son el derecho a crecer como un niño normal y a tener una vida digna, el derecho a la educación, vivienda, crecer en un ambiente sano. Como antecedentes de hecho señala: Que, acompaña copia certificada del expediente 229-07, que se tramitó en el Juzgado Tercero de lo Penal, a cargo de la doctora Sonia Cárdenas Campoverde, proceso en el cual se puede apreciar el grado de injusticia, negligencia, ocultamiento de la verdad, impericia, etc., que ocurrió durante el día 19 de octubre de 2005. Agrega que a su esposo y a la exponente, se les ocultó la verdad, hasta el último momento, por lo que narra lo que consta de la historia clínica, de las declaraciones de las personas que participaron en la intervención quirúrgica, de los informes periciales y la investigación realizada en la Fiscalía Novena de lo Penal del Azuay, a cargo de la Dra. Piedad Calderón, por la denuncia presentada por su

persona, la que dice presentó porque tuvo miedo de que los documentos sean alterados mucho más de lo que se encuentra y lo que es peor aún que desparezca. (sic) Que de fojas 1 a 5 del proceso que acompaña, se puede apreciar la existencia de un documento interno del Hospital, ante el reclamo de su esposo y que consiste una acta de auditoría médica sobre la atención gineco-obstétrica y neonatológica, en la que se determina: 1. Que se aprecia y se reconoce enmendaduras, en la historia clínica 3818, las que no han sido observadas, aclaradas, ni rechazadas por el personal médico y auxiliar involucrado y que por el contrario durante el proceso penal, de acuerdo a versiones, se descubren otras situaciones; 2. Que se acepta la existencia de incongruencia en el diagnóstico de ingreso que realiza el Dr. Jaime Pavón, con el que realiza la sala de recuperación (post operatoria); 3. Que la misma incongruencia se puede apreciar y así expresamente se reconoce en el acta de auditoría médica, en la que se procede a la intervención con anestesia peridural, cuando este tipo de emergencias supuestamente ocurrida en su persona, específicamente el supuesto desprendimiento de la placenta, que se lo debe realizar con anestesia general. Que con lo expuesto, se pone en duda, que los diagnósticos del Dr. Pavón, así como el procedimiento quirúrgico empleado sean reales y que su actuación médica está enmarcada dentro del proceder común o normal, y que se haya actuado de manera normal y lo cual dice le lleva a concluir que se actuó con negligencia o imprudencia al momento de la cesárea; y que uno de los diagnósticos elaborados por el doctor Pavón trataron de ocultar una mala praxis o estos pretendieron acomodarse a los hechos consumados y lamentables en la integridad física de su hijo. Hace cita de las conclusiones y recomendaciones que se determinan en el informe de auditoría médica y de igual forma información complementaria y resumida del expediente; y al referirse al informe del perito médico, doctor Gabriel Tenorio Salazar, detalla las conclusiones a las que se llega con la experticia, así como el informe del ingeniero Efraín Villota, en relación con el equipo. Como fundamentos de derecho, cita el precepto del art. 120 de la Constitución de la República, los del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo y como reclamación concreta, señala y pide se determine la existencia de responsabilidad de parte del personal médico y auxiliar del Hospital Militar y se disponga el pago de la correspondiente indemnización de daños y





perjuicios, tanto del daño directo como del daño indirecto, bajo las apreciaciones que se detalla. Aceptada la demanda a trámite, se dispone la citación a la parte accionada la que ha comparecido en juicio y tenemos que el doctor César Augusto Ochoa Balarezo, como Director Regional de la Procuraduría General del Estado, dando contestación a la demanda, manifiesta: Primero. Que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Segundo: Improcedencia de la acción en los términos que se encuentra planteada, la que dice se encuentra en investigación aún no concluida; que la responsabilidad de los supuestos autores del daño no se ha demostrado que pertenecen a un Centro Hospitalario de carácter público; Tercero: Que debe establecerse con claridad en la demanda, los nombres y apellidos del demandado, además del cargo que desempeña, así como también el lugar en donde debe ser citado; Cuarto: Que no se allana con nulidad alguna y señala casilla judicial. A petición de parte se recibió la causa a prueba, en la que las partes han actuado las que consideran pertinentes, encontrándose la causa en estado de resolución y para el efecto, hago las siguientes consideraciones, toda vez que el proyecto de resolución propuesto por el autor de este voto, no ha sido compartrido por los restantes señores jueces de este Tribunal, que emiten una sentencia que con la cual no participo y por lo cual, de conformidad con el art. 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, debo sustentarla expresando las causas de discrepancia, que las desarrollaré en éste voto de minoría. PRIMERA: Este Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer y resolver el tema propuesto, de conformidad con lo prescrito en el art. 196 de la Constitución vigente hasta el 20 de octubre de 1998; en el art. 173 de la Constitución de la República, vigente, al igual que el precepto relativo a la responsabilidad civil del Estado, determinado en el art. 53 inciso segundo de la hoy Constitución, en vigencia, así como el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, los arts. 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y la Resolución expedida por la Corte Suprema de Justicia el 6 de octubre de 1993, que estableció la jurisdicción y competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal; de igual manera es ineludible señalar que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que: "toda actividad pública se verifica

a través de actos, hechos y contratos; de tal forma que la prestación de cualquier servicio público, en tanto actividad pública, presupone la existencia de una serie de actos, hechos y contratos de los que resulta la prestación del servicio. Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de servicios públicos, no está atacando únicamente un específico acto, hecho o contrato administrativos, sino el efecto que, en conjunto, todos ellos, los necesarios para la prestación del servicio, han producido". SEGUNDA: En la tramitación de la causa no se ha incurrido en la omisión de ninguna solemnidad sustancial y en lo relacionado con la alegación de nulidad deducida por parte de la Procuraduría General del Estado, se tiene que esta alegación, no pasa de ser un enunciado, por cuanto no se ha determinado el porqué de esta aseveración. Sin existir omisiones que puedan viciar al proceso, se declara su validez. TERCERA: La excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, no hace más que trasladar la carga de la prueba a la contraparte, de conformidad con las reglas aplicables del C. de P. Civil, de ahí que no sea procedente la excepción. CUARTA: Por parte del Señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado, se viene sosteniendo la improcedencia de la acción en los términos que se encuentra planteada, la que dice se encuentra en investigación aún no concluida; y que la responsabilidad de los supuestos autores del daño no se ha demostrado que pertenecen a un centro hospitalario de carácter público, lo cual se desvanece, pues, no se ha discutido en el largo proceso, que el personal que atendió, a la actora y a su hijo, no pertenezcan al Hospital de las Fuerzas Armadas y sobre lo cual las pruebas aportadas, no han sustentado lo alegado. Pero para mayor precisión en dilucidar el temas, (sic) es preciso, determinar, que la responsabilidad del Estado, tiene en la historia tres etapas: La de irresponsabilidad absoluta, tanto del Estado como sus funcionarios, sustentada en el poder absoluto de los monarcas; la de irresponsabilidad del Estado – Responsabilidad de los Funcionarios; y por último la Responsabilidad del Estado, que según Miguel Hernández Terán, en su obra "La Responsabilidad del Estado", señala: "El arribar a este estado de evolución jurídica el triunfo de raciocinio, del bregar fue jurisprudencial, de la fortaleza del precepto: no dañar a otro". <obra citada, pág. 19>. Sentadas las etapas de la responsabilidad del Estado, es pertinente, continuar con el siguiente



análisis y se tiene: 1 Que para la procedencia de la acción, es necesario que la demanda, cumpla con los requisitos de admisibilidad, y al encontrarse los mismos presentes, fue aceptada por el señor Ministro de sustanciación, providencia que se encuentra ejecutoriada. <u>2.</u> Sin embargo, y en cuanto se sostiene, que la investigación no se encuentra concluida y que la responsabilidad de los autores del daño no se demostrado, (sic) es necesario señalar, que la responsabilidad extracontractual del Estado, no solo proviene del dolo o culpa grave, de sus funcionarios, por cuanto, el art. 20 de la Constitución de 1998, establece: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos"; de lo que se establece que no es forzoso que se presenten los presupuestos de dolo o culpa grave, sino el daño. De lo expuesto, se tiene, que no es trascendente el que se haya declarado la responsabilidad de los presuntos autores del daño, sino la existencia éste <daño>, por lo que no es procedente la excepción que se ha propuesto en torno al tema. Además de que según el art. 11, numeral 9 de la Carta Política en vigencia, determina: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, por lo que se reitera en su inadmisibilidad. **QUINTA:** En cuanto a la alegación de que debe establecerse con claridad en la demanda, los nombres y apellidos del demandado, además del a cargo que desempeña, así como también el lugar en donde debe ser citado; se hace notar que no es admisible, por lo señalado en el considerando precedente, en el numeral 1. SEXTA: El informe de auditoría médica, que corre de fojas 14 de los autos, determina: existencia de incongruencia en el diagnóstico de ingreso del doctor Pavón, con el que se realiza dentro de la sala de recuperación, en el que se señala la existencia de sufrimiento fetal agudo y desprendimiento prematuro de la placenta; se acota además que llama la atención de que se haya

procedido con anestesia peridural, por cuanto el desprendimiento prematuro de placenta se lo realiza con anestesia general; así mismo se agrega que por las intervenciones que se han realizado llegan a la presunción que hubo asfixia al momento del nacimiento que llevó al consiguiente para respiratorio. En las conclusiones se establece, entre otros aspectos, que la técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta por cuanto el tiempo de la extracción del producto fue de diez minutos luego de haber realizado maniobras intra operatorias inadecuadas; que es un niño de alto riesgo que amerita vigilancia y atención permanente por parte del médico tratante, residente o interno, que el niño debió haber sido evaluado con mayor frecuencia por parte del médico tratante para la posibilidad o no de transferencia a una unidad de mayor complejidad en forma temprana, el informe de Luis G. Toral, establece situaciones que merecen destacarse, como haberse pedido al doctor Buenaño que ayude a empujar al niño y a la doctor Mogrovejo, se le pidió que ampliara la incisión porque no salía el niño; la doctora Esperanza Marín Torres, señala que los pulmones del niño demostraban haber bronco aspirado, porque se encontraban con secreción. Los otros informes que obran de autos, relatan una situación de complejidad en la salud del niño. El perito médico, doctor Tenorio Salazar, ante la señora Fiscal Novena de lo Penal del Azuay, presenta un informe médico, que revela como aspectos más trascendentes. Que el niño no es capaz de sentarse solo, de pararse o de emitir algún sonido inteligible; que de manera constante emite saliva y existe sonido burbujeante (roncus) audibles a tres metros de distancia; que sonríe, reconoce a sus padres, que se ha encontrado internado en una casa de salud desde que nació hasta los dos meses, pues tenía falta de reflejo de succión y de deglución; que actualmente <31 de octubre de 2006> por sonda de gastronomía; que el electro encefalograma de 22 de octubre de 2005, refiere anormalidad por presencia de actividad epileptiforme generalizada y por pobre organización y simetría; que la resonancia magnética craneana tomada el 4 de enero de enero 2006, demuestra retardo en la mielinización, probablemente en relación con hipoxia perinatal; que las lesiones se deben a hipoxia perinatal; que según la historia clínica, el médico que vigilaba el desarrollo de la gestación, citó a la madre para realizar cesárea planificada por un antecedente de perforación uterina luego de aborto y legrado diez años antes; que la madre no acudió el





día y hora señalado por el médico sino al día siguiente, con sangrado vaginal por desprendimiento placentario prematuro, con ausencia de latido fetal a la auscultación y disminución de los movimiento fetales. Como aspectos determinantes del estudio se establece: "Que las lesiones del menor son definitivas; que no hay posibilidades de recuperación y por ellas presenta un retraso mental de tipo profundo con pérdida del reflejo de deglución, lo que hace que se alimento (e) con sonda conectada por una herida abdominal al estómago". En las conclusiones se establecen aspectos igualmente culminantes, tales como, que las lesiones son producidas por asfixia perinatal, que causan enfermedad permanente; que por las lesiones, no podrá realizar ningún trabajo; que requerirá de cuidado permanente de otra persona; que no es posible por los datos que constan en la historia clínica, saber en qué momento se produjeron las lesiones que actualmente presenta el niño; "si se encuentra en la historia clínica varias causas para ellas: a) el desprendimiento prematuro de la placenta y el sufrimiento fetal previo a la cesárea. b) el retraso en la cesárea por existir una rígida norma intra hospitalaria que un anestesiólogo no puede brindar anestesia a otro pendiente si está anestesiando a uno, aún sin considerar que el caso era una emergencia; ... la permanencia en la termo cuna posiblemente dañada...". Se detecta incoordinación o incongruencia de datos en la historia clínica; así: a) se dice que el niño tuvo sufrimiento fetal al nacer, no pudo tener un APGAR de 8 sobre 8; b) hay enmendaduras en la historia clínica y en un documento médico enviado para que la madre se realice un electro cardiograma previo a la cirugía; c)no se llena la valoración de APGAR sino se pone únicamente el resultado; d) se manifiesta que el niño está aparentemente bien y resulta que no lo ha estado en su permanencia en el Hospital Militar. 6) el Hospital carece de un servicio de neonatología para tratar a niños como el examinado y debe enviarlos a otros servicios cuando la necesidad surge". Es también importante destacar el informe del perito ingeniero Efraín Villota, quien en las conclusiones a la inspección de la termo cuna, señala, entre otros aspectos: Que el equipo no tiene historial de mantenimiento, registro de ingreso, ni manual de operación, no hay datos de calibración de temperatura, humedad, nivel de ruido, rutina de limpieza, esterilización, estabilidad, curva de operación, ni recomendaciones de uso; que según la inspección como y donde

se encuentra el equipo no es recomendable utilizar para un paciente; que la hoja de biodigicom no es una garantía para haber utilizado el equipo bajo condiciones óptima entre septiembre y noviembre de 2005. Es igualmente trascendente, determinar: que la resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, en auto dictado el 4 de septiembre de 2007, reforma el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada dictado por la Juez de instancia y en su lugar dicta auto de sobreseimiento **provisional** del proceso y a favor de la imputada..., lo que significa que el juez llegó a la conclusión, de que concurren elementos que permiten presumir la existencia del delito, pero que no existen indicios de responsabilidad del imputado, art. 243 del C. de P. Penal. La circunstancia que no se haya llegado a determinar que exista responsabilidad en las personas que se encontraban imputadas u otras en la infracción, no hace que desparezca la obligación de responder por los daños causados, bajo la siguiente óptica: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución" "Art. 16; las instituciones del Estado, sus delegatario y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios **público** o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos...". Art.- 20, disposiciones de la Constitución de 1998, a lo que se debe agregar el art. 1 de la misma Carta Política, determina que el Ecuador es un Estado social de derecho, y que su gobierno es responsable. Del precepto contenido en el art. 20 de la Carta Política, es necesario que concurran tres elementos para que se produzca la responsabilidad del Estado, a saber: 1. Servicios o actos de sus servidores; 2. Perjuicio o perjuicios; y, 3. Relación causa efecto, entre el perjuicio y el servicio, o el acto de los funcionarios. <perjuicios irrogados como consecuencia...>. Como hay que determinar, si se presenta en esta causa, dichos presupuestos, analicemos: El primero, hay una actividad, que proviene de autoridad pública, no negada por parte del Ministerio de Defensa Nacional (fojas 551 a 555), se trata de un servicio público, garantizado por el Estado, como se desprende de los textos de las normas constitucionales, contenidas en los arts. 23, numeral 20, 35, numeral 10, inciso segundo y se lo ejecuta en ejercicio de facultades constitucionales y legales; el segundo, esa actividad, es la que



ocasiona, que la producción del daño, ya señalado a lo largo de esta resolución, en varios pasajes; y el tercero, es evidente, que la actuación pública, en su prestación no guarda correspondencia con el derecho a disponer de bienes y servicios públicos de óptima calidad. De lo dicho se establece que efectivamente, se presentan elementos para sostener, sin duda que el niño NN, soportó consecuencias, esto es una afectación ilícita, que no debió sufrir, siendo además de destacar, que la responsabilidad del Estado, no está ligada únicamente a la existencia de dolo y culpa grave, sino incluso en caso de existir licitud en los actos de los funcionarios, siendo la responsabilidad obligatoria, solo por los efectos del acto, esto es que se produzcan daños, por lo dicho es lo pertinente, lo adecuado, sostener que existe un daño indemnizable, por ser el Estado responsable, como lo establece tanto la Constitución de 1998, como la expedida en Montecristi, en los preceptos 1 y 20 de la primera y 53 inciso segundo de la última Ley Suprema citada. **SÉPTIMA:** Para abordar el tema de las indemnizaciones, es pertinente invocar, que la administración de justicia debe hacerlo con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales y a la ley. Entre los instrumentos internacionales se tiene que el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización; que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en fallo, publicado en la Gaceta Judicial mayo-agosto 2007, establece, que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, orienta la forma en la que se debe proceder, para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales". Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, por lo que al invocar el art. 279 del C. de P. Civil, que establece: "Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las

bases para la liquidación y el modo de verificarla". En cuanto a los daños materiales sufridos por el menor, se considera el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador. Para el efecto y siguiendo el precedente sentado por la Sala de lo Contencioso en el fallo ya citado, se establece, que es razonable y adecuado fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes. Se establece el monto de la canasta familiar vital, por cuanto no se puede admitir al menor afectado fuera de un núcleo familiar, como lo prescribe tanto la Constitución vigente a la fecha en que se produjo el acontecimiento, como la que hoy rige. Estos valores se liquidarán pericialmente, debiendo tenerse en cuenta, lo siguiente: El día de nacimiento del menor, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y de esta fecha en adelante, el Estado ecuatoriano, pasará una pensión no menor a la canasta familiar mensualmente, así como proveerá de atención médica especializada, y medicina gratuita y todo cuanto sea menester para una calidad de vida digna, lo cual será determinado, por el departamento de medicina correspondiente, del Hospital "Vicente Corral Moscoso", que corresponda a la edad de hoy menor. Igualmente, se dispone el pago de los valores en los que se ha incurrido y que se han presentado en autos, lo cual también se establecerá pericialmente. Por los antecedentes expuestos, me aparto del voto de mayoría y consecuentemente, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3, con sede en Cuenca, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**", Declara con lugar la demanda, en los términos que se dejan detallados. Esta declaratoria no excluye, que de llegar a establecerse responsabilidades en el ámbito penal, el estado pueda repetir el pago, en quienes resulten responsables. Sin costas. Notifiquese.

f) Dr. Alejandro Peralta Pesántez, Juez Distrital. Dr. Hernán Monsalve Vintimilla, Juez Distrital. Dr. Pablo Cordero Díaz, Juez Distrital.





# CASACIÓN

Recurso nro. 344-2009

Juicio contencioso administrativo propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado Ecuatoriano

# Juez ponente: Dr. Juan Montero Chávez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 19 de mayo de 2014; las 16h50.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N.º 4-2012 de 25 de enero de 2012; por la Resolución N.º 03 de 22 de julio de 2013 de integración de Salas Especializadas dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; por Resolución N.º 83-2013 el Pleno del Consejo de la Judicatura que integró las Salas Especializadas de Conjuezas y Conjueces, así como el acta del sorteo electrónico de causas de 10 de mayo de 2013. Integran este Tribunal de Casación el doctor Juan Montero Chávez, de conformidad con el oficio N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, así como también el abogado Héctor Mosquera Pazmiño y el doctor Francisco Iturralde Albán, conforme acta de sorteo de 6 de agosto de 2013. Interpuesto el recurso de casación, por la señora AA, en contra de la sentencia dictada el 2 de junio de 2009 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del proceso deducido por la indicada señora en contra del Estado ecuatoriano representado por el Procurador General del Estado, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de admisibilidad de 13 de enero de 2010, admite el recurso, que se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por considerar, infringidos los artículos: 1 inciso primero, 16, 18 inciso primero y 20 de la Constitución Política de la República de 1998, vigentes a la fecha de la interposición de la demanda y de los hechos que motivan la misma; y, 63.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En lo Principal, sostiene que los derechos humanos y fundamentales de su hijo han sido flagrantemente violados, lesionados, arremetidos, por la irregularidad o deficiente prestación de un servicio público a cargo del Estado; que en la sentencia se comete un error en cuanto a la interpretación

del art. 20 de la Constitución Política de 1998; que el establecimiento del dolo o la culpa grave y la responsabilidad del funcionario que causó el daño sólo es relevante y tiene interés e importancia para el ejercicio de la acción de repetición, pero para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado no tiene importancia alguna, pues resulta irrelevante; que en el proceso se ha probado el daño causado al menor, como consecuencia de la prestación deficiente de un servicio público. Solicita se case la sentencia. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera:

**PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

SEGUNDO: La sentencia no admite la demanda, fundamentándose en que la justicia penal no determinó responsabilidad del personal médico, que únicamente existió presunción de responsabilidad penal en contra de la Dra. Guayasamín, presunción insuficiente para que se determine la deficiente prestación del servicio público y la responsabilidad del Estado; que tras peritaje médico se determinó que el menor presenta una anomalía congénita; y que requiere haber probado la deficiente prestación del servicio público, para proceder con la indemnización.

TERCERO: El cuestionamiento a la sentencia formulado al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación está relacionado con la interpretación que la Sala juzgadora hace del contenido del art. 20 de la Constitución Política de 1998 que regula la responsabilidad extracontractual del Estado. Para resolver, la Sala formula las siguientes consideraciones: 3.1. El art. 20 de la Constitución Política de 1998, a la letra señalaba: "Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el



desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes." (el subrayado pertenece a la Sala); 3.2. La norma constitucional transcrita de la Constitución vigente y aplicable a la fecha de los hechos y de interposición de la demanda, regula lo que la doctrina denomina responsabilidad extracontractual del Estado la que está plenamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un régimen de reparación de daños materiales e inmateriales, que si bien tiene su génesis en el Derecho Civil, en el escenario del derecho administrativo obedece a una lógica distinta. En éste se han superado las etapas sucesivas, primero de declarar totalmente irresponsable al Estado, luego de esperar culpa grave o dolo en los agentes estatales para declarar su responsabilidad, hasta llegar a un régimen directo cobijado por el principio de que si el Estado daña y le es imputable el hecho dañino, nace el deber de reparar los efectos de la antijuridicidad ocasionada. Y esto porque, en general, la actuación del Derecho en la sociedad se encamina a evitar la producción de daños apreciables jurídicamente y, una vez producidos, a resarcir sus perjuicios a los sujetos que, afectados, no están en la obligación de soportarlos, tanto más si hablamos que el imputado del daño provenga de la esfera pública; 3.3. Este principio general de la responsabilidad del Estado está previsto en la Constitución de la República vigente, en su artículo 11.9, que consagra como el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y que "[e] Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos"; 3.4. Las dos normas constitucionales referidas, con distinto texto pero de similar alcance, para determinar la responsabilidad del Estado. Con lo expuesto se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico contempla, sin lugar a dudas, el régimen de responsabilidad extracontractual directa del Estado, entendida ésta como el régimen jurídico por el que el Estado, al haberse verificado un daño causado por la acción u

omisión de sus agentes en la prestación deficiente de un servicio público, está en el deber de reparar; **3.5.** Ahora bien, el deber de reparar nace al verificarse tres elementos: por un lado, de manera fundamental, la existencia del daño, material o inmaterial, con sus diversas tipificaciones; por otro, el nexo causal entre el hecho dañino, es decir, establecer qué causó y su resultado; y finalmente, el título de imputación o imputabilidad del daño, que no es otra cosa que determinar jurídicamente quién debe responder por el daño. Los daños que pueden ser reparados son materiales (daño emergente y lucro cesante) o inmateriales (daño moral y daño a la vida en relación); 3.6. En la especie, el Tribunal de instancia, incurre en el error de condicionar la determinación de responsabilidad estatal a la decisión de los jueces penales respecto de la conducta de los sujetos involucrados en la comisión de una acción presumiblemente punible como consecuencia de la prestación de un servicio público deficiente, prejudicialidad que al tenor de la norma constitucional es improcedente porque no existe; 3.7. Analizada la sentencia y los recaudos procesales, se puede determinar que en efecto existen elementos para configurar un hecho dañoso, las condiciones médicas insuficientes del neonato, como consecuencia de la prestación deficiente del servicio, que produjeron indudablemente efectos negativos en la condición de salud del recién nacido; por otro lado, si bien el cuadro médico del menor muestra deficiencias congénitas, detectadas y referidas en los informes periciales médicos, no hubiese derivado en las consecuencias físicas agravadas en las que quedó el menor, si las instalaciones sanitarias (una termo cuna en funcionamiento) y las propias acciones médicas oportunas (la extracción inmediata del cuerpo del vientre de la madre, y el traslado a la unidad de cuidados intensivos de manera inmediata, no luego de varias horas), que también reconocen los informes periciales practicados, hubieran sido otras; esto, indudablemente configura la existencia de una prestación deficiente de un servicio público, lo que concluye en la determinación de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, que los jueces deben declarar y disponer su reparación por los efectos perniciosos que ocasionan en la vida del menor y de su entorno familiar inmediato.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO** 





# SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTO-RIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LE-

YES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia recurrida y acepta la demanda formulada por la señora AA; en consecuencia, se dispone que el Estado Ecuatoriano, a través del Hospital General de las Fuerzas Armadas de la ciudad de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos" brinde atención permanente y especializada al menor XXXX, durante el resto de su existencia; como mecanismo para resarcir los daños ocasionados por la prestación deficiente del servicio, se reconoce a favor de la madre del menor AA o de la persona que quede al cuidado del niño, el pago mensual equivalente a una remuneración básica del trabajador en general, desde la fecha en la que se produjo el alumbramiento hasta el día en que ocurra el fallecimiento del menor, pago que se realizará los primeros cinco días de cada mes.

Además, se cubrirán los gastos médicos en los que ha incurrido la actora los mismos que, junto con el valor mensual establecido en esta sentencia, por el tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta la fecha de ejecutoria de la misma, se liquidarán pericialmente. Se deja a salvo el derecho del Estado de repetir en contra de los servidores y funcionarios responsables del mal funcionamiento del servicio. Sin costas que regular.- Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator Encargado de la Sala de lo Contencioso Administrativo. **Noti-fíquese, publíquese y devuélvase.** 

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo Juez Nacional (Voto Salvado), Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia Jueza Nacional (Voto Salvado), Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional. Dr. Francisco Iturralde Albán Conjuez Nacional. Abg. Héctor Mosquera Pazmiño Conjuez Nacional.

## **VOTO SALVADO**

Recurso nro. 344-2009

Juicio contencioso administrativo propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado Ecuatoriano

# Juez ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATI-VO.- Quito, 19 de mayo de 2014; las 16h50.

Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

VISTOS: A) En virtud de que la Jueza y Juez Nacionales abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N.º 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones N.º 1-2012 de 30 de enero del 2012, y N.º 4-2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos competentes y avocamos conocimiento de la presente causa acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. B) El Conjuez Nacional que suscribe, Dr. Juan Montero Chávez, asume la competencia conforme al artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud del oficio N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. C) Los Conjueces Nacionales Dr. Francisco Iturralde Albán y Abg. Héctor Mosquera Pazmiño, asumen la competencia por el acta de sorteo de 6 de agosto de 2013 que consta en el expediente de casación, por lo señalado en los autos de 11 de julio de 2013 y de 25 de julio de 2013, conforme el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- 1.1.- Por sentencia de mayoría expedida el 2 de junio de 2009, 10h32, la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en la ciudad de Cuenca, "no admite la demanda" dentro del juicio propuesto por la Sra. AA y otros, en contra del Estado ecuatoriano, en la persona del Procurador General del Estado, por daños y perjuicios sufridos por la atención médica recibida en el Hospital Militar "Alberto Alvarado Cobas" de la ciudad de Cuenca.

1.2.- Al respecto, la sentencia de mayoría arguye, entre otros aspectos, que: "SEXTA.- La acción contencioso administrativa intentada por la



Dra. Zoila E. Marín Chacón, pretende que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, en sentencia, determine la, responsabilidad de parte del Personal Médico y auxiliar del Hospital Militar de la ciudad de Cuenca, así como por el hecho de que, la casa de salud no estuvo equipada para atender una emergencia como la que se había presentado en el alumbramiento de su hijo NN, se determine y disponga el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios debiéndose tener en cuenta los siguientes aspectos que tienen que ver en primer lugar con el daño directo; y en segundo lugar el daño indirecto, que se concreta en los lits. a), b), e), d), e), f), g), h); e), i), que constan en la parte final de la demanda. Frente a la pretensión de la actora el Juzgador considera que la responsabilidad del personal médico y auxiliar del Hospital Militar, y la indemnización por parte del Estado, no puede ser atendida en esta instancia jurisdiccional, por lo siguiente: 1.- Por Instrucción Fiscal N.° 10-07 de fecha 13 de Marzo de 2006, las 08h0, que dicta la Agente Fiscal IX de lo Penal del Azuay, Dra. Áurea Piedad Calderón Vintimilla, en contra de los ciudadanos, Dres. Jaime Leónidas Pavón Vásquez y Myriam del Carmen Guayasamín, que consta del proceso de fs. 108 a 111, Instrucción Fiscal que se notifica al Juez de lo Penal, con oficio N.º 102-07-MFDA-FIX, de fecha 13 de marzo de 2007, que por sorteo a correspondido su conocimiento al Juzgado Tercero de lo Penal de Cuenca. 2.- Con fecha 14 de marzo del 2007; las 09h05, la Dra. Sonia Cárdenas Campoverde, Juez Tercero de lo Penal del Azuay, avoca conocimiento y dispone la notificación con la instrucción fiscal por el delito de lesiones, al menor NN, causado el momento de su nacimiento, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 217 del C. de P. Penal, a los imputados Jaime Leónidas Pavón Vásquez y Myriam del Carmen Guayasamín y a la ofendida. 3.- Luego del trámite de la causa, la Sra. Dra. Sonia Cárdenas Campoverde, Juez de la Causa, con fecha 9 de agosto del 2007, las 08h00, dicta sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada Myriam del Carmen Guayasamín Arias; respecto de Jaime Leónidas Pavón Vásquez, se dicta también sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, argumentándose además que en la consulta efectuada de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tres del Art. 231 del C. de P. Penal, el señor Ministro Fiscal del Azuay, a ratificado la abstención de acusar constante en el dictamen fiscal emitido por la señora Agente Fiscal, argumentando en lo fundamental que se han desvirtuado los indicios existentes en contra del

imputado. 4.- La Dra. Zoila Marín Chacón, quien interviene en el proceso acusando y la señora Agente Fiscal, Dra. Piedad Calderón Vintimilla, apelan del auto sobreseimiento definitivo, el mismo que se lo concede para ante una de las Salas de lo Penal de la H. Corte Superior de Cuenca, habiendo correspondido su conocimiento a la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, Tribunal de Justicia que en auto dictado el 04 de Septiembre de 2007, las 09h00, reforma el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada, dictado por la Juez de instancia y en su lugar dicta Auto de Sobreseimiento provisional a favor de la Dra. Miriam Guayasamín Arias. Devuelto el proceso al Juzgado de origen, la Dra. Azucena Andrade Rodríguez, Juez Legalmente Encargado del Juzgado Tercero de lo Penal del Azuay, en auto dictado el 14 de Septiembre del 2007; las 09h00, avoca conocimiento de la causa por encontrarse legalmente encargada del Juzgado y en vista del auto de sobreseimiento provisional, dictado a favor de Myriam del Carmen Guayasamín Arias, dispone el archivo del proceso, pieza procesal que consta del proceso a fs. 531. 5.- Frente a lo puntualizado, el Juzgador se pronuncia manifestando que la atención médica en el caso en estudio, proviene de un centro hospitalario de una Institución del Estado, "Hospital Militar" es decir de autoridad pública, esto se establece con las comunicaciones del Ministerio de Defensa Nacional que constan del proceso de fs. 551 a 555, considera el Tribunal, que la acción penal que se que ha indicado en líneas anteriores, tiene por objeto el establecimiento de responsabilidades por la deficiente prestación del servicio público, instancia judicial en la que no se ha establecido responsabilidad de parte del personal médico del Hospital Militar en la ciudad de Cuenca, que de lugar para reclamar a la Institución, del Estado, el Ministerio de Defensa Nacional, la indemnización prevista en el Art. 20 de la Constitución de 1998. 6.- El "Art. 20 de la Constitución Política del Estado de 1998, vigente a la fecha de los acontecimientos y a la presentación de la demanda tiene el siguiente texto: "Las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las Instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente





declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes." La norma constitucional señala la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados. 7.- La justicia penal no determinó responsabilidad del personal médico, existe únicamente en contra de la Dra. Guayasamín, presunción de responsabilidad penal y esta presunción de responsabilidad a juicio del juzgador, no es suficiente para que se determine la deficiente prestación del servicio público y, la responsabilidad del Estado. 8.-Como es posible que a la doctora Myriam Guayasamín, por la misma causa, se lo juzgue dos veces, el Art. 24 numeral 16, de la Constitución Política el Estado de 1998, vigente a la fecha de los acontecimientos de éste estudio, dice: "16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa..." La Constitución Política del 2008, en vigencia, en el Capítulo VIII, al tratar sobre los Derechos de Protección, en el Art. 76, N.º 7, letra i, dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...". 9.- A más de lo manifestado es pertinente indicar que en la etapa de prueba abierta en esta causa, se designaron peritos, uno de ellos, el Dr. Homero Ledesma Ledesma, perito médico acreditado en el Ministerio Fiscal y en la H. Corte Superior de Justicia, hoy Corte Provincial de Justicia, presenta su informe el que consta del proceso a fs. 733, 738 y 739, en los que establece, luego de realizar el reconocimiento médico legal del menor, con ínter consultas a pediatras especializados, señala que el menor NN, padece de "anomalía congénita", "SÍNDROME DE PIERRE ROBÍN" CONCLUSIONES: El menor examinado presenta una anomalía congénita...".- En la ampliación al informe el Dr. Ledesma, fs. 738, 739, en la parte final del primer acápite textualmente dice; "Las complicaciones respiratorias propias del Pierre Robin pueden producir por falta de oxigenación adecuada un daño cerebral".- 10.- El Tribunal considera que no existe responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio público que necesariamente tiene que establecerse para que prospere la indemnización que se pretende con la presente acción contencioso administrativa. ¿Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas, judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa

grave hayan causado los perjuicios?. La Constitución Política del Estado de 1998, en el Capítulo II, de los Derechos Civiles, en el Art. 24, numeral 7 señala: "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada." La Constitución Política del Estado del 2008, en actual vigencia, en el Capítulo VIII Derechos de Protección, Art. 76 N.º 2, dice: "2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada." 11.- En el informe que el Comandante y General de la Fuerza Terrestre, dirige al señor Ministro de Defensa Nacional, en la segunda pagina acápite segundo dice: "Al respecto se debe entender que, si bien la persona que se cree afectada por la deficiente prestación de un servicio público, cuenta con la potestad jurídica de reclamar al Estado la correspondiente indemnización pecuniaria, no es menos cierto que tal indemnización, de ser el caso, únicamente deberá ser satisfecha cuando exista sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del servidor público, el espíritu de este mandato es que el Estado, una vez que haya sido condenado a indemnizar a un particular, puede repetir (reclamar) ese pago al servidor público cuya responsabilidad se haya determinado judicialmente, lo manifestado tiene sustento en el mandato previsto en el Art. 20 de la Constitución Política de la República...".- 12. En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso si para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador. - Por lo antes expuesto el Tribunal Distrital N.º 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, "ADMI-NISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA COSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"; no admite la demanda. - Sin costas. - Notifiquese. - "(Las negritas y el subrayado son nuestros).

1.3.- Al respecto, el voto salvado arguye, entre otros aspectos, que: "SEXTA.- El informe de auditoría médica, que corre de fs. 14 de los autos, determina: existencia de incongruencia en el diagnóstico de ingreso del Dr. Pavón, con el que se realiza dentro de la sala de recuperación, en el que se señala la exis-



tencia de sufrimiento fetal agudo y desprendimiento prematuro de la placenta; se acota además que llama la atención de que se hava procedido con anestesia peridural, por cuanto el desprendimiento prematuro de placenta se lo realiza con anestesia general; así mismo se agrega que por las intervenciones que se han realizado llegan a la presunción que hubo asfixia al momento del nacimiento que llevó al consiguiente paro respiratorio. En las conclusiones se establece, entre otros aspectos, que la técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta por cuanto el tiempo de la extracción del producto fue de diez minutos luego de haber realizado maniobras intra operatorias inadecuadas; que es un niño de alto riesgo que ameritó vigilancia y atención permanente por parte del médico tratante, residente o interno, que el niño debió haber sido evaluado con mayor frecuencia por parte del médico tratante para la posibilidad o no de transferencia a una unidad de mayor complejidad en forma temprana; el informe de Luis G. Toral, establece situaciones que merecen destacarse; como haberse pedido al Dr. Buenaño que ayude a empujar al niño y a la Dra. Mogrovejo, se le pidió que ampliara la incisión porque no salía el niño; la Dra. Esperanza Marín Torres, señala que los pulmones del niño demostraban haber bronco aspirado, porque se encontraban con secreción. Los otros informes que obran de autos, relatan una situación de complejidad en la salud del niño.- El perito médico, Dr. Tenorio Salazar, ante la Señora Fiscal Novena de lo Penal del Azuay, presenta un informe médico, que revela como aspectos más trascendentes: Que el niño no es capaz de sentarse solo, de pararse o de emitir algún sonido inteligible; que de manera constante emite saliva y existe sonido burbujeante (roncus) audibles a tres metros de distancia; que sonríe, reconoce a sus padres, que se ha encontrado internado en una casa de salud desde que nació hasta los dos meses, pues tenía falta de reflejo de succión y de deglución; que actualmente <31 de octubre de 2006> por sonda de gastronomía (sic); que el electroencefalograma de <u>22 de octubre de 2005, refiere anormalidad por</u> presencia de actividad epileptiforme generalizada y por pobre organización y simetría; que la resonancia magnética craneana tomada el 4 de enero de enero de 2006, demuestra retardo en la mielinización, probablemente en relación con <u>hipoxia perinatal,</u> que las lesiones se deben a hipoxia perinatal; que según la historia clínica, el médico que vigilaba el desarrollo de la gestación, citó

a la madre para realizar cesárea planificada por un antecedente de perforación uterina luego de aborto y legrado diez años antes; que la madre no acudió el día y hora señalado por el médico sino al día siguiente, con sangrado vaginal por desprendimiento placentario prematuro, con ausencia de latido fetal a la auscultación y disminución de los movimientos fetales.- Como aspectos determinantes del estudio se establece: "Que las lesiones del menor son definitivas: que no hay posibilidades de recuperación y por ellas presenta un retraso mental de tipo profundo con pérdida del reflejo de deglución, lo que hace que se alimento (e) con sonda conectada por una herida abdominal al estómago". En las conclusiones se establecen aspectos igualmente culminantes, tales como, que las lesiones son producidas por asfixia perinatal, que causan enfermedad permanente; que por las lesiones, no podrá realizar ningún trabajo; que requerirá de cuidado permanente de otra persona; que no es posible por los datos que constan en la historia clínica, saber en qué momento se produjeron las lesiones que actualmente presenta el niño; "si se encuentra en la historia clínica varias causas para ellas: a) el desprendimiento prematuro de la placenta y el sufrimiento fetal previo a la cesárea, b) el retraso en la cesárea por existir una rígida norma intra hospitalaria que un anestesiólogo no puede brindar anestesia a otro pendiente si esta anestesiando a uno, aún sin considerar que el caso era una emergencia;... la permanencia en la termo cuna posiblemente dañada...".- Se detecta incoordinación o incongruencia de datos en la historia clínica; así: a) se dice que el niño tuvo sufrimiento fetal al nacer, no pudo tener una APGAR de 8 sobre 8; b) hay enmendaduras en la historia clínica y en un documento médico enviado para que la madre se realice un electrocardiograma previo a la cirugía; c) no se llena la valoración de APGAR sino se pone únicamente el resultado; d) se manifiesta que el niño está aparentemente bien y resulta que no lo ha estado en su permanencia en el hospital militar. 6) El hospital carece de un servicio de neonatología para tratar a niños como el examinado y debe enviarlos a otros servicios cuando la necesidad surge.".- Es también importante destacar el informe del perito Ing. Efraín Villota, quien en las conclusiones a la inspección de la termo cuna, señala, entre otros aspectos: Que el equipo no tiene historial de mantenimiento, registro de ingreso, ni manual de operación, no hay datos de calibración de temperatura, bumedad, nivel de ruido, rutina de limpieza,





esterilización, estabilidad, curva de operación, ni recomendaciones de uso; que según la inspección como y donde se encuentra el equipo no es recomendable utilizar para un paciente; que la boja de biodigicom no es una garantía para haber utilizado el equipo bajo condiciones óptimas entre septiembre y noviembre de 2005.- Es igualmente trascendente, determinar: Que la resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, en auto dictado el 4 de septiembre de 2007, reforma el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la imputada dictado por la Juez de instancia y en su lugar dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y a favor de la imputada... lo que significa que el juez llegó a la conclusión, de que concurren elementos que permiten presumir la existencia del delito, pero que no existen indicios de responsabilidad del imputado, art. 243 del C. de P. Penal.- La circunstancia que no se haya llegado a determinar que exista responsabilidad en las personas que se encontraban imputadas u otras en la infracción, no hace que desaparezca la obligación de responder por los daños causados, bajo la siguiente óptica: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución" "Art. 16; Las instituciones del Estado, sus de legatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos...". Art. 20, disposiciones de la Constitución de 1998, a lo que se debe agregar el Art. 1 de la misma Carta Política, determina que el Ecuador es un Estado social de derecho, y que su gobierno es responsable. Del precepto contenido en el Art. 20 de la Carta Política, es necesario que concurran tres elementos para que se produzca la responsabilidad del Estado, a saber: 1. Servicios o actos de sus servidores; 2. Perjuicio o perjuicios; y, 3. Relación causa efecto, entre el perjuicio y el servicio, o el acto de los fun-<perjuicios</pre> cionarios. irrogados consecuencia...>.- Como hay que determinar, si se presenta en esta causa, dichos presupuestos, analicemos: El primero, hay una actividad, que proviene de autoridad pública, no negada por parte del Ministerio de Defensa Nacional, (fs. 551 a 555), se trata de un servicio público, garantizado por el Estado, como se desprende de los textos de las normas constitucionales, contenidas en los arts. 23, numeral 20, 35, numeral 10, inciso segundo y se

lo ejecuta en ejercicio de facultades constitucionales y legales; el segundo, esa actividad, es la que ocasiona, que la producción del daño, ya señalado a lo largo de esta resolución, en varios pasajes; y el tercero, es evidente, que la actuación pública, en su prestación no guarda correspondencia con el derecho a disponer de bienes y servicios públicos de óptima calidad.- De lo dicho se establece que efectivamente, se presentan elementos para sostener, sin duda que el niño NN, soportó consecuencias, esto es una afectación ilícita, que no debió sufrir, siendo además de destacar, que la responsabilidad del Estado, no esta ligada únicamente a la existencia de dolo y culpa grave, sino incluso en caso de existir licitud en los actos de los funcionarios, siendo la responsabilidad obligatoria, solo por los efectos del acto, esto es que se produzcan daños, por lo dicho es lo pertinente, lo adecuado, sostener que existe un daño indemnizable, por ser el Estado responsable, como lo establece tanto la Constitución de 1998, como la expedida en Montecristi, en los preceptos 1 y 20 de la primera y 53 inciso segundo de la última Ley Suprema citada. **SÉPTIMA.-** Para abordar el tema de las indemnizaciones, es pertinente invocar, que la administración de justicia debe hacerlo con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales y a la ley. Entre los instrumentos internacionales se tiene que el Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización; que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en fallo, publicado en la Gaceta Judicial mayo-agosto 2007, establece, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, orienta la forma en la que se debe proceder, para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales".- Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, por lo que al invocar el Art. 279 del C. de P. Civil, que establece: "Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.".- En cuanto a los daños materiales sufridos por el menor, se considera el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cual-



quier otro trabajador. Para el efecto y siguiendo el precedente sentado por la Sala de lo Contencioso en el fallo ya citado, se establece, que es razonable y adecuado fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes. Se establece el monto de la canasta familiar vital, por cuanto no se puede admitir al menor afectado fuera de un núcleo familiar, como lo prescribe tanto la Constitución vigente a la fecha en que se produjo el acontecimiento, como la que hoy rige.- Estos valores se liquidarán pericialmente, debiendo tenerse en cuenta, lo siguiente: El día del nacimiento del menor, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y de esta fecha en adelante, el Estado Ecuatoriano, pasará una pensión no menor a la canasta familiar mensualmente, así como proveerá de atención médica especializada, y medicina gratuita y todo cuanto sea menester para una calidad de vida digna, lo cual será determinado, por el departamento de medicina correspondiente, del Hospital "Vicente Corral Moscoso", que corresponda a la edad del hoy menor. <u>Igualmente, se dispone el pago de los</u> valores en los que se ha incurrido y que se han presentado en autos, lo cual también se establecerá pericialmente.- Por los antecedentes expuestos, me aparto del voto de mayoría y consecuentemente, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en Cuenca, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBE-RANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declara con lugar la demanda, en los términos que se dejan detallados. Esta declaratoria no excluye, que de llegar a establecerse responsabilidades en el ámbito penal, el estado pueda repetir el pago, en quienes resulten responsables. - Sin costas. Notifiquese. - ". (Las negritas y el subrayado son nuestros).

1.4.- El recurso de casación, entre otros aspectos menciona una: "c) Errónea interpretación en la sentencia recurrida, de la norma de derecho contenida en el Art. 20 de la Constitución Política de la República de 1998, norma que prescribe: "Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de

repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes". Es el caso señores jueces que en la sentencia recurrida, en forma inexplicable y lamentable se comete un gravísimo error en cuanto a la interpretación de este mandamiento legal, cuando, insistimos, equivocadamente, el Tribunal, al motivar su resolución en su consideración SEXTA, en primer lugar estima, en su numeral 6 que "La norma constitucional señala la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios <u>causados.":</u> en el mismo considerando en el numeral 10 se dice "El Tribunal considera que no existe responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio público que necesariamente tiene que establecerse para que prospere la indemnización que se pretende con la presente acción contencioso administrativa. ¿Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicios?..."; terminando en el numeral 12, señalando que: "En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso si para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público. "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador" (negritas y subrayado es mío). Es con fundamento en la interpretación equivocada de la norma señalada, que el Tribunal, en sentencia "no admite la demanda", al considerar, equivocadamente que se requiere para su procedencia "que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada" y que si hubiere determinado la responsabilidad de los "funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados" para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. La interpretación que los señores jueces autores del voto de mayoría dan a la norma constitucional mencionada, no bace sino demostrar la ligereza v superficialidad con la que se ha pretendido administrar justicia en este caso, lo que resulta por decir lo menos, <u>lamentable.</u> Señores jueces, el análisis realizado y





que se ha resaltado en el texto del presente escrito y que consta del voto de mayoría, resulta falso, en cuanto, la norma invocada y en la que se fundamenta, determina con absoluta claridad que el Estado, sus delegatarios y concesionarios, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que se les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos, hecho que ha sido probado fehacientemente en el proceso y que no ha sido materia de análisis ni pronunciamiento del voto de mayoría, olvidando que la responsabilidad extracontractual del Estado es de carácter objetivo y que por lo tanto obliga a la indemnización de los daños y perjuicios que se produzcan con el funcionamiento normal o anormal, regular o irregular de la administración, funcionamiento tardío, incompleto o inexistente del servicio, así la conducta de sus funcionarios no sea culpable o dolosa, como paladinamente, se pretende sostener en la sentencia para no admitir la demanda, revirtiendo curiosamente la carga de la prueba al administrado afectado, circunstancia atentatoria a los derechos fundamentales de las personas, cuando es el Estado el obligado directo a subsanar e indemnizar el daño, no como sanción, sino como deber para con el ciudadano de que sus bienes y derechos deben ser protegidos y asegurados. Es de resaltar, que en la resolución se hace relación al principio constitucional de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, razonamiento que no tiene para el presente caso sustento jurídico ni lógico alguno, en cuanto, la pretensión procesal constante en la demanda no está dirigida a que se establezca ni el dolo ni la culpa grave de la conducta de funcionario alguno, circunstancias que le corresponderán probar al Estado cuando ejerza su acción de repetición consagrada en la Constitución, en caso de haber lugar. "La responsabilidad del Estado por falta personal, es una responsabilidad por culpa ajena. Se indemniza porque se viola un derecho, y no sólo se indemniza cuando bay sanción que es la concepción de la responsabilidad por culpa ajena, sino también cuando bay un daño que hace surgir el deber de indemnizar, sin que esto signifique que la indemnización es una sanción, sino que simplemente ésta debe existir." (Rojas Franco, Enrique "La responsabilidad del Estado respecto a usuarios, terceros y funcionarios públicos" La Responsabilidad del Estado frente a terceros. Ponencias Continentales del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Público. Pág. 32. Pixel Graphic - Ecuador. Octubre/2005). Permitiéndome por ser pertinente señalar lo que la doctrina ha sentado y aclarado al respeto: "...el Esta-

do responde civilmente por los daños ocasionados por los empleados o funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, aunque la conducta que realizaron para producirlos no sea culpa**ble.** Esto es así porque es obligación del Estado elegir personas capaces tanto biopsiquicamente como por los conocimientos que necesariamente se requieren para el ejercicio del cargo público de que se trate; por lo cual, no se podrá alegar como excepción la au-<u>sencia de dolo o culpa, ni error de hecho ni de</u> derecho, así como la ignorancia de la ley... El fundamento de la responsabilidad es el funcionamiento deficiente o insuficiente de los órganos de la administración pública, en cualquiera de las funciones del poder público, especialmente por defecto en la protección jurídica de los derechos de la personalidad jurídica de las personas bajo su jurisdicción." (negritas y subrayado son nuestros) (Abarca Galeas, Luis. "La Responsabilidad Civil Constitucional del Estado y sus Instituciones". Corporación de Estudios y Publicaciones. Págs. 7, 8 y 15)... En igual forma la Sala Especializada de la H. Corte Suprema de Justicia en resolución dictada dentro del juicio Nº 19-2005 seguido por el Señor Miguel Fernando Hermida Moreira y otros en contra del Municipio de Cuenca, señala que: "...En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones..." Señalando además que: "...los daños puedan ser reparados sin la intervención de la Administración de Justicia que, por supuesto, es lo deseable. Esta reparación puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien atendiendo el requerimiento de los administrados efectuados en sede administrativa." Juicio N.º 553-2006 Gerardo Antonio Ruiz Navas en contra del Estado: "En materia de responsabilidad pública por la prestación deficiente de los servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante en lo que respecta de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea impor-



tante en el sistema de responsabilidad, pues como lo establece el inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República la calificación de la culpabilidad de los funcionarios o empleados públicos, determina la posibilidad que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados." (negritas y subrayado es nuestro). De esta última resolución subyace con absoluta claridad el sustento de nuestra argumentación, en el sentido de que, el establecimiento del dolo o la culpa grave y la responsabilidad del funcionario que causó el daño solo es relevante y tiene interés e importancia para el ejercicio de la acción de repetición, más, para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado no tiene importancia alguna, resulta irrelevante. La errónea interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de la República de 1998, ha llevado al gravísimo error que se ha cometido en la sentencia impugnada, siendo así que, de habérsela interpretado de forma correcta, el Tribunal se hubiera pronunciado, declarando, de acuerdo a las constancias procesales, con lugar la demanda propuesta en los términos que constan de la misma, como así se ha pronunciado el voto salvado. Señores jueces para la indemnización que se viene demandando en nada importa y nada tiene que ver con el derecho del Estado a repetir el pago, la confusión, por decir lo menos, que se produce en los autores del voto de mayoría impugnado resulta inexplicable, tal vez podría entenderse por el hecho de que no se dio lectura al proceso y no se revisó la existencia de precedentes jurisprudenciales obligatorios al respecto, así como las normas fundamentales para la aplicación y resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Señores Jueces, considero importante dejar constancia que en el proceso se ha probado hasta la saciedad el daño causado a mi hijo como consecuencia de la prestación deficiente de un servicio público, en los términos constantes en la demanda, bastando para el efecto referirme a las piezas procesales de las cuales se desprende y con las cuales se justifica el daño mencionado, el informe de auditoría médica que corre a fojas catorce de los autos; el informe de Luis G. Toral; el informe presentado por el perito Dr. Gabriel Tenorio Salazar; el informe del perito Ing. Efraín Villota; como piezas procesales que llevan ineludiblemente a la conclusión y al convencimiento del daño causado y las causas por las que el mismo se produjo, pruebas y piezas procesales que no han sido valoradas ni siquiera mencionadas en el voto de mayoría y que se justifica por el hecho de que, en el mismo no se entra al estudio del

fondo del problema, esto es, de la existencia del daño, sino, conforme a lo mencionado se pronuncia en el sentido de que la responsabilidad extracontractual del Estado procede "cuando exista sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del servidor público" criterio que es mencionado en el informe presentado por el Comandante General de la Fuerza Terrestre al señor Ministro de Defensa Nacional y con el cual comparten los jueces del voto de mayoría conforme así se afirma en la consideración SEXTA numeral 12 de la sentencia recurrida."

1.5.- La Procuraduría General del Estado señala casillero judicial; y el Ministerio de Defensa
Nacional dice que el recurso de casación: "no
cumple con los requisitos establecidos en la ley de la
materia, por lo que debe ser desechado. Adicionalmente, es improcedente que la actora pretenda
una indemnización de daños y perjuicios contra
el Estado, cuando del proceso se desprende que
no existe sentencia ejecutoriada que determine
que un funcionario público es responsable de
perjuicio alguno, de manera que es imposible
que sin la determinación de responsabilidad se
endilgue gravamen al Estado".

1.6.- Mediante auto de 13 de enero de 2010, 16h30, esta Sala admite a trámite el recurso de casación interpuesto por la Sra. AA, por sus propios derechos y por los que representa, de su cónyuge Hugo Gómez, y de su hijo menor de edad, niño NN, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 1 inciso primero y 16 de la Constitución Política del Estado de 1998; falta de aplicación del Art. 18 inciso 1 de la Constitución de la República de 1998 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, errónea interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de la República de 1998.

**SEGUNDO.- 2.1.- La recurrente fundamenta** su recurso diciendo que según la Constitución Política de 1998, el Ecuador es un estado responsable (Art. 1) y que su más alto deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución (Art. 16), lo que no ha sucedido y más bien se han lesionado los derechos de su hijo, quien ha sufrido la deficiente prestación de un servicio público a cargo del Estado. Que se ha dejado de aplicar el inciso 1 del Art. 18 de la Constitución, pues no se ha aplicado en forma directa e inmediata las normas de la Constitución y de los instrumentos internacionales, acorde con el Art. 63. 1 de la Convención Americana de De-





recho Humanos, pues no se reconoce el daño sufrido por su hijo recién nacido, que ha sido afectado en su integridad física, sicológica e impidiendo su adecuado desarrollo material, espiritual y social, al haberle causado una lesión irreversible, que le ha condenado a una condición de vida con desventajas y con limitaciones en sus capacidades, que merecen ser resarcidas, que procuren darle una vida digna, un buen vivir.

2.2.- Señala además que existe errónea interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de 1998, pues en forma inexplicable y lamentable se comete un gravísimo error en cuanto el Tribunal Distrital, al motivar su resolución en el considerando Sexto, manifiesta que "La norma constitucional señala la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa, grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados"; que en el mismo considerando, en el numeral 10 dice: "El Tribunal considera que no existe responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio público que necesariamente tiene que establecerse para que prospere la indemnización que se pretende con la presente acción contencioso administrativa. ;Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicios?..."; terminando en el numeral 12, señalando que: "En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso sí para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador" (las negrillas nos corresponden).

TERCERO.- 3.1.- Este Tribunal puede apreciar por tanto que, la sentencia de mayoría del Tribunal Distrital N.º 3 no admite la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la recurrente basada fundamentalmente en el artículo 20 de la Constitución Política de 1998, por considerar que al estar pendiente un juicio penal, tendiente a determinar la responsabilidad penal sobre el tema que se discute, esto es, los daños sufridos en la salud e integridad física y mental del niño recién nacido, por una mala atención médica, aquello impide al Tribunal pronunciarse sobre la responsabilidad objetiva del Estado, tal como se ha demanda-

do. ¿Es esto jurídicamente correcto? Es necesario recordar que la discusión jurídica sobre la responsabilidad extracontractual del Estado es históricamente reciente -y más aún en nuestro País-, pues el poder soberano era considerado infalible, es decir, conceptualmente no podía equivocarse, por tanto resultaba que no era responsable de sus actos. Esta concepción "monárquica" se trasmitió hacia las primeras formas de los estados modernos, por lo que el Estado gozaba de esa misma inmunidad. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado, las legislaciones de varios países empiezan a incorporar normas que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado, que en el caso de nuestro País, con claridad se verifica esta tendencia con el Art. 20 de la Constitución Política de 1998, que proclama la responsabilidad objetiva del Estado.

3.2.- Se debe tomar en cuenta que la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado supera ampliamente la original fuente de obligaciones prevista por el Art. 1453 del Código Civil, esto es, por un lado, la responsabilidad contractual, y por otro la que surge de los delitos y los cuasidelitos, superándose las categorías únicas del dolo y la culpa como requisitos para determinar la responsabilidad. Pasamos entonces, a una nueva consideración donde la responsabilidad ya no gira únicamente en torno a esos ejes, sino que cambia su perspectiva conceptual permitiendo también un eje "objetivo" (no solo ya "subjetivos") constituido por el daño efectivamente sufrido.

3.3.- Cuando el primer inciso del Art. 20 de la Constitución Política de 1998 ordena que: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos", sin duda estamos frente a una norma que consagra la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, y que por su carácter de norma constitucional es de aplicación directa y prevalente sobre cualquier otra.

3.4.- La responsabilidad objetiva del Estado puede estar determinada por una serie de motivos, denominados también criterios de atribución o títulos de imputación, de muy difícil enumeración taxativa, pues podrían ser tan amplios como la casuística que una sociedad contemporánea pueda presentar; sin embargo, un caso concreto de



responsabilidad objetiva del Estado se presenta en la deficiente prestación de un servicio público de carácter médico sanitario.

**3.5.-** Vale la pena acotar, que el avance conceptual dado por el "Derecho de Daños", al pasar de la responsabilidad subjetiva a la objetiva de carácter extracontractual, basada en diferentes títulos de imputación, implica de hecho una nueva concepción del desarrollo de la sociedad actual, pues "debemos tener presente que hoy se enfrenta una situación que no se daba en el pasado y que se denomina la convivencia en una sociedad de riesgos. Nuestra sociedad en la actualidad está marcada, ya no por los meros accidentes de la era industrial... las amenazas a las personas y las cosas son cada vez mayores... Muchos daños, por su entidad, no son siquiera asegurables, pues no es posible acotar su dimensión en la eventualidad de que ocurran... Toda esta nueva sociedad de riesgos, algunos previsibles, otros sospechables, determinaron cambios esenciales en el Derecho de Daños que deja de ser un espectador del daño y pasa, como veremos, a preocuparse fundamentalmente de su prevención.". (Las negritas y el subrayado son nuestros) (Ordoqui Castilla, Gustavo; Derecho de Daños, Tomo I, edit. La Ley, ed. 2012, pág. 7).

3.6.- Por tanto, la responsabilidad objetiva del Estado es independiente de cualquier otro tipo de responsabilidad, sea ésta la que pueda surgir de hechos dolosos o culposos de los agentes que provocaron el daño, no existiendo una interdependencia entre ellas, cada una es autónoma y puede reclamarse por la vía correspondiente; tal como nos enseña autorizada doctrina administrativa al analizar la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, en su nueva conceptualización de la sustitución de la noción de culpa por la de lesión: "Fundamento y originalidad de la responsabilidad administrativa. La sustitución de la noción de culpa por la de lesión.- Si la responsabilidad extracontractual por daños está regulada con carácter general en el Código Civil, habrá que explicar la necesidad o la razón que justifica una regulación distinta para los daños que puedan ocasionar los poderes públicos, así como precisar en qué consisten las peculiaridades de su régimen jurídico... Con arreglo al Derecho civil, no se responde de los daños que se hacen "sin querer", es decir, sin culpa. Por el contrario, en las relaciones entre la Administración y los particulares, la cuestión se presenta ahora en

términos más simples, más objetivos, porque lo decisivo aquí es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño básicamente por la carencia o defectuosa prestación de éstos. Consecuentemente con estas ideas, el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio (faute de service), entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables... Todo ello desembocó en la situación actual, en que la responsabilidad administrativa en el Derecho francés, el más elaborado, descansa sobre el régimen de la responsabilidad con falta de servicio (faute de service) y en diversos regímenes de responsabilidad sin falta... En otras palabras, la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Dicha concepción se habría así alejado definitivamente de la influencia de los regímenes de responsabilidad, tanto civil como penal, en las que no hay responsabilidad sin culpable, sin dolo o culpa, sin que el autor lo haya querido o pretendido de alguna manera. No es preciso, pues, como exige para la responsabilidad entre particulares el art. 1902 del Código Civil, que concurra "cualquier género de culpa o negligencia", porque es suficiente -como dice la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría)... Reiterada jurisprudencia afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa "los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa". (Parada, Ramón; Derecho Administrativo, parte general, tomo I, 18 ed., edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2010, págs. 563-565).





3.7.- Igualmente autorizada doctrina nos enseña que: "Es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular. En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales... Siguiendo una doctrina desarrollada por el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público... Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de la ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta. Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración... La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones..." (Las negrillas son nuestras) (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 496 y 499).

3.8.- He aquí el error conceptual más grave en que incurre, entre otros, la sentencia de mayoría de instancia al pretender condicionar la figura de las responsabilidad objetiva del Estado a que previamente se requiera, para su procedencia, que exista una sentencia penal ejecutoriada contra los culpables individualmente considerados; siendo este criterio cierto en determinados casos, por ejemplo, en las obligaciones derivadas del delito, contempladas actualmente en el Art. 52 del Código Penal, que recordemos dice: "Art. 5 2.- Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos

los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.", pero resulta totalmente equivocado "mezclar" tal criterio de materia Penal con la responsabilidad objetiva del Estado considerada en el caso que nos ocupa, en el Art. 20 de la Constitución Política de 1998, que señala: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.".

3.9.- En realidad la sentencia de instancia al decir: ";Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicios?... En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso sí para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, "Hospitalario", con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador" (las negrillas nos corresponden). Se observa que, a pesar de que la sentencia de instancia "supuestamente" en ningún momento niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, en la práctica lo está precisamente haciendo, al exigir una sentencia penal condenatoria ejecutoriada para reconocer posteriormente la responsabilidad objetiva del Estado, lo cual, reiteramos, es un contrasentido doctrinal y legal por todo lo anteriormente explicado.

CUARTO.- Por todo lo anterior, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, en la sentencia de mayoría que se impugna ha hecho una errada interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de 1998, confundiendo la responsabilidad extracontractual del Estado por una prestación deficiente de la atención médica en un hospital público, que es objetiva, con la responsabilidad que pueda surgir por el



eventual dolo o culpa de las personas naturales encargadas de brindar tal servicio. Por este motivo, es procedente aceptar la causal primera invocada y casar la sentencia recurrida.

QUINTO.- Conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, esta Sala considera que:

**5.1.-** Tanto la Constitución anterior como la vigente establecen que la salud es un derecho fundamental garantizado por el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos, el derecho a la alimentación, educación, cultura física, trabajo, ambiente sano y otros que sustentan el buen vivir. Además señala que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética. Por tanto, la prestación del servicio de salud de calidad, eficiente y eficaz es una obligación estatal que debe ser cumplida por las dependencias y funcionarios públicos, donde se incluye al Hospital Militar de Cuenca.

5.2.- Las niñas y niños, particularmente, por ser considerado un sector de la población de atención prioritaria, en este campo adicionalmente tienen derecho a la integridad física y psíquica, salud integral y nutrición, a la educación y cultura, al deporte y recreación y demás derechos que les permitan su desarrollo; tal como lo disponen los artículos 1 y 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que dicen: "Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.". "Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y

adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.". SEXTO.- 6.1.- Del proceso e información de la sentencia de mayoría y el voto salvado se desprende que el "Acta de Auditoría Médica sobre la atención gineco obstétrica y neonatología proporcionadas a la Sra. Marín Chacón Zoila Enriqueta y su recién nacido, Esposa e Hijo del Sr. SGOP INf. Hugo Enrique Gómez Vásquez, perteneciente a la III-DE-Tarqui, que obra del proceso a fojas 13 a 17, llega a las siguientes conclusiones: "1. La indicación de la cesárea fue correcta.- 2. La técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta por cuanto el tiempo de la extracción del producto fue de diez minutos luego de haber pedido y realizado maniobras intra operatorias inadecuadas.- 3. Aparentemente hubo asfixia al momento de la extracción del niño.- 4. No existen registros de controles prenatales realizados en este Hospital por parte del Dr. Pavón.- 5. No se utiliza los servicios auxiliares de diagnósticos que existen en el Hospital por parte del médico Tratante.- 6. Es un niño que nace con una insuficiencia respiratoria por probable asfixia por aspiración. - 7. Es un niño en estado de alto riesgo que ameritó vigilancia y atención permanente por parte del médico Tratante, Residente o Interno.- 8. El niño debió haber sido evaluado con mayor frecuencia por parte del médico tratante para la posibilidad o no de transferencia a una Unidad de mayor complejidad en forma temprana." (lo resaltado y subrayado es nuestro).

**6.2.-** Sorprende a este Tribunal, por otra parte, que entre las recomendaciones que se hacen en el mismo documento, se señale: "...\* Evitar los tachones y enmendaduras en todos los documentos que componen la Historia Clínica.- \* Debe existir concordancia entre lo que se hace y se escribe.- \* Las notas del postoperatorio debe ser supervisadas por el médico Tratante.- \* El Médico tratante no debe abandonar al paciente hasta su recuperación completa y/o traslado...". (lo resaltado y subrayado es nuestro).

**6.3.-** Dentro del informe presentado por el Dr. Pavón (fs. 18 y 19) se resalta, entre otros hechos, lo siguiente: "Por la tarde subí a hospitalización





para verle al niño pero la Lcda. Me dijo que el niño no salía del quirófano porque la incubadora de piso se tardaba 3 a 4 horas en calentarse;..." (lo resaltado y subrayado es nuestro).

**6.4.-** Dentro de la ampliación del informe médico rendido por el Perito designado Dr. Gabriel Tenorio Salazar (fs. 230 a 231) se dice: "El niño al nacer aspiró, tenía APGAR de 8 y aparentemente estuvo bien hasta que hizo un paro cardíaco luego de 12 minutos. Fue reanimado y aparentemente estuvo recuperándose, sin estar bien en ningún momento. Con el paso del día, el niño, en una incubadora dañada, fue perdiendo vitalidad hasta llegar a las condiciones muy malas en las que es trasladado a Neonatología de la Clínica Santa Ana. Es probable que las lesiones que presenta al momento, se hayan estado produciendo a lo largo del día, pudiendo decir que perdió el reflejo de succión hacia las 20:30H del día del nacimiento; pero todo el día estuvo en mal estado, con insuficiencia respiratoria. La insuficiencia respiratoria daña las células cerebrales y es probable que no haya sido el daño instantáneo sino progresivo. Por tanto, en conclusión, el niño, por lo que se refiere, no presentó las lesiones que tiene abora en el momento de nacer, sino las fue haciendo progresivamente a lo largo del día del nacimiento." (lo subrayado es nuestro).

6.5.- El certificado médico del Dr. Fernando Estévez (fs. 578) indica: "el niño, se encuentra bajo control neurológico y tratamiento en este centro desde febrero de 2006, con secuelas de un cuadro de hipoxia neonatal severa; presentando en ese momento un Síndrome Hipotónico Central y Convulsiones generalizadas sintomáticas, requiriendo evaluaciones inicialmente cada tres meses y en el último año aproximadamente cada 4 a 5 meses. Ha evolucionado con retraso severo del desarrollo, requiriendo mantener medicación anticonvulsivante y con complicaciones de tipo respiratorio con neumonías a repetición. NN tiene un cuadro secuelar severo que requiere tratamiento a largo plazo. con pronóstico funcional pobre." (lo resaltado y subrayado es nuestro).

6.6.- Lo antes transcrito es parte de los amplia actuación practicada en el juicio penal y que ha sido reproducido en el presente proceso, que lleva a este Tribunal al convencimiento de que el recién nacido NN, sufrió lesiones graves que le ocasionaron un retraso severo de su desarrollo que le limitará de por vida, provocadas por una prestación deficiente del servicio de salud en el Hospital Militar de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos".

6.6.1.- Este Tribunal de Casación, por todo lo anteriormente expuesto, puede apreciar con claridad en el presente caso, que el <u>daño causado</u> al recién nacido NN fue efectivamente producido, siendo de una índole muy grave e irreversible, como ya se mencionó en el punto.

6.5. de este fallo; que se da una relación de causalidad conforme lo establece la teoría de la imputación objetiva, que es la que fundamentalmente debe aplicarse en los casos de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, al haberse dado una creación de un riesgo relevante, que el recién nacido, no tenía la obligación de soportar, conforme se menciona en los puntos 6.1. a 6.4. de este fallo; y, respecto al título de imputación aplicable, lamentablemente sí se dio una prestación deficiente del servicio público de salud al recién nacido Gómez Marín, conforme lo exigía la Constitución Política de la República de 1998.

**6.6.2.-** Este Tribunal de Casación ha tenido muy en cuenta, respecto al título de imputación, esto es, "la prestación deficiente del servicio público de salud", que en el ámbito de la actuación sanitaria, y concretamente en la actividad médica, cobra particular relevancia la correcta actuación conforme al protocolo médico que la lex artis exige; que no tiene por qué garantizarse un resultado (la curación del paciente), sino un empleo adecuado de la ciencia y la técnica médica, conforme las circunstancias del caso concreto, y al avance que en ese momento tenga la medicina en el país. Es importante destacar este aspecto, pues el sistema de salud de un país ciertamente no puede ser una especie de aseguradora universal a la cual se le pueda reclamar daños y perjuicios por el solo hecho de que el paciente no sea curado o no recupere su salud.

6.6.2.1.- Muy ilustrativa resulta al respecto, una reciente sentencia de 30 de junio de 2010 del Tribunal Supremo español (rec. 7412/2005. La Ley 114398/2010), que señala: "La Sala viene repitiendo incansablemente que el instituto de la responsabilidad no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (SSTS de 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002, entre otras muchas), debiendo modularse en el caso de la Administración Sanitaria el principio de causalidad con el criterio de la lex artis. Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial el elemento de la culpabilidad de la gente



desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico es conforme con las enseñanzas que en cada momento proporciona la ciencia médica y con los medios de que dispone en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia, normalmente no será posible determinar si el resultado dañoso sea debido a dicho acto médico o más bien a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. Por ello es presupuesto de la responsabilidad el que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución o cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto o que se acredite que se ha apartado del criterio de normalidad que representa lo que comúnmente viene denominándose lex artis, que no es otra cosa que el saber propio de la profesión.". (Las negritas son nuestras).

6.6.2.2.- Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Militar "Alberto Alvarado Cobos" de la ciudad de Cuenca, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la lex artis con relación al recién nacido NN, entre otros aspectos como ya se mencionó en el considerando Sexto de esta sentencia, porque la técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta, no se utilizaron adecuadamente los servicios auxiliares de diagnóstico, no se le dio la vigilancia y atención permanente que su estado requería, no se lo evaluó con la frecuencia requerida, no salió del quirófano a tiempo porque la incubadora no estaba lista, entre otros aspectos; todos los cuales no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser previstos y evitados, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor.

SÉPTIMO.- 7.1.- Lamentablemente las secuelas causadas por la prestación deficiente del servicio de salud prestado al recién nacido, NN, son irreversibles, por lo que el niño debe soportar una condición de vulneración de sus derechos, en forma permanente y por lo que le reste de vida; razón por la cual es deber del Estado, propiciarle una reparación que le permita tener, en la medida de lo que sea posible, una subsistencia digna dentro de su núcleo familiar, que también es muy afectado por la condición física y mental que sufre el niño.

7.2.- Respecto al valor de la indemnización, se debe tener en cuenta que en el presente caso no estamos ante una situación de daños a una cosa material, sino sobre el daño irreversible a la salud causado a un niño; estimación entonces que queda sujeta a criterios siempre opinables, pero que es necesario en los mismos tener siempre en cuenta que "el daño a de concretarse en el patrimonio del afectado, sin ser una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar" (Parada, Ob. Cit., pg. 573); y, como el profesor Coviello acertadamente menciona "en todo caso, después de admitir y justificar la posibilidad de que el Estado sea llamado a responder por el daño injusto derivado de la defraudación de la confianza legítima, con espíritu sereno y reflexivo aporta las siguientes cavilaciones: La responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, que impone una consideración y tratamiento muy prudente, puesto que los extremos -por exceso o por defecto- en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar graves perjuicios tanto para los particulares como para el propio patrimonio estatal. No se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retacee en su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. En este sentido, el Estado no es una pródiga empresa aseguradora de nuestros yerros aventurados (cuando no dolosos). Todos, los particulares y las empresas, debemos ser "maduros",





responsables de nuestros actos y decisiones y saber asumir los riesgos y responsabilidades". Sintetizando la argumentación precedente, podemos aseverar que la defraudación de la confianza se aparta de los fines en que se inspira el Estado social de derecho, comprometiendo la responsabilidad del aparato Estatal, pues este no ha sido instituido propiamente para convertir al administrado en un rey de burlas, sino más bien para procurar su bienestar y garantizarle la efectividad de todos los derechos y garantías que la Constitución y la ley le reconocen." (Valbuena Hernández, Gabriel; "La Defraudación de la Confianza Legítima" aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado; edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2008, págs. 348-349).

7.2.1.- Efectivamente la responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, pues por un lado hay una responsabilidad objetiva de carácter extracontractual del Estado, de la cual evidentemente tiene que responderse conforme mandato constitucional; pero por otra parte tal indemnización a una persona o grupo de personas, no puede llegar al punto de que ésta se transforme, inversamente, en una carga insostenible no solo para la institución estatal que debe reconocer la indemnización, sino también, finalmente, para todo el conglomerado social que termina pagando tal indemnización de múltiples formas presupuestarias. Autorizada doctrina nos alerta también sobre esta posible anomalía: "Es tan amplio el cúmulo de funciones que el legislador encomienda a la Administración, y tales funciones son generadores de riesgos tan generalizados, que de seguir profundizándose en la generosidad del sistema las partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerable porcentaje de los presupuestos generales de las administraciones públicas, impidiendo su empleo en la mejora de los propios servicios causantes de los daños" (Gamero Casado, "El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual", actualidad jurídica Aranzadi, N.º 426, España, 2000).

7.2.2.- Resulta interesante en tal sentido la consideración del voto salvado de la sentencia de mayoría de instancia, que con buen criterio, en su considerando séptimo "se establece, que es razonable y adecuado fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes. Se establece el monto de la canasta familiar

vital, por cuanto no se puede admitir al menor afectado fuera de un núcleo familiar, como lo prescribe tanto la Constitución vigente a la fecha en que se produjo el acontecimiento, como la que hoy rige.- Estos valores se liquidarán pericialmente, debiendo tenerse en cuenta, lo siguiente: El día del nacimiento del menor, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y de esta fecha en adelante, el Estado Ecuatoriano, pasará una pensión no menor a la canasta familiar mensualmente, así como proveerá de atención médica especializada, y medicina gratuita y todo cuanto sea menester para una calidad de vida digna, lo cual será determinado, por el departamento de medicina correspondiente, del Hospital "Vicente Corral Moscoso", que corresponda a la edad del hoy menor. Igualmente, se dispone el pago de los valores en los que se ha incurrido y que se han presentado en autos, lo cual también se establecerá pericialmente".

Por todo lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:

- 1.- CASA la sentencia de mayoría del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo N.º 3 de Cuenca dictada el 2 de junio de 2009, a las 10h32. 2.- El Estado ecuatoriano, a través del Hospital Militar de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos", o su sucesor en derecho, pagará al niño NN, en la persona de su madre, o quien quede a cargo de la custodia legal del niño, en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a dos salarios básicos unificados vigentes a la fecha que corresponda cada pago, durante toda la vida del menor, desde su nacimiento
- 3.- El valor que corresponde a los años anteriores, desde su nacimiento a la ejecutoria de esta sentencia, se lo realizará a la madre del niño, o quien quede a cargo de custodia legal del niño, en un solo pago sin intereses, que será liquidado pericialmente.
- 4.- Adicionalmente, el Hospital Militar de Cuenca "Alberto Alvarado Cobos", o su sucesor en derecho, deberá brindar toda la atención médica especializada que el menor requiera, lo que incluirá todas las prestaciones médicas, terapéuticas y de laboratorio, además de los medicamentos que sean necesarios, que deberán ser brindados de por vida al menor NN; debiendo el Hospital cubrir cualquier atención o gasto médico



externo en que se deba incurrir en caso que no se lo pueda brindar en esa Institución, siempre que sea dentro del territorio nacional.

- 5.- El Hospital pagará también los valores cubiertos por los padres para la atención del niño, según resulte de la suma de las facturas originales que constan en el proceso y que será determinado pericialmente, sin intereses.
- 6.- Aparte de las compensaciones señaladas, y para que el muy doloroso trance que ha pasado y/o sigue pasando el niño ecuatoriano NN no sea olvidado, y sirva para que en un futuro cercano o lejano ningún niño ecuatoriano tenga que pasar -o se evite en la medida de lo posible- nuevamente por tal desgracia de quedarse con retraso mental profundo, por fallas de funcionamiento del sistema de salud público, el Ministro/a de Defensa Nacional dispondrá que haya una/s reunión/es (física o virtual) de todos los máximos directores médicos responsables de cada hospital militar, a efecto de que emitan una circular médica interna (circular médica que se llamará "Circular Médica NN"), que corrija y/o actualice los protocolos médicos, a efecto de que en el futuro se minimice el mayor riesgo posible en este tipo de intervenciones como la que tuvo que pasar, con muy lamentables

consecuencias negativas, el menor NN. 6.1.- Si de las conclusiones médicas a los que se lleguen en esta/s reunión/es, se considera que la "Circular NN" debe ser puesta en conocimiento del Ministro/a de Salud Pública de la República, para que él/ella evalúe la pertinencia o no de hacerla una política de salud a nivel de todos los hospitales públicos nacionales, entonces así se lo hará.

7.- Lo aquí dispuesto, no excluye que de llegar a establecerse responsabilidades por dolo o culpa grave judicialmente declarada, el Estado pueda ejercer su derecho de repetición y exigir el pago en los funcionarios o empleados que resulten responsables, conforme el artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator encargado de la Sala de lo Contencioso Administrativo.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.** 

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional (Voto Salvado). Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional. Dr. Francisco Iturralde Albán, Conjuez Nacional. Abg. Héctor Mosquera Pazmiño, Conjuez Nacional.

# **VOTO SALVADO**

Recurso nro. 344-2009

Juicio contencioso administrativo propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado Ecuatoriano

Jueza ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quito, 19 de Mayo de 2014; las 16h50.

VISTOS: En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales quienes suscribimos la presente sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N.º 4-2012 de 25 de enero del 2012; y el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resoluciones N.º 1-2012 de 30 de enero del 2012, N.º 4-2012 de 28 de marzo de 2012 y, N.º 3-2013 de 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2013 que consta en el expediente de casación, somos competentes y conocemos de la presente causa, acorde con los artículos

183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. El Conjuez Nacional quien suscribe la presente sentencia, Dr. Juan Montero Chávez asume la competencia conforme al artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud de los oficios N.º 1887-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscritos por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Los Conjueces Nacionales Dr. Francisco Iturralde y Ab. Héctor Mosquera Pazmiño, asumen la competencia en virtud del acta de sorteo de 6 de agosto de 2013, que consta a fojas 19 del expediente de casación. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:





Por cuanto, mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional N.º 10-2012 de 29 de agosto de 2012, la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, ya no pertenece a esta Sala, conforma este Tribunal el Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el artículo 2, literal c), de la Resolución N.º 7-2012 de 27 de junio de 2012. Por otro lado el Conjuez Nacional quien suscribe esta sentencia, Dr. Juan Montero Chávez, es competente conforme el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de los oficios N° 1887-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y N.º 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscritos por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

#### I. ANTECEDENTES:

1.- Interpuesto el recurso de casación por la señora AA, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N.º 3 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Cuenca, el 2 de junio de 2009, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en providencia de 13 de enero de 2010, lo admitió a trámite y dispuso ponerlo en conocimiento de las partes. La actora de la causa, fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y sostiene que el fallo de mayoría impugnado registra falta de aplicación de los artículos: 1 inciso primero; 16; 18 inciso primero de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y 63. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y errónea interpretación del artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Pedidos los autos para resolver, se considera:

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

- **2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.
- 2.2.- Determinación de los problemas Jurídicos a Resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia de mayoría, sujeta al análisis casacional por el legitimario, tiene

sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso:

- a) ¿El fallo de mayoría incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación al supuestamente existir una errónea interpretación del artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1998?
- b) ¿El fallo de mayoría incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación al supuestamente existir una la falta de aplicación de los artículos 1 inciso primero, 16, 18 inciso primero de la Constitución Política del Estado de 1998 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

# III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

- **3.1.-** En primer lugar, hay que señalar que la casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, teniendo como impedimento la revaloración de la prueba, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala.
- 3.2.- Planteada la problemática a resolver, esta Sala considera: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación establece: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva". En esta causal se prevén tres formas diferentes de infracción del derecho, correspondientes al error iudicando o error en juicio, las cuales se constituyen en equivocaciones diferentes que puede incurrir un juzgador. El vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se produce, cuando el juzgador equivocadamente atribuye a una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, disposición que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debía utilizar. La falta de aplicación es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas, que debían clara y razonablemente utilizarse en una situación concreta. La errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador. Esta causal



es una violación de forma inmediata, sin desvío, en la que necesariamente se deben aceptar íntegramente la totalidad de los hechos que declara probados la sentencia. En esta forma de violación de la ley no es aceptable hacer referencias a cuestiones fácticas o probatorias, es decir, no se puede debatir aspectos probatorios, y menos aun se puede disentir de la valoración y alcances probatorios porque se trata de falsos juicios sobre las normas jurídicas sustanciales".

**3.3.-** En relación al problema jurídico planteado en el literal a) del numeral 2.2 de la presente resolución se analiza: el artículo 20 de la Constitución Política de la República señalaba: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes". Respecto a esta disposición el recurrente indica:

"Es el caso señores jueces que en la sentencia recurrida, en forma inexplicable y lamentable se comete un gravísimo error en cuanto a la interpretación de este mandamiento legal cuando, insistimos equivocadamente, el Tribunal al motivar su resolución en su consideración SEXTA, en primer lugar estima, en su numeral 6 que <u>«La norma constitucional señala la</u> <u>responsabilidad de los funcionarios o empleados que</u> por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados»; en el mismo considerando en el numeral 10 se dice «El Tribunal considera que no existe responsabilidad del Estado por la deficiente prestación el servicio público que necesariamente tiene que establecerse para que prospere la indemnización que se pretende con la presente acción contencioso administrativa. ¿Cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado, sin el establecimiento de responsabilidades declaradas judicialmente, puede hacer uso de su derecho de repetición en contra de sus servidores que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicios?...»; terminando en el numeral 12, señalando que: «En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso si para

su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, «Hospitalario», con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador(...). Es con fundamento en la interpretación equivocada de la norma señalada, que el Tribunal en sentencia «no admite la demanda», al considerar, equivocadamente que se requiere para su procedencia «que se haya probado la deficiente prestación del servicio público «Hospitalario», con sentencia ejecutoriada» y que se hubiere determinado la responsabilidad de los **<funcionarios o empleados que** por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados> para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado". En este punto es necesario analizar lo que la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal a-quo la cual señala: "Frente a la pretensión de la actora el Juzgador considera que la responsabilidad del personal médico y auxiliar del Hospital Militar, y la indemnización por parte del Estado no puede ser atendida en esta instancia jurisdiccional, por lo siguiente: (...) 6.- El <Art 20 de la Constitución Política del Estado de 1998 vigente a la fecha de los acontecimientos y a la presentación de la demanda tiene el siguiente texto (...) La norma constitucional señala la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, serán responsables de los perjuicios causados. 7.- La justicia penal no determinó responsabilidad del personal médico, existe únicamente en contra de la Dra. Guayasamín presunción de responsabilidad penal y esta presunción de responsabilidad a juicio del juzgador no es suficiente para que se determine la deficiente prestación del servicio público y, la responsabi*lidad del Estado (...)*" (El subrayado pertenece a esta Sala). De la cita textual de la sentencia de mayoría del Tribunal *a-quo*, se identifica la errónea interpretación de la norma constitucional por los siguientes motivos: El artículo 20 de la Constitución Política de la República, vigente hasta el año 2008, establecía el principio de responsabilidad objetiva del Estado, de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les causaren los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Este régimen de responsabilidad extracontractual guarda estrecha relación con las razones fundamentales que explican la existencia misma del Estado. Esta responsabilidad determina que, en el caso de existir un hecho dañino, que causa perjuicios indemnizables a un particular, que atribuya jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar





los perjuicios, sean éstos materiales o inmateriales. La norma de la Constitución Política de la República establecía dos circunstancias bajo las cuales el Estado ecuatoriano está obligado a indemnizar a los particulares: 1) Por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos; y, 2) Por los perjuicios que se les irroguen por actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. En el presente caso la pretensión de la recurrente en la demanda planteada, va encaminada a reclamar al Estado ecuatoriano una indemnización por la deficiente prestación de los servicios recibidos en el Hospital Militar Alberto Alvarado Cobos al momento del alumbramiento del niño NN, por lo que la ratio decidendi utilizada por el Tribunal a-quo es inexacta, al deducirse del fallo que, al no haber determinado la justicia penal responsabilidad por parte del personal médico del hospital, no existe responsabilidad del Estado, es por ello que la sentencia incurre en una errónea interpretación de la norma constitucional.

3.4. Como se señaló en líneas anteriores dentro de la causal primera invocada por la recurrente, no se pueden debatir aspectos probatorios, y menos aún se puede disentir sobre la valoración realizada por los jueces de instancia, es así que el Dr. Santiago Andrade Ubidia en su obra La Casación Civil en el Ecuador, citando algunas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, señala: "En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de Instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados, hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación, respectivamente, luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables". En la especie, a pesar de que la recurrente identifica con acierto el error en Derecho del fallo del tribunal a quo, esta Sala está vedada de analizar más allá de los hechos que pudieron darse como ciertos en la sentencia recurrida, para realizar el respectivo control de la legalidad en base a la causal primera, más una vez examinado el fallo de instancia, se establece que no existe un análisis de fondo sobre los hechos alegados por la parte actora respecto a la situación del niño NN, por lo que la causal invocada no fue la idónea y suficiente para

casar la sentencia recurrida, vacío que no puede ser llenado por esta Sala Especializada. De todas maneras, con el propósito de cumplir con la tutela judicial efectiva prevista en la Constitución de la República, se analizará el caso puesto en conocimiento de esta Sala.

3.5. Dentro del análisis que se realizará, es importante señalar que para llegar a concluir que el Estado tenga que soportar la obligación de reparar un daño causado a un administrado, es necesaria la presencia de tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular. Queda claro, entonces, que la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen, y por lo tanto no es suficiente la sola mención de la existencia de los hechos para hacer efectiva la aplicación del referido artículo 20 de la Carta Fundamental de 1998. En cuanto al daño, si lo que se pretende es la reparación de daños materiales, o también llamados patrimoniales, se deberá probar que efectivamente el hecho dañino produjo una pérdida o disminución patrimonial (daño emergente); o que el hecho impidió o impedirá el ingreso patrimonial previsto (lucro cesante). De igual manera, para pretender el resarcimiento de un daño inmaterial o extra patrimonial, el demandante deberá probar que el hecho que provocó el daño le produjo un sufrimiento, dolor o angustia sicológica o que por efecto del daño sus relaciones sociales, familiares o con el mundo exterior se vieron gravemente afectadas. Si nos referimos, por otro lado, al nexo causal y a la imputación del hecho dañino, es necesario verificar que la causa del daño pueda ser atribuible a la acción u omisión del Estado o sus agentes. Si el hecho que daña fue resultado directo, se debe determinar el título que le impute el hecho que dé nacimiento al deber de reparar. Uno de los títulos de imputación es lo que la doctrina denomina "falla del servicio"



que no es otra cosa que la deficiente prestación de los servicios a cargo del Estado. La falla del servicio hace alusión al quiebre en la obligación del Estado de garantizar la vigencia de todos los derechos fundamentales y la prestación de los servicios que solventen las necesidades públicas. Como queda dicho, la falla del servicio debe ser probada, lo que no quiere decir que pierda la objetividad como rasgo distintivo de la responsabilidad estatal. Es posible, desde luego, que ese nexo causal entre el hecho dañino y el daño producido se rompa por caso fortuito o fuerza mayor o por hecho de la víctima o hecho de tercero. También es lógico suponer que estos eventos deben ser probados y fundamentados para que rompan la causalidad como elemento de la responsabilidad. Para entender si existió una falencia en el servicio prestado, es necesario empezar analizando las circunstancias. En el presente caso del expediente sustanciado ante el Tribunal *a-quo*, se desprende lo siguiente: A) De fs. 13 a 16 consta el "ACTA DE LA AUDITORIA MÉDICA SO-BRE LA ATENCIÓN GINECO OBSTÉTRICA Y NEONATOLÓGICA PROPORCIONADAS A LA SRA. MARÍN CHACÓN ZOILA ENRI-QUETA y SU RECIEN NACIDO, GOMEZ MARÍA ESPOSA E HIJO DEL SR. SGOP INF. HUGO ENRIQUE GÓMEZ VÁZQUEZ, PER-TENECIENTE A LA III-DE-«TARQUI»", de fecha 27 de enero de 2006 realizado por el Dr. Eduardo Buenaño Anestesiólogo, en cuyas conclusiones se indica: "1. La indicación de la cesárea fue correcta.- 2. La técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta por cuanto el tiempo de la extracción del producto fue de diez minutos luego de haber perdido y realizado maniobras intra operatorias inadecuadas.- 3. Aparentemente hubo asfixia al momento de la extracción del niño.- 4. No existen registro (sic) de controles prenatales realizados en este Hospital por parte del Dr. Pavón.- 5. No se utiliza los servicios de auxiliares de diagnóstico que existen en el Hospital por parte del médico Tratante.-6. Es un niño que nace con una insuficiencia respiratoria por **probable asfixia** por aspiración.- 7. Es un niño en estado de alto riesgo que ameritó vigilancia y atención permanente por parte del Médico Tratante, Residente o Interno.- 8. El niño debió ser evaluado con mayor frecuencia por parte del Médico tratante para la posibilidad o no de transferencia a una Unidad de mayor complejidad en forma temprana". (Lo resaltado y subrayado pertenece a este Tribunal). **B)** De fs. 27 a 29 consta el: "ACTA DE LA AUDI-TORÍA MÉDICA SOBRE LA ATENCIÓN

GINECO OBTÉTRICA Y NEONATOLÓGICA PROPORCIONADAS A LA SRA. AA y SU RE-CIÉN NACIDO, AA ESPOSA E HIJO DEL SR. SGOP INF. HUGO ENRIQUE GÓMEZ VÁZ-QUEZ, PERTENECIENTE A LA III-DE-«TAR-QUI»", de fecha 19 de enero de 2006, realizado por la Auditoría Médica integrada por el Sr. TCRN. Fabián del Castillo, Sr. MYO. DE SND Corral Eddie, Srs. EMCIS. Dr. José Azanza, Dra. Susana Moscoso y Dra. Betty Rivera, en cuyas conclusiones se indica: "-La indicación de la cesárea fue correcta.- Posiblemente hubo una Bronco-aspiración en el momento del nacimiento.- Aparentemente hubo Bradicardia como dato inicial de sufrimiento fetal.- Luego de que el niño tuvo un paro Cardiorespiratorio debió haber sido evacuado en forma inmediata a una Unidad de mayor complejidad.- No existe registro de controles prenatales.- No se utiliza los servicios de auxiliares diagnósticos que existen en el Hospital por parte del Médico Tratante". (Lo resaltado y subrayado pertenece a este Tribunal). C) De fs. 230 a 231 consta la ampliación del informe presentado por el Dr. Gabriel Tenorio Salazar, Médico Legista, en el que señala: "El niño al nacer aspiró APGAR de 8 y aparentemente estuvo bien hasta que hizo un paro cardíaco luego de 12 minutos. Fue reanimado y aparentemente estuvo recuperándose, sin estar bien en ningún momento. Con el paso del día, el niño, en una incubadora dañada, fue perdiendo vitalidad hasta llegar a las condiciones muy malas en las que es trasladado a Neonatología de la Clínica Santa Ana. Es probable que las lesiones que presenta al momento, se hayan estado produciendo a lo largo del día, pudiendo decir que perdió el reflejo de succión hacia las 20h30 del día del nacimiento, pero todo el día estuvo en mal estado, con insuficiencia respiratoria. La insuficiencia respiratoria daña las células cerebrales y es probable que no haya sido el daño instantáneo sino progresivo. Por lo tanto, en conclusión, el niño, por lo que se refiere, no presentó las lesiones que tiene ahora en el momento de nacer, sino las fue haciendo progresivamente a lo largo del día del nacimiento. Me permito sugerir que se pida los originales de las historias clínicas al Hospital Militar. (...)" (Lo resaltado y subrayado pertenece a este Tribunal); **D**) De fs. 733 a 733v consta el informe pericial de reconocimiento médico legal practicado al niño por el Dr. Homero Ledesma, Médico Legista, en el cual señala: "Se observa: abundante cantidad de secreciones mucosas que son expulsadas por boca y fosas nasales.- desarrollo psicomotor retardado. - presencia de sonda gastronomía





(SIC) (ALIMENTACIÓN).- hipoplasia de mandíbula o maxilar inferior (Micrognacia).- paladar ojival o elevado.- Pseudomacroglosia (falsa lengua aumentada de tamaño).- En esta anomalía congénita de SÍNDROME DE PIERRE ROBIN se impide el anclaje normal de la lengua, la misma que tiene la punta dirigida hacia arriba y la base por la inserción desplazada hacia atrás del músculo geniogloso impide la deglusión (sic) y en parte la respiración sobretodo en inspiración.- (...) CONCLUSIONES:.- El menor examinado presenta una anomalía congénita.- genética, que impide respiración adecuada y deglución por lo antes manifestado (hipoplasia del maxilar inferior) (...). (Lo resaltado y subrayado pertenece a este tribunal). Dentro de la ampliación del informe pericial que consta de fs. 738 a 739, el Dr. Homero Ledesma señala: "A la c). La deglución alterada desde el nacimiento es parte del síndrome aludido. - No soy sólo yó (SIC) el autor del diagnóstico sino de la interconsulta a varios pediatras y neuro pediatras, por lo tanto tiene sólido valor científico." (Lo resaltado y subrayado pertenece a este tribunal).- E) De fs. 746 a 748 consta el informe pericial realizado por el Dr. Santiago Peralta Pintado, que señala en sus conclusiones: "8. Lo anterior hace difícil establecer el punto en el que ocurrió la asfixia en el niño, ya sea esta prenatal natal o postnatal. Es todo lo que el perito puede informar" (Lo resaltado y subrayado pertenece a este tribunal). De los informes y peritajes transcritos que constan

dentro del expediente, no se puede verificar con plena certeza, que las "lesiones: retardo mental profundo, pérdida de la capacidad de deglución y epilepsia causando una enfermedad permanente"; señalados en la demanda presentada, hayan sido a causa de una falla de servicio por parte del Hospital Militar Alberto Alvarado Cabos, por cuanto se indica pericialmente que el problema de deglución, es "congénito-genético", y que se "hace difícil establecer el punto en el que ocurrió la asfixia en el niño, ya sea esta prenatal, natal o postnatal", lesiones que no pueden ser certeramente atribuidos al obrar de la institución pública.

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de casación por las consideraciones señaladas en el numeral 3.4 de la presente sentencia. Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator Encargado. Sin costas. Notifiquese, publíquese y devuélvase.

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo Juez Nacional (Voto Salvado), Dra. Maritza Tatiana Pérez Valenci A Jueza Nacional, Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional. Dr. Francisco Iturralde Albán Conjuez Nacional. Abg. Héctor Mosquera Pazmiño Conjuez Nacional.

# JUSTICIA



# *III*

# Resolución nro. 408-2014 Juicio nro. 116-2011

Juicio de plena jurisdicción o subjetivo propuesto por Víctor Julio Cartagena Salazar, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IEES) y Procurador del Estado.

# SÍNTESIS

La sentencia declaró ilegales y nulos los actos administrativos por los que se destituyó del cargo al actor, ordenando que se lo restituya al cargo, pago de remuneraciones más beneficios hasta su efectivo reintegro; el IESS deberá ejercer repetición de pago contra las autoridades. El IESS interpone recurso de Casación. Del análisis de la sentencia el Tribunal concluye que el sumario fue instaurado dentro del término previsto en el artículo 99 de la LOSCCA, por lo que la sanción es legal. Además observa que el sumariado no cumplió con lo mandado por el artículo25 literal e de la misma LOSCCA; en tal virtud acepta el recurso y declara legales los actos administrativos impugnados.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 15581-2006

Juez Ponente: Dr. Jaime Enríquez Yépez

TRIBUNAL DISTRITAL NRO. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PRI-MERA SALA. Quito, 22 de noviembre de 2010. VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de Jueces y Juez Interino de la Primera Sala del Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo. VÍCTOR JU-LIO CARTAGENA SALAZAR, comparece de fojas 29 a 35 vuelta de los autos y deduce recurso de plena jurisdicción o subjetivo en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la persona de su representante legal, Dr. Ernesto Díaz Jurado en su calidad de Director General del IESS y Procurador General de la misma Institución y del doctor José María Borja Gallegos, Procurador General del Estado; e impugna los actos administrativos de 11 de julio y 09 de agosto de 2006 mediante los cuales el Director General del IESS, le destituye de su cargo como Oficinista Grado Q24 del Departamento de Fondos de Terceros, de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, y solicita que en sentencia se declare la ilegalidad de la indicada resolución de destitución así como el pago de sus haberes desde la fecha de suspensión de sus funciones hasta su efectivo reintegro definitivo a su cargo, más todos los beneficios legales;

reclama también el pago de intereses legales, costas judiciales y honorarios de su abogado defensor. Manifiesta que mediante Resolución del 11 de julio del 2006 dictada por el doctor Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS y notificada el 12 de julio del 2006, se ha procedido a destituirle de su cargo que ha venido desempeñando en calidad de Oficinista grado Q24, por el lapso de 30 años consecutivos e interrumpidos. Que ante esa destitución ha interpuesto recurso de revisión en el cual se ha ratificado su destitución el 09 de agosto de 2006, causando estado en sede administrativa. Que su relación laboral con el IESS empezó el 1 de noviembre de 1975 hasta el 11 de julio y 9 de agosto del 2006, fecha en la que ha sido destituido de su cargo y que para el efecto, administrativamente en la Unidad de Historia Laboral, la autoridad del IESS le ha acusado falsamente de encontrarse incurso en los literales a), b), e), y h) del art. 24 literales k) y l) del art. 26 de la Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con lo establecido en el literal i) del art. 49; y, art. 122 ibídem, esto es por haberse determinado en la investigación sumarial que el hoy





actor en el período asignado en las ventanillas de planta baja del edificio matriz que pertenece al proceso de historia laboral, recaudó la suma de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados, claves de afiliados y claves de empleados, sin que tenga autorización legal alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS y que con su negativa no justifica de manera legal alguna el manejo, destino y uso de dichos valores, no realizando ningún tipo de acción administrativa a fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los mismos, a los afiliados y demás personas que hicieron uso de dichas ventanillas. Dice que esta imputación es falsa y que vulnera su honor y buena reputación que son bienes jurídicos protegidos por el art. 23 numeral 8 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano. Que no ha cometido ninguna inconducta peor el delito del que se le acusa, esto es haberse apoderado de 10 centavos de dólar. Que al haberle destituido de su cargo, sin una sola prueba objetiva en su contra, se ha violado todo principio ético, lógico y jurídico y sobre todo la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento. Que la autoridad pública en este caso no le ha permitido el derecho a la defensa, al no haberse valorado las pruebas actuadas en el sumario. Que se le ha destituido incumpliendo el art. 78 de la LOSCCA en lo relativo al jefe inmediato del servidor ya que quién ha solicitado la iniciación del sumario no lo es y además porque se le ha destituido sin tomar en cuenta lo relativo a la prescripción de la acción que tiene la autoridad para imponer sanciones cuando la supuesta inconducta se encontraba prescrita lo cual alega expresamente conforme lo determina el art. 99 inciso segundo de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ya que del supuesto cobro de 10 centavos ha tenido conocimiento la autoridad, el 29 de agosto del 2005, mediante oficio nro. 13101700-505 y hasta el 11 de julio y 9 de agosto del 2006 ha transcurrido un año y que la supuesta inconducta se encontraba prescrita. Dice además que la resolución de destitución carece de motivación, por cuanto no se encuentran normas o principios jurídicos en que la autoridad pública se haya fundado. Alega además que en el sumario administrativo existen varias providencias sin la firma de la tramitadora del

sumario por lo que pide se declare la ilegalidad absoluta de pleno derecho del acto administrativo de destitución en su contra. Mediante providencia de 09 de enero de 2007 que obra a fojas 36 de los autos, se califica la demanda aceptándola a trámite y ordenando citar a los demandados, cumplido lo cual, éstos comparecen al proceso y contestan la demanda en el siguiente orden: A fojas 40 el Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado señala casilla judicial para recibir notificaciones. De fojas 42 a 44 vuelta comparece el doctor Ernesto Gregorio Díaz Jurado quien en su calidad de Director General del IESS y como tal su representante legal, contesta la demanda y se excepciona de la siguiente manera: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta. 2. Alega falta de derecho del actor para que haya presentado su demanda. 3. Alega plena validez del sumario administrativo. 4 Alega inadmisibilidad e improcedencia de la acción. 5. Alega caducidad de la acción. 6. Que no se allana a ningún vicio de nulidad que expresamente alega. 7. Alega la existencia de litis pendencia por cuanto el actor tiene propuesto un recurso de amparo constitucional. Termina solicitando se rechace la demanda. Mediante auto de 09 de noviembre de 2007, se recibe la causa a prueba y una vez que se halla vencido dicho término y se hallan evacuadas las diligencias solicitadas por las partes, encontrándose la causa en estado para resolver, para hacerlo la Sala considera: **PRIMERO:** El Tribunal es competente para el conocimiento y resolución del presente juicio conforme lo dispone el art. 196 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, y los artículos 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras que la Sala tiene asegurada la suya por el sorteo realizado. **SEGUNDO:** No se observa en la tramitación de la causa omisión de solemnidad o procedimiento alguno que pueda incidir en su decisión; consecuentemente, se declara la validez del proceso, al mismo tiempo que se rechaza la excepción de nulidad alegada por la entidad demandada. TERCE-RO: El derecho del actor para interponer la demanda está reconocido por el art. 24 numeral 17 de la Constitución Política de la República del Ecuador y por los artículos 2 y 23 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por tanto se desecha la excepción de falta de derecho de la recurrente formulada por el demandado. **CUARTO:** La negativa simple y llana de los



fundamentos de hecho y de derecho de la demanda atribuye la carga de la prueba al accionante, que ya la tiene dada la presunción de legitimidad del acto administrativo, que tiene valor hasta cuando la autoridad competente determine lo contrario, por medio del respectivo proceso administrativo o jurisdiccional, siendo este último el que corresponde al caso. QUINTO: Los actos administrativos impugnados en la presente acción son los de 11 de julio del 2006 notificado el 12 de los mismos mes y año y 9 de agosto del 2006, en tanto que la demanda se halla presentada el día lunes seis de noviembre del dos mil seis, tal como se puede constatar de la fe de presentación sentada por el Secretario General de este Organismo que obra a fojas 35 vuelta de los autos, esto es, dentro del término previsto en el art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que, al no existir la caducidad alegada por el IESS, se desecha la excepción que sobre este aspecto formula la referida entidad. SEXTO: El actor pretende que en sentencia se declare la ilegalidad de las resoluciones de 11 de julio y 9 de agosto del 2006, mediante los cuales el Director General del IESS, le destituye de su cargo como Oficinista grado Q24 del Departamento de Fondos de Terceros del IESS, de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, así como el pago de sus haberes desde la fecha de suspensión de sus funciones hasta su efectivo reintegro definitivo a su cargo, más todos los beneficios legales; porque, según afirma, los referidos actos administrativos son ilegales y nulos ya que nunca se ha probado conforme a derecho que el actor haya infringido las normas legales invocadas por el Director General del IESS en su Resolución y por lo mismo no hubo motivo para la instauración del sumario y la sanción de destitución que se le impuso. Afirma que la resolución de destitución carece de motivación y que fue impuesta cuando la autoridad nominadora perdió la potestad de sancionarlo por cuanto había prescrito el plazo que la ley impone para imponer la sanción correspondiente. SÉPTIMO: Al efecto, la Sala considera, que el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente a la fecha de presentación de la demanda imponía como deber que las resoluciones emanadas de los poderes públicos que afecten a las personas, deben ser motivadas y que no habrá motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se hayan fundado, de lo que se infiere que en esta clase de

manifestaciones de voluntad administrativa deben constar las razones y juicios de valor que sobre los hechos probados procesalmente, tiene la autoridad para aplicar la Ley y disponer, en el caso, la cesación de funciones. La falta de motivación de un acto administrativo genera la nulidad de pleno derecho de éste, al no cumplirse con uno de los elementos esenciales del acto administrativo, siendo por lo tanto un acto inexistente; de conformidad con la norma constitucional antes citada y en relación con el primer inciso del artículo 272 de la Constitución Política de la República, el art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con el artículo 20 de su Reglamento. En la resolución de 11 de julio de 2006 suscrita por el Dr. Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS mediante la cual dispone la destitución del señor VÍCTOR JULIO CARTAGENA SALA-ZAR; y, que fuera ratificada el 09 de agosto del mismo año por la indicada autoridad, y que obran a fojas 4 y 17 de los autos, se afirma expresamente que, para adoptar la destitución del hoy actor, se acoge el dictamen emitido por la licenciada Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos del IESS, constante en el oficio 62100000-5101-PD" lo cual, no suple a la resolución motivada exigida por la Constitución, más bien es el efecto de ella, pues solo la existencia de Resolución permite la emisión del acto administrativo correspondiente, por lo que, la autoridad nominadora, al expedir el acto administrativo impugnado, incumplió con las normas constitucionales y legales antes referidas pues siendo la sanción un acto administrativo que afecta derechos e intereses del administrado, la autoridad pública estaba obligada a motivarlo; es decir, a señalar de modo claro, los hechos, las normas o principios jurídicos relativos al caso y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes fácticos. No puede existir motivación si no se cumplen estrictamente con los requisitos señalados al efecto por la norma citada, por lo que no está a disposición del poder público omitir la motivación que sirve de sustento a la resolución que al respecto expida. La motivación, es un requisito esencial para la validez del acto administrativo; de modo que, su ausencia o defecto vicia la substancia de la decisión administrativa y origina la nulidad del acto. OCTAVO: Además de lo señalado, el accionante alega expresamente la prescripción de la facultad sancionadora de la autoridad nominadora para imponer la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el





artículo 99 de la Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Por lo expuesto, la Sala realiza el análisis correspondiente de dicho argumento por las obvias implicaciones jurídico procesales que de ser verdad el aserto provocarían e impedirían a la Sala entrar al análisis de los fundamentos de la investigación administrativa. Al efecto, la Constitución Política de la República de 1998 en su artículo 119 establecía el principio de legalidad mediante el cual "las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común", por lo tanto el accionar de un funcionario público no es discrecional y al contrario tiene que someterse al imperio de lo establecido en la Constitución y en la Ley. El artículo 99 de la LOSCCA establece que "Las acciones que concede esta Ley que no tuvieren plazo especial, prescribirán en el término de noventa días, que se contará desde la fecha en que se hubiere notificado al servidor público con la resolución que considere le perjudica". En tanto que el inciso segundo de la referida norma y que es alegado por el accionante establece que: "Igualmente prescribirán en el término de noventa días las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso, plazo que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción". Por su parte, el artículo 100 de la norma ibídem establece la obligación del juez u organismo competente de declarar la prescripción invocada por cualquiera de las partes como acción o como excepción. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia acogiendo la doctrina administrativa ha determinado que "Tanto las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pertenecen al derecho público y por lo tanto sus disposiciones son de estricto cumplimiento" y que en materia administrativa opera la caducidad y no la prescripción, por lo que ha de entenderse que el mandato del mencionado artículo 126 (hoy 99) se refiere a la caducidad de la facultad sancionadora de la administración y dicha caducidad aunque no hubiese sido alegada por el demandado, la Sala tiene la

facultad de declararla de oficio porque atañe al orden público. NOVENO: Del prolijo análisis que la Sala ha efectuado de las piezas procesales, se desprende claramente que las autoridades del IESS tuvieron conocimiento "del cobro de los 10 centavos de dólar" el 29 de agosto de 2005 cuando el Subdirector de Servicio al Asegurado comunica al Director Provincial del IESS de Pichincha mediante oficio nro. 13101700-505 (fojas 164 y 235 del expediente administrativo) autoridad que ostenta la representación legal de la entidad en la jurisdicción seccional conforme lo disponen los artículos 36 y 38 literal a) de la Ley de Seguridad Social, en el que se manifiesta que en la Agencia nro. 3 se cobra 10 centavos de dólar relacionado con la actividad de fotocopiado que realiza dicha dependencia y se dice además que para continuar con el mencionado trabajo de autogestión "mucho agradeceré a usted se digne impartir las instrucciones pertinentes" es decir desde esa fecha ya la autoridad administrativa conocía de tales pagos, en tanto que la Resolución por la que se le destituye del cargo al actor data de 11 de julio de 2006 y notificada al accionante el 12 de los mismos mes y año en consecuencia; desde el 29 de agosto de 2005 al 12 de julio de 2006 es evidente que ha transcurrido en exceso el término de 90 días establecido en el artículo 99 de la LOSCA; por manera que la autoridad sancionadora solo pudo ejercer el derecho previsto en la citada norma legal, dentro del término consignado en ella y al haber adoptado la sanción impugnada fuera del término de noventa días, cuando había precluido la potestad sancionadora de la administración tornó en ilegal el acto administrativo contentivo de la sanción impuesta al recurrente por cuanto ya no estaba a disposición de la Administración Pública sancionarle porque el término legal se había extinguido. Por las consideraciones expuestas, sin que sea necesario la formulación de otras, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la demanda deducida por el señor VÍC-TOR JULIO CARTAGENA SALAZAR y declara ilegales y nulos los actos administrativos impugnados y dispone que la institución demandada, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el término de cinco días restituya al actor al cargo que ocupaba o a otro de igual remuneración y categoría; y, en el término de quince días, pague al



accionante las remuneraciones y más beneficios de ley que dejó de percibir desde la fecha de su ilegal separación, hasta su efectivo reintegro. El IESS deberá proceder a la repetición de pago en contra de la persona (s) que resultaren tener responsabilidad del procedimiento y de la destitución del

accionante. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese** 

f) Dra. Raquel Lobato de Sancho, Jueza (Voto Salvado). Dr. Marco Idrobo Arciniegas, Juez. Dr. Jaime Enríquez Yépez, Juez Interino.

## **VOTO SALVADO**

Jueza ponente: Dra. Raquel Lobato Sancho

TRIBUNAL DISTRITAL NRO. 1 DE LO CON-TENCIOSO ADMINISTRATIVO. PRIMERA **SALA.** Quito, a 22 de noviembre 2010, las 15h00. **VISTOS:** El señor Víctor Julio Cartagena Salazar, comparece y presenta demanda de plena jurisdicción o subjetivo en contra del doctor Ernesto Díaz Jurado en su calidad de Director General del IESS y Procurador del Estado o quienes hagan sus veces, en los siguientes términos: manifiesta que el acto administrativo impugnado es el dictado por el doctor Ernesto Díaz Jurado Director General del IESS, el 11 de julio y 9 de agosto de 2006, acto administrativo de destitución de su cargo de Oficinista grado Q-24 del Departamento de Fondos de Terceros, administrativamente en la Unidad de Historia Laboral de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, que lo venía desempeñando por el lapso de treinta años. Mediante resolución de 11 de julio del 2006 dictada por el Director General del IESS, y notificada mediante oficio nro. 62100000-5167-PD de 12 de julio del 2006 documentos con los cuales procedió a destituirlo de su cargo que ha venido desempeñando en calidad de Oficinista grado Q-24, por el lapso de treinta años consecutivos e ininterrumpidos, ante tal injusta destitución impugnó e interpuso el recurso de revisión, recurso del cual fue notificado con la ratificación de su destitución mediante oficio nro. 62100000-6000-PD de 9 de agosto del 2006 de esta manera causando estado en sede administrativa. Como se desprende de su carnet de afiliación que acompaña, fue empleado de carrera por el lapso de treinta años consecutivos e ininterrumpidos por tanto dependiente del IESS. Empezó su relación laboral el día 1 de noviembre de 1975, hasta el 11 de julio y 9 de agosto del 2006, fecha en la que fue destituido de su cargo de Oficinista grado Q-24 que venía desempeñando en el Departamento de Fondos de Terceros, administrativamente en la Unidad de Historia Laboral de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS, la autoridad del IESS le acusa falsamente de

encontrarse incurso en literales a), b), e) y h) del artículo 24 y encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con lo establecido en el literal i) del artículo 49; y, artículo 122 ibídem; esto es, por cuanto de la investigación sumarial, se ha determinado en el período asignado en las ventanillas de planta baja del edificio matriz desde el 30 de mayo de 2005, al 12 de junio de 2005, de 11 de julio de 2005 al 25 de julio del mismo año, del 19 de septiembre de 2005 al 2 de octubre de 2005; y 23 de enero de 2006 al 5 de febrero de 2006 que pertenecían al proceso de historia laboral, recaudó la suma de 10 centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleados, hecho que no obtuvo autorización legal alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS; con su negativa no justificando de manera alguna el manejo, destino y uso de dichos valores, no realizando ningún tipo de acción adminisa fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los afiliados y demás personas que hicieron uso de dichas ventanillas, esta afirmación es falsa y de falsedad absoluta, afirmación que vulnera su honor y su buena reputación, bien jurídico protegido por el artículo 23 numeral 8 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano. Que la autoridad pública se ha empeñado en causarle daño moral, económico y social y al derecho del trabajo; en definitiva, la autoridad pública ha atentado en contra de su vida misma, pues encontrar empleo a su edad y en las condiciones actuales que se encuentra el Ecuador, principalmente en las condiciones de su destitución, es imposible conseguir un nuevo empleo, condenándole a la miseria junto con su familia, actuar de esta manera es crear un problema social irreparable. Que en el sumario administrativo no se encuentra





justificada la calidad de Director General del IESS, y la calidad de Subdirectora de Recursos Humanos en la calidad de funcionarios que comparecen, nombramientos en copias certificadas que debían constar en el expediente, por esta consideración al no haber justificado sus respectivas calidades el acto administrativo de destitución es ilegal y debe declararse su nulidad. Como en el sumario administrativo instaurado falsamente y posterior destitución de su cargo, constituye por parte de la autoridad pública, desconociendo a todo principio ético, moral, jurídico, legal y constitucional, demostrando de esta manera total desconocimiento e incumplimiento de la ley positiva y adjetiva determinada en la Constitución como fuente formal del derecho administrativo, la LOSCCA y su Reglamento y en forma por demás abusiva e inhumana se le ha destituido de su cargo de Oficinista grado Q-24 que venía desempeñando en el Departamento de Fondos de Terceros, administrativamente en el Departamento Afiliación y Control Patronal de la Dirección Provincial de Pichincha, Unidad de Historia Laboral del IESS, por medio de la presente demanda la tutela judicial y solicita al Honorable Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, que en sentencia se sirva declarar la ilegalidad antes anotada, se le condene al IESS lo siguiente: a) La ilegalidad de la resolución de destitución dictada por el doctor Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS de 11 de julio y 9 de agosto del 2006, ratificación constante en el oficio nro. 62100000-PD de 9 de agosto del 2006 de una sola foja, por tanto inmotivado; b) El pago de los haberes que le corresponden desde agosto del 2006, fecha desde la cual se le ha suspendido sus remuneraciones y más derechos que se le deberá cancelarle hasta el día de su reintegro definitivo a las funciones, más todos los beneficios que por ley le corresponden como empleado de 30 años de servicio; c) Subsidiariamente se dignarán disponer se le cancele los intereses legales, daños y perjuicios, costas judiciales y honorarios de su abogado defensor. Dándose el trámite pertinente a este juicio se calificó la demanda el 9 de enero del 2007 y se dispuso citar a los demandados a fin de que contesten en el término de 20 días y propongan las excepciones de las que se crean asistidos. A fojas 40 comparece el doctor Camilo Mena Mena, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado y señala el casillero judicial nro. 1200 para sus notificaciones. A fojas 42 comparece el doctor Ernesto Grego-Díaz Jurado, en relación al ilegal e

improcedente juicio contencioso administrativo, seguido por Víctor Julio Cartagena Salazar en contra del IESS, y contesta la demanda en los siguientes términos: que de conformidad al oficio 040-SS-AG-IESS-DA5 de 21 de febrero del 2006, suscrito por la ingeniera CPP Sonia M. Sierra A.; Auditora Jefe de Equipo de la Contraloría General del Estado, oficio nro. 13001700-044 de 13 de febrero de 2006, suscrito por el doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Director Provincial del IESS, oficio 62100000-1841-PD de 27 de marzo del 2006, suscrito por la licenciada Ana Leyla Cevallos, Subdirectora de Recursos Humanos y dirigido al señor Director General del IESS en que consta en este último oficio el informe sobre las presuntas irregularidades cometidas por el cobro de 10 centavos de dólar en las ventanillas 17, 18, 19 y 20 de la planta baja y en el primer piso del edificio matriz correspondiente al proceso de historia laboral y más antecedentes, en providencia del 30 de marzo del 2006 a las 9 horas el señor Director General del IESS dispone el inicio del sumario administrativo a Víctor Julio Cartagena Salazar, por presumiblemente haber recaudado la suma de 10 centavos de dólar en las ventanillas de la planta baja del edificio matriz asignadas al proceso de historia laboral, por servicio de impresión de mecanizados de aportes, clave de afiliados y claves de empleadores, sin tener autorización legal alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS, no justificando de manera alguna el manejo, destino y uso de dichos valores de los cuales posiblemente se habría beneficiado directamente mediante la concesión de préstamos, e indirectamente al usufructuar de dichos recursos en forma colectiva con sus compañeros de labores, participando en el gasto de los mismos, en diversas circunstancias de tipo personal ajenas al interés institucional, no realizando ningún tipo de acción administrativa a fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los afiliados y demás personas que hicieron uso de dichas ventanillas. De igual forma el señor Director General en dicha providencia, dispone a la licenciada Ana Leyla Cevallos Delgado, Subdirectora de Recursos Humanos, a que instruya la acción administrativa, que de acuerdo a la normativa legal prevista en la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público y Reglamento respectivo, con apego a las normas del debido proceso y derecho a la defensa consagradas en el artículo 23 y 24 de la Constitución



Política de la República del Ecuador. Deduce las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda propuesta. 2) Alega falta de derecho del actor para que haya presentado su demanda. 3) Alega la plena validez legal del sumario administrativo instaurado en contra de Víctor Julio Cartagena Salazar y de la sanción de destitución. 4) Alega inadmisibilidad e improcedencia de la acción. 5) Alega caducidad de la acción de conformidad con el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de Contencioso Administrativo. 6) No se allana a ningún vicio de nulidad que expresamente alega. 7) Alega la existencia de litis pendencia por cuanto el actor tiene propuesto un recurso de amparo constitucional. Solicita que aceptando los fundamentos y excepciones planteados, se rechace la demanda propuesta, por ilegal, improcedente, inadmisible y, por falta de derecho del actor. Concluida la etapa procesal y encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo se considera. PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución Política del Estado del año 1998 y los artículos 1, 2, 3, y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el Tribunal es competente para el conocimiento y resolución de la presente causa y la Sala atento el sorteo efectuado. SEGUNDO: No existen causales de nulidad que declarar pues durante el trámite, no se ha inobservado solemnidad alguna que afecte la validez del proceso. TERCE-RO: La negativa de los fundamentos de hecho y de derecho formulados por los demandados obliga al actor a probar los hechos afirmados por su parte en la demanda. **CUARTO:** Desde el 11 de julio y 9 de agosto del 2006, fecha de los actos administrativos impugnados, hasta la fecha de presentación de la demanda, esto es el 6 de noviembre del 2006, no ha transcurrido con exceso el término establecido en el artículo 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, consecuentemente no procede la excepción de caducidad de la acción. QUINTO: El derecho del actor para interponer la demanda se encuentra garantizado por el artículo 24 numeral 17 del Constitución Política del Estado de 1998 y por los artículos 2 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que se desecha la excepción de falta de derecho del actor para deducir la demanda. SEXTO: Del análisis y estudio de los documentos, y escritos que constan de autos, así como de las pruebas actuadas por las partes, se concluye que el señor Director General del IESS, en

conocimiento de que se había procedido a realizar cobros indebidos en las ventanillas nos 17,18, 19 y 20 de la planta baja y en el primer piso del edificio matriz, correspondiente al proceso de historia laboral, por algunos trabajadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entre ellos el actor del presente juicio, dispuso la iniciación del sumario administrativo, presumiendo que se había recaudado la suma de 10 centavos de dólar en las ventanillas señaladas, por el servicio de impresión de mecanizados y aportes, claves de afiliados y claves de empleadores sin tener autorización legal alguna, no depositándose dichos valores en la Tesorería Provincial del IESS, actos reñidos con la moral y que dieron lugar a que se lleve a cabo el sumario administrativo, dentro del cual el actor pudo ejercer libremente el derecho a la defensa habiéndose practicado conforme a las disposiciones legales constantes de la Codificación a Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, razón por la cual como consecuencia del mencionado sumario y de acuerdo a las atribuciones y deberes que tienen el Director General del IESS constantes en el literal g) del artículos 32 de la Ley de Seguridad Social, se procedió a destituir del cargo al actor por haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y los literales k) y l) del artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, habiendo servido de base para la destitución el dictamen emitido por la licenciada Ana Leyla Cevallos Subdirectora de Recursos Humanos del IESS, constante en oficio nro. 62100000-5101-PD de 10 de julio de 2006, informe detenido y que contiene pormenorizadamente la secuencia de los hechos suscitados y diligencia practicadas en el sumario administrativo. Por las consideraciones expuestas y sin que sea necesario realizar otro análisis, ADMINISTRANDO JUS-TICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA **REPÚBLICA**, se declara que los actos administrativos son legales, legítimos y emitidos por autoridad competente, consecuentemente se rechaza la demanda por improcedente. Sin costas. **Notifiquese.** f) Dr. Marco Idrobo Arciniega, Juez. Dra. Raquel Lobato de Sancho, Jueza. Dr. Jaime Enríquez Yépez, Juez Interino.





# CASACIÓN

Resolución nro. 408-2014; Recurso de casación nro. 116-2011

Juicio de plena jurisdicción o subjetivo propuesto por Víctor Julio Cartagena Salazar, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IEES) y Procurador del Estado.

# Juez ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Quito, 27 de mayo de 2014, a las 11h25.-

VISTOS: En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales que suscribimos esta sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones No. 1-2012 de 30 de enero de 2012, No. 4-2012 de 28 de marzo de 2012, y No. 3-2013 de 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación; integra este Tribunal de Casación el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, conforme el artículo 2, literal c), de la Resolución No. 7-2012 de 27 de junio de 2012 y la Resolución No. 10-2012 de 29 de agosto de 2012. El Conjuez Nacional, Dr. Juan Montero Chávez, quien también suscribe esta sentencia, asume la competencia en este Tribunal de Casación conforme el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de los oficios Nos. 1887-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscritos por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

**PRIMERO:** El 22 de noviembre de 2010, 15h00, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, en el juicio que sigue el señor Víctor Julio Cartagena Salazar en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la persona de su representante legal, y del Procurador General de dicha institución; así como del Procurador General del Estado, resolvió que:

"acepta la demanda deducida por el señor VÍCTOR JULIO CARTAGENA SALAZAR, y declara ilegales y nulos los actos administrativos impugnados y dispone que la institución demandada, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el término de cinco días restituya al actor al cargo que ocupaba o a otro de igual remuneración y categoría; y, en el término de quince días, pague al accionante las remuneraciones y más beneficios de ley que dejó de percibir desde la fecha de su ilegal separación, hasta su efectivo reintegro. El IESS deberá proceder a la repetición de pago en contra de la persona (s) que resultaren tener responsabilidad del procedimiento y de la destitución del accionante.".

**SEGUNDO:** Mediante auto de 23 de septiembre de 2011, 10h30, esta Sala admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en los siguientes términos:

"TERCERO: El recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que la sentencia impugnada registra aplicación indebida de los artículos: 99 y 100 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 36 y 38, literal a) de la Ley de Seguridad Social; falta de aplicación de los artículos: 32, literal g) de la Ley de Seguridad Social; 25, literal e); 50, literal i); y, 123 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; errónea interpretación de los artículos: 24, numeral 13 y 272 de la Constitución de la República del Ecuador; 31 de la Ley de Modernización del Estado; y, 20 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado.".

## **TERCERO:**

3.1.- Este Tribunal tiene claro que la argumentación del recurso de casación así como la contestación que se dé al mismo, deben ser examinadas no como se lo haría si éste fuese un recurso de instancia sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia.

**3.2.-** Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, ésta se refiere ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el *error in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido



jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación" (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entraña "un error de selección"; y, la errónea interpretación equivale a "error del verdadero sentido de la norma".

#### **CUARTO:**

**4.1.-** En el considerando noveno de la sentencia impugnada se dice:

"...las autoridades del IESS tuvieron conocimiento "del cobro de los 10 centavos de dólar" el 29 de agosto de 2005 cuando el Subdirector del Servicio al Asegurado comunica al Director Provincial del IESS de Pichincha mediante oficio No. 13101700-505 (fs. 164 y 235 del expediente administrativo) autoridad que ostenta la representación legal de la entidad en la jurisdicción seccional conforme lo disponen los artículos 36 y 38 literal a) de la Ley de Seguridad Social, en el que se manifiesta que en la Agencia No. 3 se cobra 10 centavos de dólar relacionado con la actividad de fotocopiado que realiza dicha dependencia y se dice además que para continuar con el mencionado trabajo de autogestión "mucho agradeceré a Usted se digne impartir las instrucciones pertinentes" es decir desde esa fecha ya la autoridad administrativa conocía de tales pagos, en tanto que la Resolución por la que se le destituye del cargo al actor data de 11 de julio de 2006 y notificada al accionante el 12 de los mismos mes y año en consecuencia; desde el 29 de agosto de 2005 al 12 de julio de 2006 es evidente que ha transcurrido en exceso el término de 90 días establecido en el Art. 99 de la LOSCCA; por manera que la autoridad sancionadora solo pudo ejercer el derecho previsto en la citada norma legal, dentro del término consignado en ella y al haber adoptado la sanción impugnada fuera del término de noventa

días, cuando había precluído la potestad sancionadora de la administración tornó en ilegal el acto administrativo contentivo de la sanción impuesta al recurrente por cuanto ya no estaba a disposición de la Administración Pública sancionarle porque el término legal se había extinguido.".

**4.2.-** De su parte, la institución recurrente manifiesta en su escrito de casación, entre otros aspectos, lo siguiente:

"Existe una indebida aplicación de los Arts. 36 y 38 letra a) de la Ley de Seguridad Social por cuanto éstas, a pesar de no establecer ninguna atribución sancionadora al Director Provincial, fueron consideradas como base para afirmar que tal autoridad posee una potestad sancionadora. Adicionalmente, el mismo considerando NOVENO de la sentencia es del todo errado al tomar en cuenta al 29 de agosto de 2005 como fecha para indicar que la autoridad sancionadora del IESS tuvo conocimiento de la infracción, puesto que en esta fecha fue el Director Provincial, mas no el Director General del IESS, quien conoció del irregular; es evidente entonces que se calcularon equivocadamente los términos sobre los que se cuenta la prescripción de la potestad sancionadora.".

**4.3.-** El segundo inciso del artículo 99 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa establecía:

"Igualmente prescribirán en el término de noventa días las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso, plazo que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción."

**4.3.1.-** Del análisis del artículo transcrito se desprende que quien estaba facultada a imponer las sanciones disciplinarias contempladas en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa era la autoridad nominadora, la cual tenía un período determinado para ejercer la facultad sancionadora.

Los artículos 36 y 38 de la Ley de Seguridad Social se refieren a las atribuciones y deberes del Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; sin embargo, no le otorgan a dicha autoridad la potestad sancionadora. En cambio, el artículo 32, letra g) de la citada Ley de Seguridad Social establece entre las atribuciones del Director General, la de "nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia", lo cual le permite





concluir a este Tribunal de Casación que el **Direc**tor General es la autoridad nominadora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social más no el Director Provincial, como erradamente sostiene la sentencia impugnada.

**4.3.2.-** Se observa también que a fojas 38 a 42 del expediente administrativo consta el oficio No. 62100000-1841-PD de 27 de marzo de 2006, suscrito por la Subdirectora de Recursos Humanos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el cual se informa al Director General, por ser la autoridad nominadora de dicha institución, sobre las presuntas irregularidades en las que estarían incursos algunos funcionarios del área denominada "Proceso de Historia Laboral" de la Dirección Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en Pichincha, entre los que se encontraba el señor Víctor Julio Cartagena Salazar, por el cobro de diez centavos de dólar por la impresión de mecanizados de claves de empleadores y afiliados, así como de aportes. Este informe dio lugar a que el Director General del Instituto ordene el inicio del sumario administrativo al señor Cartagena Salazar. Una vez realizado el correspondiente sumario administrativo, mediante resolución de 11 de julio de 2006, el Director General dispuso la destitución del señor Cartagena Salazar, por haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con lo establecido en el literal i) del artículo 49; y, artículo 122 ibídem; por cuanto en la investigación sumarial se determinó que el referido señor Cartagena Salazar recaudó la suma de diez centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Esta resolución fue notificada al señor Cartagena Salazar, el 12 de julio de 2006.

Para este Tribunal de Casación es claro que desde el 27 de marzo de 2006, que fue la fecha en la que el Director General tuvo conocimiento de los actos que dieron inicio al sumario administrativo, hasta el 12 de julio de 2006, que fue cuando se notificó la resolución de destitución del sumariado, han transcurrido setenta y cuatro días, lo cual quiere decir que en el caso materia de este análisis la autoridad sancionadora ejerció el derecho previsto en el artículo 99 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, dentro del término consignado en ella sin que haya precluido la potestad sancionadora, es decir que en esta parte, el acto administrativo contentivo de la sanción impuesta al sumariado, es legal.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que la sentencia de instancia ha incurrido en el vicio de aplicación indebida de los artículos 36 y 38 de la Ley de Seguridad Social, y 99 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; así como en el vicio de falta de aplicación del literal g) del artículo 32 de la Ley de Seguridad Social.

QUINTO.- Entre otros aspectos, la casacionista señala que en la sentencia de instancia hay una errónea interpretación de los artículos 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 31 de la Ley de Modernización del Estado, y 20 del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado; y falta de aplicación de los artículos 25 (24 en la codificación publicada en el Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005) literal e) y 50 (49) literal i) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

**5.1.-** Con relación a las disposiciones citadas por la institución recurrente, hay que indicar que para que un acto administrativo se encuentre correctamente motivado es necesario que la autoridad que lo emitió exponga las razones de su decisión, de manera razonada, lógica y comprensible, así como también, demuestre que los enunciados normativos se adecúan a los hechos planteados. Es decir que la motivación se traduce en la adopción de una decisión que sea clara, fundada en las normas del ordenamiento jurídico, y que tenga coherencia entre las premisas, la conclusión y la decisión.

5.2.- El artículo 84 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa decía que: "...el titular de las UARHs, remitirá a la autoridad nominadora el expediente del sumario administrativo que contendrá el informe pormenorizado en derecho con relación a lo actuado en el sumario, con las conclusiones y recomendaciones. Visto este informe, la autoridad nominadora dispondrá, de ser el caso, de manera motivada, mediante resolución, la imposición de la sanción correspondiente.". En el caso que se analiza, a fojas 4 del expediente de instancia se encuentra la resolución de destitución del señor Cartagena Salazar, la misma que se encuentra motivada y que acoge el informe de la Subdirectora de Recursos Humanos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, contenido en el oficio No. 62100000-5101-PD



de 10 de julio de 2006 (fojas 5 a 16), respecto al sumario instaurado en contra del señor Cartagena Salazar, y en el que recomendó "La DESTITUCIÓN del señor VÍCTOR JULIO CARTAGENA SALA-**ZAR**, actualmente con la denominación de Oficinista Grado Q24 del Departamento de Fondos de Terceros de la Dirección Provincial del IESS de Pichincha, por haber infringido los literales a), b), d), e) y h) del artículo 24 y encontrarse incurso en los literales k) y l) del artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con lo establecido en el literal i) del artículo 49; y, artículo 122 IBIDEM; esto es, por cuanto de la investigación sumarial, se ha determinado que el señor Víctor Julio Cartagena Salazar en el período asignado en las ventanillas de planta baja del edificio matriz, desde el 30 de mayo del 2005, al 12 de junio del 2005, del 11 de julio del 2005 al 25 de julio del mismo año, del 19 de septiembre del 2005 al 02 de octubre del 2005; y, del 23 de enero del 2006 al 05 de febrero del 2006, que pertenecían al Proceso de Historia Laboral, recaudó la suma de 10 centavos de dólar por el servicio de impresión de mecanizados de aportes, claves de afiliados y claves de empleadores; hecho que no tuvo autorización legal alguna, no depositando los valores recaudados en la Tesorería Provincial del IESS; con su negativa, no justificó de manera alguna el manejo, destino y uso de dichos valores, no realizando ningún tipo de acción administrativa a fin de precautelar los intereses institucionales, perjudicando a los afiliados y demás personas que bicieron uso de dichas ventanillas." (Las negrillas nos pertenecen).

**5.2.1.-** Los actos descritos en el numeral anterior constituyen los denominados "actos complejos". Al respecto, autorizada doctrina internacional nos enseña que: "Actos complejos son los que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos, a diferencia de los actos simples que emanan de un solo órgano, sea individual o colegiado." (Dromi, Roberto; "Derecho Administrativo", 11ed., edit. Hispania Libros, 2006, pg. 373.). Así también, "Acto complejo es el que surge de la concurrencia de la voluntad de varios órganos administrativos, que deciden por unanimidad o por mayoría. Esto acontece en el seno de las comisiones intersecretariales, como el Consejo Nacional de Población. En este están representadas varias secretarías de Estado...". (Nava Negrete, Alfonso; "Derecho Administrativo Mexicano", edit. Fondo de Cultura Económica, 3era ed., 2007 – 1era. ed.

electrónica, 2011, kindle, localización 7273-7276). **5.2.2.-** De otra parte, es necesario mencionar que la infracción atribuida al sumariado demuestra además que éste ha incumplido lo dispuesto en el artículo 25 (24), literal e) de la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa, que contemplaba los deberes que los servidores del sector público debían observar en el cumplimiento de sus obligaciones, y que textualmente prescribía: "Deberes de los servidores públicos.- Son deberes de los servidores públicos:... e) Mantener dignidad en el desempeño de su puesto y en su vida pública y privada, de tal manera que no ofendan al orden y a la moral y no menoscaben el prestigio de la institución a la que pertenecen.". Como consecuencia de aquella inobservancia, debía aplicarse la sanción prevista en el artículo 50 (49), literal i), de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que disponía: "Causales de destitución.- Son causales de destitución: i) Incumplir los deberes impuestos en las letras e) y g) del artículo 24 y quebrantar las prohibiciones previstas en las letras d) a la n) del Art. 26 de esta Ley.". **5.3.-** A fojas 17 del expediente de instancia se encuentra también el oficio No. 62100000-6000-PD de 9 de agosto de 2006, suscrito por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante el cual ratificó el contenido de la resolución del sumario administrativo correspondiente al señor Cartagena Salazar, y que se sustentó en el informe de la Subdirectora de Recursos Humanos de 8 de agosto de 2006, que analiza detalladamente los hechos y los correlaciona con la normativa correspondiente al caso, para llegar a la conclusión siguiente: "al no existir nuevos elementos de juicio que viabilicen la imposición de sanción disciplinaria diferente a la determinada por su Autoridad en los presentes casos; considera improcedente el recurso planteado, además, que tal y como consta en el análisis de este documento, no existen razones de legitimidad o de oportunidad que permitan revocar la decisión administrativa sobre los hechos investigados y que forman parte de los correspondientes sumarios administrativos, con la debida aclaración que dichas acciones se ejecutaron dentro de los plazos establecidos en la LOSCCA, es decir no se encuentran prescritas, recomendando a usted señor Director General, se ratifique en todas su partes sobre el contenido de las Resoluciones de los Sumarios Administrativos dispuesto al personal antes señalado.". Por lo indicado, en los actos administrativos impugnados existe motivación que justifica razonablemente la pertinencia de la aplicación de los fundamentos de derecho invocados, en relación con unos





determinados hechos que condujeron a destituir al referido señor Cartagena Salazar.

Por lo que este Tribunal considera que la sentencia de instancia ha incurrido en el vicio de errónea interpretación de los artículos 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República del Ecuador, 31 de la Ley de Modernización del Estado, y 20 del Reglamento General de la Lev de Modernización del Estado; así como en el vicio de falta de aplicación de los artículos 25 (24) literal e) y 50 (49) literal i) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más consideraciones, este Tribunal de Casación, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: 1) Acepta el recurso de casación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con relación a la

causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y por tanto casa la sentencia impugnada de 22 de noviembre de 2010, 15h00, expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito. 2) En consecuencia, y conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, se declara legales los actos administrativos impugnados, esto es la resolución sin número de 11 de julio de 2006, y el oficio No. 62100000-6000-PD de 9 de agosto de 2006, emitidos por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator encargado de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, conforme acción de personal del Consejo de la Judicatura No. 3467-DNTH-NB de 2 de mayo del 2014. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional.

# Resolución nro. 456-2014 Juicio nro. 439-2010

Juicio propuesto por José Salvador Akintiua Chup contra el Comandante General de la Policía Nacional, Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y Delegado del Ministro del Interior y el Procurador General del Estado

#### SÍNTESIS

La sentencia inadmitió la demanda interpuesta por los señores Ernestina Rosalía, Arutam Cristóbal y José Salvador Akintiua Chup, en contra de la Policía Nacional, mediante la cual solicitaron, (en virtud de haber operado el silencio administrativo positivo a su favor) el pago de indemnización por responsabilidad del Estado en la muerte de su padre; decisión que fue tomada considerando que no se cumplieron los requisitos para que opere el silencio administrativo positivo, que no se citó al Procurador General del Estado (lo cual habría generado nulidad). El Tribunal no casa la sentencia en virtud de considerar que la solicitud de los actores no podía ser aceptada vía silencio administrativo positivo.

# TRIBUNAL DISTRITAL

Jueza ponente: Dra. Zulema Pachacama Nieto

TRIBUNAL DISTRITAL No. 1 DE LO CON-TENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGUNDA SALA. Quito 8 de junio del 2010. Las 10H30. VISTOS: Comparecen: Ernestina Rosalía Akintiua Chup, Arutam Cristóbal Akintiua Chup, Jose Salvador Akintiua Chup, proponen demanda en contra de la Policía Nacional y solicitan se notifique al Procurador General del Estado. Manifiestan que el 25 de Febrero del 2003, la Corte Nacional de Justicia Policial mediante sentencia confirmó la dictada



por la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional, en contra del subteniente Oscar Guerra Santana, Policías Nacionales Jesús Orlando Játiva Chamarra, Segundo Guamán Herrera, José Eloy Carrión Moreno, Carlos Moisés Punina Chipantiza y Angel René Padilla Salas por el delito de homicidio simple cometido en contra de los señores Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y Germán Pedro Akintiua Chup, padre e hijo entre sí, respectivamente. En la sentencia de primera instancia se dejó constancia que: "los sindicados son miembros activos de la Policía Nacional y el hecho que se ha investigado procesalmente acaece cuando ellos cumplían funciones específicas policiales. Fuimos hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, por lo que somos sus herederos. Conjuntamente con otros hermanos Elías Lino, Griselda Georgina, Martha Lupe, Sadia Nancy, Mirna Manuela y Tito Román, domiciliados en otras provincias, el 10 de mayo del 2004 ingresamos en la Comandancia General de la Policía Nacional una petición de indemnización por la muerte de nuestro padre común, Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, sustentada en la norma del art. 20 de la Constitución, por las razones que en esa petición constan. En el documento pedimos que la Policía Nacional nos pague una indemnización de un millón de dólares de Estados Unidos de América. El mismo 1O de mayo del 2004 pusimos en conocimiento del Presidente de la República el pedimento hecho por nosotros a la Policía Nacional y le remitimos una copia de aquel suscrita por nosotros. Mediante oficio# 1298-CG de 25 de mayo del 2004, el Comandante General de la Policía Nacional, en respuesta al pedido mencionado en el numeral anterior, puso en conocimiento de nosotros y de los otros hermanos, a través del casillero judicial del abogado que patrocinó nuestro pedido de indemnización, una copia simple de un informe elaborado por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional, el cual en suma, niega el pedido porque, dice, es menester declaración judicial y, además, se remite a la disposición del artículo 31 del Código de Procedimiento Penal como la pertinente al caso. De la copia certificada conferida por la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales de Quito, se desprende que el oficio de respuesta al cual se refiere el numeral anterior, fue enviado a esa dependencia el 4 de junio del 2004, fecha en la que fuimos notificados legalmente por medio del casillero judicial # 540. Que el 23 de junio del 2004 solicitamos al Comandante General de la Policía Nacional que dispusiera que se nos confiera el certificado al cual se re-

fiere el inciso agregado al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Mediante oficio # 2004-1820-CG, de 09 de julio del. 2004- recibido a través del casillero judicial, el 20 de julio del 2004 el Comandante General de la Policía Nacional contestó el pedido anterior y. se negó a certificar, según dice, porque no se produjo el silencio administrativo. La respuesta de denegación de nuestra solicitud y la de nuestros otros hermanos- suscrita por el Comandante General de la Policía Nacional es ilegal, por cuanto ya había obrado el silencio administrativo positivo en nuestro favor, según la norma del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y por lo tanto, habiéndose concedido en nuestro favor la indemnización solicitada por disposición de la Ley, mal podía una autoridad negar tal derecho. Ese silencio resalta por el hecho de que ante el pedido que hicimos para que el Comandante General de la Policía Nacional nos confiriese la certificación sobre el término transcurrido, éste ha respondido negativamente. Debemos remarcar que esta certificación no es más que un pedido de prueba y ni siquiera indispensable para demostrar el silencio, ya que los días transcurren sin necesidad de certificación pública, y porque además, la ilegalidad posterior del actuar de la Policía Nacional al no conferimos tal certificación lo probamos con el simple hecho de presentar la comunicación posterior tardía, morosa e inoportuna. De tal manera que hemos agotado esa vía solo con el afán de evitar cualquier sofisma que pretenda escudarse en trámites aleatorios, cuando el silencio, como lo ha dicho la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, no admite marginamiento alguno y ni siquiera está condicionado a las alegaciones que se hicieron con posterioridad al vencimiento del término que, en el presente caso, es de quince días. Con estos antecedentes demandan a la Policía Nacional para que mediante sentencia nos indemnice en forma conjunta por la muerte de nuestro padre señor Ashanka Pedro Akintiua Nukai con la entrega de la suma de un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD \$1.000.000,00). La materia de la litis no se dirige a que se le reconozca su derecho a percibir una indemnización según el contenido del art. 20 de la Constitución, sino que se ejecute el derecho ya conferido a través de un acto tácito, el silencio, y se conmine al pago. Añade que esta demanda se sustenta en las normas contenidas en los arts. 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado y 23, 24 y 30 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. Calificada la demanda y citados los accionados contes-





tan: El Gral. Inspector, Lcdo. Jorge Poveda Zúñiga, justificando la calidad de Comandante General de la Policía Nacional del Ecuador, quien luego de realizar un examen pormenorizado en torno a esta controversia formula las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, 2) Improcedencia en el fondo y en la forma de la demanda propuesta. 3) Falta de legítimo contradictor, 4) Falta de competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para resolver el asunto principal, debido a que la responsabilidad civil de la Institución Policial debió encontrarse determinada judicialmente. El Dr. Wilfrido López Domínguez, Director Nacional de Patrocinio, encargado, delegado del Procurador General del Estado se limita a señalar domicilio para futuras notificaciones. Siendo así, y encontrándose la causa en estado de resolver, para pronunciarse la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIME-RO: El Tribunal es competente para conocer el presente asunto conforme lo señalan los artículos 38 de la Ley de Modernización del Estado, lo previsto en los arts. 1, 2, 3, 10 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la reiterada jurisprudencia expedida por la desaparecida Corte Suprema de Justicia. La Sala tiene asegurada la suya por el sorteo efectuado. **SEGUNDO:** No se observa en la tramitación de la causa omisión de solemnidad o procedimiento alguno que pueda incidir en su decisión, en consecuencia, se declara la validez del proceso. TERCERO: El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado establece, en síntesis, que en el caso de que una petición, reclamo o recurso no sea respondido dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de su presentación, se estimará la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por lo que, se entenderá que "la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante". Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia nacional ha establecido que para la procedencia el silencio administrativo de efecto positivo al menos deben concurrir dos elementos, sin los cuales tal efecto no se produciría: a) Que la petición o reclamo haya sido presentada ante la autoridad competente; y, b) Que las pretensiones no sean contrarias a derecho, situación que podría verificarse al considerar que de emitirse un acto administrativo expreso y regular que aceptare el reclamo o solicitud éste pueda tener vicios que lo anulen. CUARTO: El art. 18 letra g) de la Ley Orgánica de la Policía Nacional confiere al Comandante General de la Policía Nacional la representación legal judicial

y extrajudicial de esa institución, por tanto, la petición se dirigió ante Autoridad competente. No obstante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 literal a) en concordancia con el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la reclamación administrativa indemnizatoria también debió dirigirse en contra del Procurador General del Estado, para efectos de la defensa estatal; así lo confirma el artículo 209 inciso primero del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a la que pertenece la Institución demandada. Debe asimismo establecerse que el procedimiento reclamatorio en vía administrativa debió observar el trámite previsto en los artículos 209 al 213 del mencionado Estatuto; el cual se inicia con la presentación del reclamo que debe hacerse dentro del plazo de tres años (art. 211) desde que se produjo el acto lesivo, contarse con el Procurador General del Estado; procedimiento en el que debe verificarse si el daño es real y determinado con relación a una persona o grupo de personas (210); y, en el caso de que se niegue el reclamo o no existe pronunciamiento dentro del plazo de tres meses, el interesado tiene derecho a accionarse en vía judicial (art. 212). Procedimiento y formalidades que no se observaron en el presente caso, razón por la cual la Sala colige que en el supuesto en que el Comandante General de la Policía hubiere atendido favorablemente, mediante acto administrativo regular, la reclamación indemnizatoria, este hubiese estado viciado de nulidad, por la falta de citación al Procurador General del Estado en el reclamo administrativo y por cuanto los hechos que habrían generado el daño indemnizable habrían ocurrido el 5 de diciembre de 2000, por lo que la reclamación de 1O de mayo de 2004 es posterior a los tres años establecidos en esa norma. En ese contexto, es evidente que en el caso no se produjo el efecto positivo del silencio administrativo; pues más bien el texto del artículo 212 del Estatuto en mención, estima que la falta de respuesta administrativa no genera sino el derecho a demandar judicialmente las indemnizaciones, pero no como efecto del silencio administrativo positivo. Por lo expuesto, la Sala ADMINISTRANDO JUS-TICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, inadmite la demanda. Sin costas. Notifiquese.

f) Dra. Zulema Pachacama N., Jueza Subrrogante. Dra. María Cecilia Romo-Leroux A., Jueza Subrogante. Dr. Alfredo Pérez A., Juez Subrrogante.



# CASACIÓN

Resolución nro. 456-2014; Recurso nro. 439-2010

Juicio contencioso administrativo propuesto por José Salvador Akintiua Chup contra el Comandante General de la Policía Nacional, Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y Delegado del Ministro del Interior y el Procurador General del Estado.

Juez ponente: Dr. Juan Montero Chávez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 05 de junio de 2014.- Las 11h18.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; por la Resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013 de integración de Salas Especializadas dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia: así como el acta del sorteo electrónico de causas de 4 de abril de 2012. Integra este Tribunal de Casación la doctora Maritza Tatiana Pérez, de conformidad con el literal c) del artículo 2 de la Resolución No. 07-2012 de 27 de junio de 2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y el doctor Juan Montero Chávez en virtud del oficio No. 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. El señor Arutam Cristóbal Akintiua Chup propone recurso de casación contra la sentencia dictada el 08 de junio de 2010, a las 10h30, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, que inadmitió la demanda propuesta por Ernestina Rosalía, Arutam Cristóbal y José Salvador Akintiua Chup contra la Policía Nacional. El recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y considera infringidas las siguientes normas: artículos 1 inciso primero, 209, 211 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE; artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; artículos 11 numerales 4, 5, y 6, la letra d) del numeral 29 del artículo 66, artículo 75, el numeral 1 del artículo 132, el numeral 2 del artículo 133, y los artículos 424, 425, 426 y 427 de la Constitución vigente; así como el artículo 20 de la anterior Constitución. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 18 de abril de 2011, a las 17h07, admitió a

trámite el recurso. Pedidos los autos para resolver, se considera:

**PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto,

de conformidad con el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República, el numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

SEGUNDO: El Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, en la sentencia recurrida resolvió inadmitir la demanda a través de la cual los accionantes solicitaron, en virtud de haber operado a su favor el silencio administrativo positivo, el pago de una indemnización por la responsabilidad del Estado por la muerte de su padre. Para ello, consideró que para que proceda el silencio administrativo con efecto positivo deben concurrir al menos dos elementos: que la petición se haya presentado ante autoridad competente, y que las pretensiones no sean contrarias a derecho. Que si bien la petición se dirigió a la autoridad competente como es el Comandante General de la Policía Nacional, el reclamo administrativo indemnizatorio también debió hacerse contra el Procurador General del Estado. Que el reclamo en vía administrativa tenía que observar lo dispuesto en los artículos 209 a 213 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, lo que no ocurrió en el caso, por lo que se colige que si el Comandante General de la Policía hubiese atendido favorablemente la reclamación de indemnización, habría generado un acto nulo por falta de citación al Procurador General del Estado. Además, que los hechos generadores del daño ocurrieron el 5 de diciembre de 2000, por lo que la reclamación de 10 de mayo de 2004 es posterior a los tres años que establece el ERJAFE. Por ello concluye que no se produjeron los efectos positivos del silencio administrativo.

**TERCERO:** Esta Sala analiza a continuación los cargos en los que se fundamenta el recurso de casación:





**3.1.** El recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación manifiesta, en lo principal: a) Que la fundamentación de la sentencia de instancia es inconstitucional e ilegal, por cuanto el Presidente de la República no puede imponer, a través de decretos ejecutivos, prescripciones o caducidades para ejercer el derecho a la jurisdicción que se determina en el artículo 75 de la Constitución del 2008. Que a las disposiciones de los artículos 210 y 212 del ERJAFE se les ha dado un valor inmenso que es inaceptable. b) Que los jueces advirtieron que la demanda se sustentaba en las normas constitucionales del artículo 20 de la Constitución anterior y el inciso segundo del número 9 del artículo 11 de la actual, que conceden el derecho a indemnización a quien sufrió perjuicio por la acción de un órgano estatal o funcionario público; que el ejercicio de ese derecho pretendió ser reglado por el ERJAFE en los artículos 209 a 212, lo que contraviene los numerales 1 y 2 del artículo 132 y artículo 133 de la Constitución que disponen que el ejercicio de los derechos solo puede ser regulado por ley orgánica. c) Que la interpretación equivocada de la Constitución llevó a violar por omisión varias otras normas, lo que contraviene el artículo 424 y el inciso tercero del artículo 425 de la Constitución, puesto que toda interpretación constitucional debe privilegiar los derechos humanos conforme lo expresan los artículos 427 y 11 numeral 5 de la Constitución, y en el caso se ha procedido a favor del Estado. d) Que con base en el derecho a la libertad, se formuló una petición de indemnización sin que haya norma legal que lo prohíba, por lo que estaban protegidos por el artículo 66 numeral 29 literal d; de la Constitución del 2008; sin embargo, en la sentencia se señala que se debía proceder conforme un estatuto (el ERJAFE), y bajo unas normas administrativas inconstitucionales como si estuvieran sometidos a prohibiciones que no existen, lo que es inconstitucional e injusto. e) Que los derechos constitucionales son inalienables y no pueden restringirse sino por otra norma constitucional conforme lo disponen los numerales 4 y 6 del artículo 11 de la Constitución. f) Que en la sentencia se señala que el Procurador General del Estado debió ser citado con la reclamación administrativa sin que se sustente esta afirmación en ninguna disposición legal; que el artículo 209 del ERJAFE señala que esa responsabilidad corresponde a la autoridad administrativa que recibe la petición, sin que la omisión deba ser suplida por el solicitante. Que el literal c; del artículo 3 de la

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado faculta al procurador a supervisar los juicios, y que una petición administrativa no es un juicio. Asimismo, que los literales a, b y c del artículo 5 de la mencionada ley se refieren a controversias en la Función Judicial, por lo que no se les podía exigir que citasen al Procurador General so pena de que su petición fuese calificada como nula. El artículo 23 numeral 15 de la Constitución del 2008 no les exigía este proceder, así como tampoco el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado: y, g) Que se aplicó el artículo 212 del ERJAFE para resolver la antinomia normativa respecto del plazo para presentar la demanda, cuando debió optarse por la norma legal, del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**3.2.** En cuanto a estos cargos, la Sala de Casación considera:

**3.2.1.** En primer lugar, sobre el argumento de la violación, del artículo 28 de la Ley de ¿Modernización del Estado respecto del tema del silencio administrativo, se observa que la norma dispone que: "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan (...)". La jurisprudencia ha considerado al silencio administrativo positivo como un derecho autónomo; y para que opere, conforme también lo ha señalado en forma reiterada la Sala, es menester que se cumplan al menos los siguientes requisitos: a) que la solicitud se haya dirigido a autoridad competente para aceptar o negar lo pedido; **b**) que exista la certificación que indique el tiempo transcurrido desde que se peticionó sin recibir respuesta; y, c) que lo solicitado, de ser aceptado, no esté



afectado de nulidad absoluta o sea contrario a derecho. Es claro que no toda petición puede ser reconocida como válida vía silencio administrativo, porque se incurriría en el extremo de simplemente solicitar lo que a bien tenga el peticionario, y esperar a que transcurra el tiempo previsto en la ley sin recibir atención, para obtener como reconocido tal "derecho", sin opción a valorar su pertinencia y procedencia; es obvio que la petición debe ser conforme a derecho y no contraria al ordenamiento jurídico. En el caso, debe señalarse que el derecho a una indemnización económica por responsabilidad objetiva extracontractual del Estado requiere ser declarada judicialmente y no puede ser materia del silencio administrativo, puesto que es el juez mediante un proceso de conocimiento, el que debe determinar tanto la responsabilidad estatal como el monto de la indemnización, lo que no puede quedar al arbitrio de la voluntad del peticionario, ni puede configurarse automáticamente a través de la falta de respuesta de la administración dentro del plazo legal. Por tanto, no se cumple con lo señalado en el literal c.

**3.2.2.** La Constitución, en su artículo 75 dispone que "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". En el caso, no se niega al recurrente el acceso a la justicia sino que se señala que la vía por la que hace su reclamo, que es la del silencio administrativo, no es la adecuada, por lo que no se configura la falta de aplicación.

**3.2.3.** Por su parte, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículos 209 a 212, consta la regulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que tiene como sustento el artículo 20 de la Constitución de 1998 que se refería a la indemnización de perjuicios por parte del Estado a los particulares por la deficiente prestación de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. El artículo 209 dispone que para hacer efectiva dicha responsabilidad "los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que proviniere el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de

la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal (...)". El artículo 210 establece que el daño que se alegue debe ser real y determinado con relación a una persona o grupo; el artículo 211 dice que los daños indemnizables son aquellos que se causan a las personas que no tienen obligación jurídica de soportarlos; y, el artículo 212 contempla el caso en que las instituciones estatales se negaran total o parcialmente al pago de la indemnización, o no se pronunciaren sobre ella en el plazo de tres meses, en el que el interesado podría acudir a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. Esta Sala es del criterio de que si bien estas normas del ERJAFE que se consideran indebidamente aplicadas por el recurrente no obstaban el ejercicio de la acción jurisdiccional por la indemnización de perjuicios, y por ende no podían servir como fundamento jurídico para negar la acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo por el mandato legal del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado que dispone que no se exigirá como requisito previo para iniciar una acción judicial contra las entidades del sector público el que se proponga el reclamo o se agote la vía administrativa, lo que ocurrió en el caso es que los actores no acudieron a la justicia a pedir y discutir el derecho y monto de la indemnización de daños y perjuicios sino que intentaron una especie de "ejecución" del derecho mediante la figura del silencio administrativo, lo que, como se vio en líneas anteriores, es equivocado y así también fue observado por la sentencia de instancia. Por ello, tampoco es pertinente la invocación de los artículos 424 de la Constitución que se refiere al principio de supremacía constitucional, del 425 respecto del orden jerárquico de aplicación de las normas, del 427 sobre la interpretación de las normas constitucionales, ni el numeral 5 del artículo 11 también relacionado con la aplicación e interpretación de la norma que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

3.2.4. Por otra parte, si bien el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución vigente, cuyo contenido es similar al artículo 20 de la Constitución de 1998, dispone que "9. (...)El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus





funcionarías y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (...)", y el recurrente dice que la demanda se sustentó en esas normas, el punto central de discusión no es si el ERJA-FE pretende, contraviniendo según el casacionista los artículos 132 y 133 de la Constitución (respecto de lo que es materia de reserva legal) al tratar de regular el ejercicio del derecho a la indemnización, sino si en el caso concreto los demandantes propusieron la acción adecuada, lo que no ocurrió. No se discute el derecho que tienen los accionantes a la reparación o indemnización por los perjuicios que el Estado, a través de sus funcionarios, haya podido ocasionar; en ese tema la Constitución es sumamente clara al contemplar la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado. Lo que se encuentra en duda es si los demandantes debían intentar la reparación mediante la vía del silencio administrativo.

**3.2.5.** El recurrente asegura que por el ejercicio del derecho a la libertad formuló, en vía administrativa, una petición de indemnización, sin que exista norma legal que prohíba dicho pedido, por lo que estaba amparado en el literal d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución, y que el Tribunal mediante su sentencia insiste en que debió actuar conforme el procedimiento establecido en el ER-JAFE, que a su criterio es inconstitucional. Efectivamente, la Constitución en su artículo 66.29.d incluye entre los derechos de libertad el que "ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley". Sin duda, en ningún caso podría prohibirse a una persona el ejercicio de su derecho de acción, así como tampoco el de solicitar en la vía jurisdiccional el reconocimiento de sus derechos. Ya se señaló además, anteriormente, que las disposiciones del ERJAFE no podían condicionar la acción jurisdiccional, por lo que la apreciación del Tribunal de instancia es errónea en este punto. Sin embargo, no se equivoca el fallo al mencionar que a través del silencio administrativo no podía concederse la indemnización, conforme lo hemos señalado anteriormente, y ello no implica la vulneración de los principios contenidos en los numerales 4 y 6 del artículo 11 de la Constitución, que declara a los derechos como inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía y que no pueden restringirse sino por otra norma constitucional.

**3.2.6.** Respecto de la notificación al Procurador General del Estado en la etapa administrativa de reclamación, el artículo 209 del ERJAFE que fue

transcrito líneas atrás dispone que la reclamación que se proponga para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser puesta en inmediato conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. Esto es, como lo afirma el recurrente, una obligación de la administración que no puede trasladarse al peticionario, por cuanto la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se refiere al patrocinio del Estado en la vía jurisdiccional; por tanto, es erróneo lo manifestado en la sentencia de que, si se hubiese atendido favorablemente la reclamación indemnizatoria, hubiera estado viciada de nulidad por falta de notificación al Procurador General del Estado.

**3.2.7.** Finalmente, el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que: "El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.- En los casos que sean materia del recurso contencioso de anidación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fín de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años". En los casos de silencio administrativo no se demanda el amparo de un derecho sino el reconocimiento de los efectos legales del silencio, que por mandato legal tiene sentido positivo (por lo que se entiende aprobado el pedido a favor del peticionario o resuelta la reclamación a favor del reclamante). Siempre y cuando previamente se verifique la licitud y legitimidad de la petición. Por tanto, aunque a través de este proceso el juez deberá comprobar la existencia de los requisitos que señalamos anteriormente para la configuración del derecho por silencio administrativo, no se encuadra dentro de los recursos contemplados en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por ende el plazo para accionar como "otra competencia del Tribunal" es de cinco años, contemplado en el inciso final del artículo 65 del mismo cuerpo normativo. Esta norma si bien no fue aplicada por el Tribunal A quo, no puede considerarse como determinante de la parte dispositiva de la sentencia, puesto que la petición de los demandantes debió negarse por no ser posible la configuración del



silencio administrativo para la determinación del perjuicio y pago de la indemnización por responsabilidad objetiva extracontractual del Estado. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia por cuanto no se configuró el silencio administrativo con efectos positivos, pero corrige los errores de

derecho en los que incurre el Tribunal, en los términos de este fallo. Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator encargado, de la Sala Especializada de Contencioso Administrativo conforme acción de personal del Consejo de la Judicatura No. 3467-DNTH-NB de 02 de mayo de 2014. Sin costas.- **Notifiquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional (Voto Salvado). Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez.

# **VOTO SALVADO**

Resolución nro. 456-2014; Recurso nro. 439-2010

Juez ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATI-

**VO.-** Quito, 05 de junio de 2014.- Las 11h18. VISTOS: En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales que suscribimos, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resoluciones No. 1-2012 de 30 de enero del 2012, No. 4-2012 de 28 de marzo de 2012 y, No. 3-2013 de 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Integra este Tribunal de Casación la Dra. Tatiana Pérez Valencia, conforme el artículo 2, literal c), de la Resolución No. 7-2012 de 27 de junio de 2012 y la Resolución No. 10-2012 de 29 de agosto de 2012. El Conjuez Nacional que suscribe esta sentencia, Dr. Juan Montero Chávez, asume la competencia conforme el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de los oficios No. 1887-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y No. 2398-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, suscritos por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Estando la presente causa en estado de resolver, **y por no estar de acuerdo con** la sentencia de mayoría, conforme el Art. 204 del Código Orgánico de la Función Judicial,

**expido el siguiente voto salvado** en los siguientes términos:

#### PRIMERO:

1.1.- Por sentencia expedida el 8 de junio del 2010, 10h30, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio propuesto por Ernestina Rosalía Akintiua Chup, Arutam Cristóbal Akintiua Chup y José Salvador Akintiua Chup, en contra de la Policía Nacional; sustentados en el artículo 20 de la Constitución Política, artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado, y artículos 23, 24, 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por la muerte de su padre común Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, se resuelve inadmitir la demanda.

**1.2.-** Mediante auto de 18 de abril del 2011, 17h07, esta Sala Especializada admitió a trámite el recurso extraordinario de casación en los siguientes términos:

"TERCERA: El señor Arutam Cristóbal Akintiua Chup, invoca la causal primera, del artículo 3 de la Ley de Casación, y determina que en el fallo se registra falta de aplicación de los artículos 75; 132, numerales 1 y 2, 133, numerales 1 y 2; 424 inciso primero; 425 inciso primero; 427; 11 numerales 4, 5 y 6; y, 66 numeral 29, literal d) de la Constitución de la República 2008; 28 de la Ley de Modernización del Estado y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al amparo de la misma causal primera, acusa a





los jueces de instancia, de incurrir en indebida aplicación de los artículos 1, 209, 211, 212 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE...".

1.3.- La Policía Nacional dio contestación al recurso de casación a través del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la institución y delegado del Ministro del Interior, conforme consta a fojas 6 a 11 del expediente de casación. 1.3.1.- Consta a fojas 4 del expediente de casación, la razón de notificación efectuada el 19 de abril del 2011, al señor Procurador General del Estado, institución que no contestó el recurso de casación interpues-

**SEGUNDO:** En la sentencia impugnada se mencionan los antecedentes del proceso aquí tratado, y al efecto se dice que:

"Comparecen: ERNESTINA ROSALÍA AKIN-TIUA CHUP, ARUTAM CRISTÓBAL AKIN-TIUA CHUP, JOSÉ SALVADOR AKINTIUA CHUP, proponen demanda en contra de la Policía Nacional y solicitan se notifique al Procurador General del Estado. Manifiestan que el 25 de Febrero del 2003, la Corte Nacional de Justicia Policial mediante sentencia confirmó la dictada por la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional, en contra del subteniente Oscar Guerra Santana, Policías Nacionales Jesús Orlando Játiva Chamorro, Segundo Guamán Herrera, José Eloy Carrión Moreno, Carlos Moisés Punina Chipantiza y Ángel Rene Padilla Salas por el delito de homicidio simple cometido en contra de los señores Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y Germán Pedro Akintiua Chup, padre e hijo entre sí, respectivamente. En la sentencia de primera instancia se dejó constancia que: "los sindicados son miembros activos de la Policía Nacional y el hecho que se ha investigado procesalmente acaece cuando ellos cumplían funciones específicas policiales."

Fuimos hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, por lo que somos sus herederos. Conjuntamente con otros hermanos- Elias Lino, Griselda Georgina, Martha Lupe, Sadia Nancy, Mima Manuela y Tito Román, domiciliados en otras provincias, el 10 de mayo del 2004 ingresamos en la Comandancia General de la Policía Nacional una petición de indemnización por la muerte de nuestro padre común, Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, sustentada en la norma del Art. 20 de la Constitución, por las razones que en esa petición constan. En el documento

pedimos que la Policía Nacional nos pague una indemnización de un millón de dólares de Estados Unidos de América. El mismo 10 de mayo del 2004 pusimos en conocimiento del Presidente de la República el pedimento hecho por nosotros a la Policía Nacional y le remitimos una copia de aquel suscrita por nosotros.

Mediante oficio # 1298-CG de 25 de mayo del 2004, el Comandante General de la Policía Nacional, en respuesta al pedido mencionado en el numeral anterior, puso en conocimiento de nosotros y de los otros hermanos, a través del casillero judicial del abogado que patrocinó nuestro pedido de indemnización, una copia simple de un informe elaborado por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional, el cual en suma, niega el pedido porque, dice, es menester declaración judicial y, además, se remite a la disposición del artículo 31 del Código de Procedimiento Penal como la pertinente al caso.

De la copia certificada conferida por la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales de Quito, se desprende que el oficio de respuesta al cual se refiere el numeral anterior, fue enviado a esa dependencia el 4 de junio del 2004, fecha en la que fuimos notificados legalmente por medio del casillero judicial # 540. Que el 23 de junio del 2004 solicitamos al Comandante General de la Policía Nacional que dispusiera que se nos confiera el certificado al cual se refiere el inciso agregado al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Mediante oficio # 2004-1820-CG, de 09 de julio del 2004- recibido a través del casillero judicial, el 20 de julio del 2004 - el Comandante General de la Policía Nacional contestó el pedido anterior y se negó a certificar, según dice, porque no se produjo el silencio administrativo.

La respuesta de denegación de nuestra solicitud y la de nuestros otros hermanos- suscrita por el Comandante General de la Policía Nacional es ilegal, por cuanto ya había obrado el silencio administrativo positivo en nuestro favor, según la norma del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y por lo tanto, habiéndose concedido en nuestro favor la indemnización solicitada por disposición de la ley, mal podía una autoridad negar tal derecho. Ese silencio resalta por el hecho de que ante el pedido que hicimos para que el Comandante General de la Policía Nacional nos confiriese la certificación



sobre el término transcurrido, éste ha respondido negativamente. Debemos remarcar que esta certificación no es más que un pedido de prueba y ni siquiera indispensable para demostrar el silencio, ya que los días transcurren sin necesidad de certificación pública, y porque además, la ilegalidad posterior del actuar de la Policía Nacional al no conferirnos tal certificación lo probamos con el simple hecho de presentar la comunicación posterior tardía, morosa e inoportuna. De tal manera que hemos agotado esa vía solo con el afán de evitar cualquier sofisma que pretenda escudarse en trámites aleatorios, cuando el silencio, como lo ha dicho la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, no admite marginamiento alguno y ni siquiera está condicionado a las alegaciones que se hicieron con posterioridad al vencimiento del término que, en el presente caso, es de quince días.

Con estos antecedentes demandan a la Policía Nacional para que mediante sentencia nos indemnice en forma conjunta por la muerte de nuestro padre señor Ashanka Pedro Akintiua Nukai con la entrega de la suma de un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 1.000.000,00). La materia de la litis no se dirige a que se le reconozca su derecho a percibir una indemnización según el contenido del Art. 20 de la Constitución, sino que se ejecute el derecho ya conferido a través de un acto tácito, el silencio, y se conmine al pago. Añade que esta demanda se sustenta en las normas contenidas en los arts. 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado y 23, 24 y 30 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.". (Lo resaltado es nuestro).

# **TERCERO:**

**3.1.-** Sobre el tema del silencio administrativo positivo, y si operó o no el mismo respecto al pedido de indemnización solicitado por la familia Akintiua de USD. \$ 1'000.000,00 a la Policía Nacional, el Tribunal de instancia en su sentencia dice que:

"TERCERO.- El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado establece, en síntesis, que en el caso de que una petición, reclamo o recurso no sea respondido dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de su presentación, se estimará la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por lo que, se entenderá que "la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante". Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia nacional ha establecido que para la procedencia el silencio administrativo de efecto positivo al menos deben concurrir dos elementos, sin los cuales tal efecto no se produciría: a) Que la petición o reclamo haya sido presentada ante la autoridad competente; y, b) Que las pretensiones no sean contrarias a derecho, situación que podría verificarse al considerar que de emitirse un acto administrativo expreso y regular que aceptare el reclamo o solicitud éste pueda tener vicios que lo anulen.". (Lo resaltado es nuestro).

**3.2.-** Igualmente, en su contestación al recurso de casación dada por la Policía Nacional, dicha institución arguye que:

"Respecto a la legalidad de la pretensión de que a través de silencio administrativo se conceda indemnización de daños y perjuicios al establecer responsabilidad subsidiara del Estado en la actuación de los señores Subteniente de Policía Oscar Guerra Santana, y policías nacionales Jesús Orlando Játiva Chamorro, Segundo Guarnan Herrera, José Eloy Carrión Moreno, Carlos Moisés Punina quienes han sido declarado autores y responsables del delito de homicidio simple por la muerte de los señores Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y Germán Pedro Akintiua Chup, es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia en reiteradas resoluciones como la constante en resolución No. 47-06, publicada en Registro Oficial 253 de 19 de abril del 2006 ha establecido que uno de los límites al silencio administrativo positivo es que éste no contravenga al ordenamiento jurídico, es decir debe estar aceptado por la norma objetiva, en efecto se señala en la referida resolución, "...para que el silencio administrativo surta efectos jurídicos, aparte del cumplimiento de los requisitos formales que le son propios, es necesario que la pretensión del interesado tenga un fundamento jurídico-legal... los derechos subjetivos para su concreción requieren ser reconocidos por las normas objetivas, porque si el ordenamiento jurídico de un Estado no reconoce determinadas pretensiones o supuestas facultades, mal puede una persona (natural o jurídica) exigir que estas se le otorguen vía silencio administrativo..." (sic), ni las propias leyes que regulan el ordenamiento jurídico de la Policía Nacional, Ley Orgánica o Ley de Personal ni la Constitución de





la República o el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo no contemplan derecho indemnizatorio bajo los efectos de haberse generado silencio administrativo positivo.". (Lo resaltado es nuestro).

CUARTO: 4.1.- Este Tribunal de Casación

comparte los criterios expuestos tanto en la sentencia de instancia, como en la contestación al recurso de casación dada por la Policía Nacional, respecto que en el presente caso no operó el silencio administrativo positivo, dado que es evidente que no por que una persona o grupo de personas soliciten a una institución pública un determinado monto económico por indemnización, y si esta no les contesta dentro del término de 15 días, entonces "automáticamente" los peticionarios serían acreedores a cualquier monto solicitado, que en el presente caso ascendía a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (igualmente podría haberse solicitado cualquier otro valor superior o inferior al indicado). **4.2.**- Evidentemente para que el silencio administrativo positivo opere se requiere como condiciones inexcusables, que la petición sea justa, posible (que no ocasione nulidad alguna con su aceptación tácita), oportuna (solicitada a tiempo, y a la autoridad pública competente) y que no esté prohibida por la ley, pues únicamente cabría extraer consecuencias positivas o afirmativas del silencio administrativo cuando así lo establece una disposición expresa o cuando se trate de peticiones en que el interesado, al ser ya titular del poder para hacerlo, no tendría sentido atribuir valor negativo al silencio; el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley, y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares como resultado de la falta de diligencia de la administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce. 4.3.- Una indemnización económica por responsabilidad objetiva extracontractual del Estado no puede ser materia de silencio administrativo positivo, sino que debe ser declarada judicialmente, tanto en que ha acontecido como en el valor de su indemnización, siendo la única competente al efecto la jurisdicción contencioso administrativa, conforme claramente lo señalaba el ERJAFE en su artículo 212, y actualmente consta en el artículo 217 numerales 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

# **QUINTO:**

5.1.- Por otra parte, es necesario resaltar que en los casos de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, el plazo que tiene la administración para contestar un reclamo administrativo de indemnización no es el de 15 días señalado en el primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (LME) que dice:

"Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.".

Sino que la institución estatal tiene un plazo de tres meses para pronunciarse al efecto, tal como lo reconocía, y lo sigue reconociendo, el artículo 212 del ERJAFE, que disponía:

"Art. 212.- Acción judicial.- Si el órgano competente de la respectiva administración pública niega la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente."; y actualmente dice: "Art. 212.- Acción judicial.- Si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.".

**5.2.-** El plazo de 3 meses mencionado que señala el ERJAFE, a criterio de este Tribunal de



Casación es correcto, pues los casos de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado son de enorme dificultad teórica y práctica en lo que bien se ha llamado ya el nuevo "derecho de daños", casos en los cuales la administración pública, para analizar e investigar, con toda la seriedad debida como no puede ser de otra manera, dichas peticiones de los ciudadanos/as que se consideren afectados por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios/as y empleados/as públicos en el desempeño de sus cargos, necesita indudablemente un tiempo mayor al término de 15 días señalados en la LME; de hecho tal escueto término de 15 días, terminaría siendo contraproducente para los ciudadanos/as dado que, en la práctica las instituciones estatales que sean afectadas podrían verse avocadas (a efectos de cumplir un mero plazo) a negar sin más un pedido de esa naturaleza, sin investigar a profundidad ni analizar debidamente el pedido del ciudadano/a, siendo el plazo del tres meses del ERJAFE el adecuado en estos casos para que la administración se pronuncie motivadamente; plazo éste en que sí contestó la Policía Nacional mediante oficio # 1298-CG de 25 de mayo del 2004, suscrito por el Comandante General de la Policía Nacional, en el que negaba la pretensión de la familia Akintiua. **SEXTO:** 

**6.1.-** Este Tribunal de Casación considera que la sentencia de instancia incurre, en su considerando cuarto, en aplicación indebida de los artículos 209 y 211 del ERJAFE, al manifestar que:

"Procedimiento y formalidades que no se observaron en el presente caso, razón por la cual la Sala colige que en el supuesto en que el Comandante General de la Policía hubiere atendido favorablemente, mediante acto administrativo regular, la reclamación indemnizatoria, este hubiese estado viciado de nulidad, por la falta de citación al Procurador General del Estado en el reclamo administrativo y por cuanto los hechos que habrían generado el daño indemnizable habrían ocurrido el 5 de diciembre de 2000, por lo que la reclamación de 10 de mayo de 2004 es posterior a los tres años establecidos en esa norma.". 6.2.- Toda vez como bien dice el recurrente, en la fase administrativa:

"El artículo 209 del ERJAFE endilga esa responsabilidad a la autoridad administrativa que recibe la petición en pos del valor indemnizatorio, sin que esa omisión corresponda suplirla al solicitante a quien ejerza el derecho de petición. La letra c) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado faculta al procurador a "Supervisar los juicios..." y, claro está, una petición administrativa no es juicio. Las letras a), b) ye) del artículo 5 de esta ley, se refieren a controversias en la Función Judicial, a juicios, a procesos judiciales y a cortes tribunales y jueces, de tal manera que ustedes no podían exigirnos que nosotros "citásemos" al procurador general so pena que nuestra petición fuese calificada de nula.". (Lo resaltado es nuestro).

En artículo 209 del ERJAFE decía:

"De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a la administración pública central o institucional de la función ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.". (Lo resaltado es nuestro).

Efectivamente, la obligación de "poner en conocimiento" de la Procuraduría General del Estado la reclamación, no era una obligación procesal de los reclamantes, sino que era la institución pública sobre la cual recae el reclamo, esto es la Policía Nacional, quien debía comunicar tal particular a la PGE.

**6.2.1.-** Por otra parte queda claro que la Procuraduría General del Estado (PGE) si fue citada dentro del juicio contencioso, conforme consta a fojas 37 del expediente de instancia; y, que simplemente se limitó a comparecer señalando casillero judicial para notificaciones, conforme consta a fojas 58 del expediente de instancia. Llama la atención también, por la naturaleza de este caso y lo sucedido, que con relación al recurso extraordinario de casación a pesar de haber sido citada, conforme consta a fojas 4 del expediente de casación, la PGE no ha comparecido de manera alguna.

**SÉPTIMO:** Igualmente, la sentencia de instancia incurre en falta de aplicación del artículo 65





de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues el plazo de 3 años al que se refería el anterior artículo 211 del ERJAFE, que decía: "Art. 211.- Indemnización.- Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos y la acción de cobro prescribirá en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo.", fue derogado al ser éste artículo sustancialmente modificado en el Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre del 2007, que suprimió la frase "y la acción de cobro prescribirá en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo", aspecto de derecho adjetivo este que debió ser considerado por el Tribunal de instancia al sentenciar el 8 de junio del 2010 conforme los efectos de la ley que constan en el artículo 7 numeral 20 del Código Civil; por lo que el plazo que debe primar para que se demande la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, señalada en el anterior artículo 20 de la Constitución Política, y actual artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, no es de tres años, sino el de cinco años señalado en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que especifica que el término para demandar en la vía contencioso administrativa cuando sean otros casos, se lo podrá hacer hasta en el plazo de 5 años. En la presente causa el muy lamentable hecho que ocasionó el homicidio simple del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (y de su hijo), sucedió el 5 de diciembre del 2000, y la acción contencioso administrativa fue presentada el 30 de agosto del 2004, esto es dentro del plazo de cinco años indicado. **OCTAVO:** 

8.1.- Ahora bien, este Tribunal de Casación considera, que el hecho de que el silencio administrativo positivo en el presente caso no haya operado a favor de la petición "automática" de USD. \$ 1'000.000,00 a favor de la familia Akintiua, por un mal uso que ellos pretendieron hacer del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, de ninguna manera quiere decir, o puede implicar, que el artículo 20 de la Constitución Política anterior, o el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República actual, no les ampare de manera preferente y con aplicación directa; y ello a pesar de que ellos mismos han insistido en que su pretensión se circunscribía a una supuesta ejecución automática

de un supuesto acaecimiento de un silencio administrativo positivo, que como se ha explicado anteriormente nunca procedió.

**8.2.-** Las normas constitucionales referidas decía y dice:

Art. 20 de la anterior Constitución Política: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas **tendrán derecho de repetición** y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, **por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios.** La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.". (Lo resaltado es nuestro).

Art. 11 numeral 9 de la actual Constitución de la República: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.". (Lo resaltado es nuestro).



8.3.- La aplicación directa de la Constitución de la República es un tema muy delicado, y es el sistema judicial en su conjunto quien debe dar las pautas de dicha aplicación a través del desarrollo de la jurisprudencia, especialmente en los fallos del máximo órgano de justicia ordinaria, esto es, la Corte Nacional de Justicia; la cual debe, entre otros aspectos, ponderar entre la aplicación práctica de los principios y normas, condicionadas a las circunstancias del caso concreto para determinar la decisión adecuada; y es por ello que en el presente caso se considera que el mal uso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, debe ceder ante la aplicación práctica y real del artículo 20 de la Constitución Política anterior, o del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República actual; debiéndose tener en cuenta también la interpretación teleológica de los artículos constitucionales antes señalados, e incluso y de ser necesario, dependiendo de las circunstancias extraordinarias del caso concreto, se debe acudir a los criterios de los principios generales del derecho y a la equidad. El presente caso sometido a este Tribunal de Justicia, es en muchos aspectos un caso o circunstancia extraordinaria, debiendo tenerse en cuenta en el mismo también lo dispuesto en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República actual, que manda que en materia de derechos y garantías constitucionales los jueces y juezas deberán aplicar la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de la norma Constitucional, en el presente caso las normas constitucionales arriba indicadas; y resulta propicio para recordar y reiterar que la fuerza pública no puede hacer uso de las armas cuando todas las circunstancias están a su favor para controlar una situación dada; que la autoridad no es en su contenido social una "fuerza física"; que ciertamente el Estado a través de la institución policial puede utilizar dicha fuerza, pero dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad dentro del caso concreto, para impedir conductas antijurídicas que afecten al conglomerado social; pero los integrantes de la fuerza pública deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues el Estado no puede abandonar al ser humano, ni perseguirlo, ni torturarlo, ni asesinarlo, pues no puede olvidarse que su gran tarea institucional se centra en permitirle que se realice como persona, para lo cual indudablemente debe empezar como

requisito *sine qua non* garantizando el derecho a la inviolabilidad de la vida.

**8.3.1.-** Los miembros de este Tribunal son muy conscientes de la muy sacrificada labor, y responsabilidad, que conlleva el ser un/a Policía Nacional, quienes se ven abocados muchas veces a resolver situaciones de peligro a los cuáles los ciudadanos normalmente no están expuestos, e incluso deben usar sus armas de dotación oficial para repeler agresiones de hombres y mujeres con niveles criminológicos delictuales muy altos. La labor policial correcta, y que no excede irrazonablemente el principio de confianza que los ciudadanos/as todos depositamos en la fuerza policial, de que sabrán actuar en una situación dada dentro de los límites razonables y permitidos, es encomiable y agradecida profundamente por todos los ecuatorianos y ecuatorianas; pero igualmente excesos injustificados en tal labor, que como en el presente caso destrozó la vida de un ciudadano ecuatoriano (en realidad de dos, dado que no sólo falleció el padre sino el hijo), y sus familias, no pueden ser olvidados y deben ser juzgados en los diferentes ámbitos del derecho, sobre todo y ante todo para reparar (en algo) el tremendo dolor causado a unos inocentes, y sobre todo para que en la medida de lo posible tales terribles hechos no vuelvan a suceder o se eviten en la medida de lo humanamente posible, debiendo la institución policial como un todo, como en el caso que nos ocupa tomar las medidas necesarias para que hechos así no se produzcan en el futuro.

# **NOVENO:**

9.1.- A fojas 17 del expediente de instancia, consta el oficio 1298-CG de 25 de mayo del 2004, por el cual se contesta a la familia Akintiua con relación a su petición de indemnización, suscrito por el señor Comandante General de la Policía Nacional, que acoge el oficio No. 2004-1294-DNAJ-PN de 18 de mayo del 2004 emitido por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional, en el cuál se señala que:

"En conclusión, es necesario que tanto la declaración de responsabilidad del Estado cuanto el resarcimiento de dalos y perjuicios, restitución de derechos, el ejercicio del derecho de repetición originado por dolo o culpa grave del funcionario o empleado que ha causado responsabilidad del Estado, sean objeto de declaración judicial, conforme las normas constitucionales transcritas, con el objeto de asegurar certeza y pertinencia de las diversas situaciones jurídicas originadas.





Se hace necesario señalar que con respecto a la relación de daños y perjuicios la norma establecida en el Art. 31 del Código de Procedimiento Penal común, determina el camino o la forma como esta se debe ejercitar o hacer evidente:

'Art. 31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes: 1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción: a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el Presidente del Tribunal de garantías penales que dictó la sentencia condenatoria; b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales...'

Situaciones que deben observarse obligatoriamente con el fin de determinar la responsabilidad objetiva expuesta.

Por tratarse del ejercicio de un derecho, es necesario que este particular se haga conocer a los solicitantes.". (Lo resaltado es nuestro).

9.2.- ¿Es esto así?, es decir, como afirma la Policía Nacional, ¿es correcto considerar que el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal (CPP) constituye una especie de prejudicialidad para la aplicación del artículo 20 de la Constitución Política? (actual artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República). Este Tribunal de Casación considera que tales normas constitucionales sobre responsabilidad extracontractual objetiva del Estado constituyen un tema muy diferente a lo señalado en la norma procesal penal indicada, esto es definitivamente no se puede mezclar, ni confundir, la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado con el juicio de indemnización seguidos contra particulares como consecuencia de un delito. Hay una confusión jurídica en la contestación que da la Policía Nacional en el oficio No. 2004-1294-DNAJ-PN de 18 de mayo del 2004 mencionado en el considerando anterior; pues no se puede confundir la responsabilidad culposa subjetiva clásica de corte civil, que requiere para ser declarada que previamente se determine en la vía judicial (por delito o cuasidelito) el dolo o culpa de una persona/s en concreto, con la responsabilidad objetiva del Estado por responsabilidad extracontractual.

9.3.- Este Tribunal de Casación considera que el

tratamiento que se ha dado a la responsabilidad del Estado se caracteriza por una evolución progresiva que ha producido grandes cambios en el régimen de esa responsabilidad, pues como autorizada doctrina administrativa nos enseña, la teoría de la responsabilidad objetiva, esto es, por responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, encontró así justificación firme en varias ideas, por una parte se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicable a la responsabilidad administrativa; ni siquiera la teoría de los órganos.

La tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa. Como en muchos otros temas relacionados con la administración, comenzó a madurarse la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, por consiguiente, un tratamiento especial.

Que la responsabilidad del Estado en materias como la que ha originado esta controversia, no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles, ni penales, que regulan la responsabilidad subjetiva, sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y esos Derechos, dadas las materias que regulan, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. El Derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.

9.4.- Fue así como se implantó la teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública, o sus funcionarios, no ha actuado cuando debía hacerlo, o han actuado mal o tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil y penal, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.

Esta responsabilidad objetiva extracontractual del Estado está basada en la culpa, pero en una culpa



especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales, aquí se trata de una culpa objetiva o anónima, o culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores, pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquélla solo da lugar a responsabilidad subjetiva.

La culpa objetiva, como factor de imputación tiene otros fundamentos objetivos o títulos de atribución, como lo son: "el riesgo creado", "la posición de garante" personal o institucional, "la distribución de las cargas públicas", "la igualdad ante las cargas públicas", "la solidaridad", "la equidad", y otros. (ver Rodríguez R. Libardo, "Derecho Administrativo", 17 edición [1 ed., de 1981], Edit. Temis, Colombia, 2011, página 25, y capítulos 2 y 3, págs. 535 a 562.).

#### **DÉCIMO:**

10.1.- Igualmente, autorizada doctrina administrativa del catedrático Ramón Parada, al analizar la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, en su nueva conceptualización de la sustitución de la noción de culpa por la de lesión, nos enseña que: "Con arreglo al Derecho civil, no se responde de los daños que se hacen "sin querer", es decir, sin culpa. Por el contrario, en las relaciones entre la Administración y los particulares, la cuestión se presenta ahora en términos más simples, más objetivos, porque lo decisivo aquí es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño básicamente por la carencia o defectuosa prestación de éstos. Consecuentemente con estas ideas, el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio (faute de service), entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables... Todo ello desembocó en la situación actual, en que la responsabilidad administrativa en el Derecho francés, el más elaborado, descansa sobre el régimen de la responsabilidad con falta de servicio (faute de service) y en diversos regímenes de responsabilidad sin falta... En otras palabras, la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas

públicas. Dicha concepción se habría así alejado definitivamente de la influencia de los regímenes de responsabilidad, tanto civil como penal, en las que no hay responsabilidad sin culpable, sin dolo o culpa, sin que el autor lo haya querido o pretendido de alguna manera. No es preciso, pues, como exige para la responsabilidad entre particulares el art. 1.902 del Código Civil, que concurra "cualquier género de culpa o negligencia", porque es suficiente -como dice la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los **servicios públicos.** La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría)... pues en la responsabilidad administrativa "los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa"." (Parada, Ramón; Derecho Administrativo, parte general, tomo I, 18 ed., edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2010, pgs. 563-565).

- **10.2.-** Puede anotarse, como caracterís¬ticas generales esenciales de este concepto de responsabilidad administrativa objetiva, las siguientes:
- 1) El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial (en el presente caso, la vida de un ciudadano ecuatoriano).
- 2) Daño antijurídico que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar, como correcta y claramente señalaba y señala el artículo 211 del ERJAFE: "Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos...".
- 3) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a tener en cuenta dentro de la consideración de por qué se produjeron tales faltas o deficiencias del servicio público por parte del Estado, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios/as y empleados/as públicos en el desempeño de sus cargos, siendo particularmente relevante considerar las categorías que integran la teoría de la imputación objetiva:





- a) "el riesgo permitido", b) "el principio de confianza", c) "la posición de garante", d) "la acción a propio riesgo", e) "la prohibición de regreso", y f) "el fin de protección de la norma.". (Ver Gil Botero, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 5ta ed, Edit Temis, Bogotá-Colombia, 2011, páginas 63 a 75).
- 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudirse a la situación real que se dio y sus circunstancias; así como verificar la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

# **DÉCIMO PRIMERO:**

De la sentencia expedida por la Corte Nacional de Justicia Policial, el 25 de febrero del 2003, 10h00, que consta a fojas 69 a 70 del expediente de instancia, se comprobó que, entre otros aspectos:

11.1.- Que "en los cadáveres de Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y Germán Pedro Akintiua Chup, cuyas lesiones que les provocó hemorragia, choque hiperbolémico tuvieron como causas la penetración de objetos (proyectiles), a nivel facial, destruyendo la base del cráneo y el cerebro, ocasionando una muerte violenta.".

Es decir, se ocasionó un daño antijurídico, extrapatrimonial, al principal interés legítimo del ciudadano ecuatoriano y padre de familia señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (y de su hijo), que es conservar su vida. Indudablemente la vida de las personas está prácticamente por encima de cualquier otro derecho, y tiene una connotación que va más allá del Derecho positivo, y accede incluso a la categoría del Derecho natural consustancial al hecho mismo de ser persona.

11.2.- "Así mismo, la aseveración de los sindicados de que los ciudadanos Akintiua dispararon contra el policía nacional Játiva, quien se acercó al taxi donde ellos estaban, no tiene asidero legal cuando aceptamos el criterio del Tribunal inferior que anota: 'porque la misma (el arma), se encontraba envuelta en una casaca y colocada en el asiento posterior del vehículo lo cual implicaba un esfuerzo físico o demorado para virar el cuerpo, desempacar el arma de la casaca, accionarla, disparar y, estando Játiva frente a él, de haber disparado Pedro Akintiua, en el balance de las posibilidades hubiese herido o ultimado al policía Játiva' (fjs.46 vta. Cuaderno de la instancia inferior). Además, es entendible que la Po-

licía Nacional tiene la suficiente preparación para desarmar y evitar riesgos en su integridad que no lo tienen otras personas en el marco de los hechos y circunstancias aquí anotadas.-**QUINTO.-** Del proceso a criterio del juzgador se desprende que no existió el disparo de Akintiua contra el policía nacional Játiva... De allí que, al no existir el primer disparo por parte de los decesados, ora porque no está probado y sobre todo porque éstos, estaban acompañados por mujeres y menores familiares, es improbable por ser opuesto a la razón que, éste o éstos, ante un operativo policial use su arma cuando eran superados tanto numéricamente como en armas por los agentes de orden... violentando de esta forma la 'proporción y la necesidad inaplazable de la reacción ofensiva'. Cómo hablar y aceptar la legítima defensa, cuando María Chup en su instructiva (no desmentida), declara que a su esposo le dispararon de 'atrás' (fis. 1162). Bajo el principio de la legítima defensa, es inaceptable que se disparen varias armas no solo a la persona que la portaba sino también a su acompañante, el cual según consta en el juicio no portaba arma, es decir estada desarmado."

De lo que se desprende, que no hubo la causal de legítima defensa a favor de los miembros de la Policía Nacional involucrados, que conlleve que los dos fallecidos tenían que soportar el daño a ellos inflingido; y además que el nivel de riesgo en la situación mencionada no superó el riesgo permitido al cual los miembros de la Policía Nacional por motivos de su trabajo se ven expuestos.

# **DÉCIMO SEGUNDO:**

12.1.- De lo relatado en la sentencia de la Corte Nacional de Justicia Policial, se puede apreciar que el principio de confianza que la familia Akintiua depositó (como todos los ecuatorianos/as) en la Policía Nacional fue brutalmente defraudada por miembros de la misma en fun**ciones**, quienes con sus actuaciones de disparar, y matar, de manera indebida y totalmente injustificada al señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (y a su hijo), en tal aciago día del 5 de diciembre del 2000, comprometieron a la Policía Nacional como institución del Estado, quien tiene una "garantía institucional" para con la sociedad ecuatoriana en su conjunto, de que sus miembros (a quienes selecciona, califica, entrena, controla jerárquicamente, y dota de armas de fuego oficiales) no sobrepasen ciertos límites



que ponga en peligro los derechos, sobre todo constitucionales de los ciudadanos/as ecuatorianos/as.

12.2.- Sobre la garantía institucional, dentro de la posición de garante, autorizada doctrina administrativa nos enseña que: "En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales... Siguiendo una doctrina desarrollada por el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público... Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de la ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta. Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración... La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones...". (Lo resaltado es nuestro) (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 496 y 499).

12.3.- Igualmente, para mejor entender esta problemática, conviene citar también a Gil Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado, ibídem, pgs. 70 a 72, quien nos aclara que: "el tercer instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, y que permite ante todo solucionar los problemas causales a los que se enfrenta la omisión, corresponde a la posición de garante... así las cosas, la posición de garante puede ser: i) relacional también denominada organizacional o ii) institucional, en ambos casos impuesta por el ordenamiento jurídico... '2) pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que pro-

ceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestos al ciudadano para su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. V. gr., el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. 'Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.' (Gil Botero cita aquí al maestro Gunther Jakobs). (Lo resaltado es nuestro).

12.4.- Efectivamente, la Policía Nacional como institución básica de la estructura social, tiene un deber institucional positivo, de que sus miembros, como ya se dijo, a quienes selecciona, califica, entrena, controla jerárquicamente, y dota de armas de fuego oficiales, no sobrepasen ciertos límites inaceptables que ponga en peligro los derechos, sobre todo constitucionales de los ciudadanos/as ecuatorianos/as, como se ha dado en el presente caso con la familia Akintiua, con quienes en vez de protegerlos contra los peligros que los amenacen, más bien los generaron varios miembros de la institución policial en funciones, disparando sus armas de fuego sin necesidad circunstancial ni provocación alguna, de manera indebida e injustificada, contra los señores Ashanka Pedro Akintiua Nunkay y su hijo, en presencia de su propia familia, yéndose mucho más allá del riesgo permitido, defraudando la confianza legítima, violándose la posición de garantía institucional, y el fin mismo de protección de la norma bajo la cual se ampara todo el eje estructural y básico de la institución policial, la cual más allá de cualquier duda determina en los literales a), b), y k) del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, que son Funciones específicas de la Policía Nacional:





"a) Mantener la paz, el orden y la seguridad pública; b) Prevenir la comisión de delitos y participar en la investigación de las infracciones comunes utilizando los medios autorizados por la Ley, con el fin de asegurar una convivencia pacífica de los habitantes del territorio nacional; k) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, en especial los del menor, la mujer y la familia en sus bienes fundamentales, consagrados en la Constitución Política de la República, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por el Ecuador."

#### **DÉCIMO TERCERO:**

13.1.- Por otra parte, este Tribunal de casación, respecto al valor de la indemnización solicitada, esto es USD. \$ 1'000.000,00, considera se debe tener en cuenta que en el presente caso no estamos ante una situación de daños a una cosa material, sino sobre el daño irreversible a la vida causado a un padre (y a su hijo, simultáneamente), delante de su propia familia, y sin provocación y motivo por parte de ellos, en circunstancias donde ellos se trasladaban tranquilamente con miembros de su familia en un taxi por la carretera Macas Puyo el día 5 de diciembre del 2000. Estimación que queda sujeta a criterios judiciales siempre opinables, pero que es necesario en los mismos tener también siempre en cuenta que el daño a de concretarse en el patrimonio de la institución policial, sin ser una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar a través de sus impuestos; y, como la doctrina administrativa acertadamente menciona "en todo caso, después de admitir y justificar la posibilidad de que el Estado sea llamado a responder por el daño injusto derivado de la defraudación de la confianza legítima, con espíritu sereno y reflexivo aporta las siguientes cavilaciones: La responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, que impone una consideración y tratamiento muy prudente, puesto que los extremos -por exceso o por defecto- en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar graves perjuicios tanto para los particulares como para el propio patrimonio estatal. No se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retacee en su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia

real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. En este sentido, el Estado no es una pródiga empresa aseguradora de nuestros yerros aventurados (cuando no dolosos). Todos, los particulares y las empresas, debemos ser "maduros", responsables de nuestros actos y decisiones y saber asumir los riesgos y responsabilidades.". Sintetizando la argumentación precedente, podemos aseverar que la defrau-dación de la confianza se aparta de los fines en que se inspira el Estado social de derecho, comprometiendo la responsabilidad del aparato Estatal, pues este no ha sido instituido propiamente para convertir al administrado en un rey de burlas, sino más bien para procurar su bienestar y garantizarle la efectividad de todos los derechos y garantías que la Constitución y la ley le reconocen." (Valbuena Hernández, Gabriel; "La Defraudación de la Confianza Legítima" aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado; edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2008, pgs. 348-349).

13.2.- Efectivamente la responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, pues por un lado hay una responsabilidad objetiva de carácter extracontractual del Estado, de la cual evidentemente tiene que responderse conforme mandato constitucional, especialmente en un caso extremo como el aquí analizado; pero por otra parte tal indemnización a una persona o grupo de personas, no puede llegar al punto de que ésta se transforme, inversamente, en una carga insostenible no solo para la institución estatal que debe reconocer la indemnización, sino también, finalmente, para todo el conglomerado social que termina pagando tal indemnización de múltiples formas presupuestarias.

13.2.1.- Autorizada doctrina nos alerta también sobre esta posible anomalía: "Es tan amplio el cúmulo de funciones que el legislador encomienda a la Administración, y tales funciones son generadores de riesgos tan generalizados, que seguir profundizándose en la generosidad del sistema las partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerables porcentaje de los presupuestos generales de las administraciones públicas, impidiendo su empleo en la



mejora de los propios servicios causantes de los daños" (Gamero Casado, "El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual", actualidad jurídica Aranzadi, No. 426, España, 2000).

Por todo lo anteriormente expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:

1.- Casa la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dictada el 8 de junio del 2010 a las 10h30, por haber incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida de los artículos 209 y 211 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, e igualmente la sentencia de instancia incurre también en la causal primera mencionada por falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme se explicó en los considerandos sexto y séptimo.

2.- Conforme el artículo 16 de la Ley de Casación y lo dicho en los considerandos octavo a décimo tercero, por aplicación directa de los artículos 20 de la Constitución Política anterior, y 11 numerales 9 y 5 de la Constitución de la República actual, el Estado ecuatoriano, por la muerte del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, a través de la Policía Nacional, pagará por responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, la cantidad de USD. \$. 182.400,00, por todo concepto indemnizatorio de daño material e inmaterial, a todos los hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay.

2.1.- Para arribar a tal valor, este Tribunal de Casación ha tomado en cuenta que al fallecer el señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay tenía aproximadamente cincuenta y cinco años de edad (se ha tomado el punto medio entre la edad de sesenta años que señala la revista de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos "Derechos del Pueblo", edición No. 121 de febrero del 2001; y, la edad de cincuenta años que la edición del "Diario El Universo" de 18 de marzo del 2002, en su sección "sucesos" menciona); por lo que se decide considerar, como parámetro general de referencia

un salario y medio básico unificado para los trabajadores en general, esto es USD 510,00 por cada mes de vida que pudo haber tenido hasta cumplir los setenta y cinco años de edad, esto es aproximadamente 240 meses, lo que actualmente equivale USD \$. 122.400,00. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que el incidente fue presenciado por la esposa, la hija y la nieta, del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, por lo que dicha tragedia familiar alcanza unos niveles de sufrimiento muy altos que deben ser tomados en cuenta (además de que las tres mujeres contemplaron también el homicidio casi simultáneo del señor Arutam Cristóbal Akintiua Chup, cuando éste procedía a reclamar a los miembros de la Policía Nacional por el homicidio de su padre), por lo cual se fija una cantidad adicional de USD \$. 60.000,00 por el sufrimiento de las tres mujeres mencionadas.

3.- Aunque el recurso de casación, finalmente, sólo fue presentado por uno de los hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, esto es el señor Arutam Cristóbal Akintiua Chup, dado que este es un caso de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, en que están involucrados como titulares todos los herederos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, que son las personas que han sido afectadas por el homicidio, y visto todo el expediente, especialmente la petición de indemnización que realizaron los hijos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, el 10 de mayo del 2004 a la Comandancia General de la Policía Nacional, por la muerte de su padre común, sustentados en la norma del Art. 20 de la Constitución Política y otras, resulta correcto que la indemnización económica beneficie a todos quienes tienen igual derecho que el casacionista, esto es a todos los hijos/as del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay, (y que además también son hermanos del otro fallecido señor Germán Pedro Akintiua Chup quien del expediente se desprende que era soltero y no tuvo hijos/as).

4.- En el término de siete días posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la Comandancia General de la Policía Nacional, a nombre de la Policía Nacional, y por ende del Estado Ecuatoriano, recabará las partidas de nacimiento de todos los hijos/as vivos y muertos del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay (con excepción de la partida del señor Germán Pedro Akintiua Chup). Hecho lo cual, dividirá el valor de USD \$. 182.400,00





entre todos ellos; y, máximo en el término de 8 días posteriores al vencimiento del término anterior, entregará los cheques certificados correspondientes a cada uno de los beneficiarios.

- **4.1.-** Si entre los hijos/as vivos, hay alguno que sea menor de edad, entonces su indemnización la recibirán a su nombre su madre, o quien esté legalmente a su cargo.
- **4.2.-** Si algún hijo/a hubiese ya muerto, entonces será representado por sus hijos/as (esto es, son los nietos/as del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay), quienes recibirán a partes iguales la cuota de su causante; y si hay menores de edad entonces recibirá la parte correspondiente la madre o el padre vivo, o quien esté legalmente a su cargo. Si algún hijo/a hubiese fallecido sin descendencia, entonces su parte en la indemnización la recibirá sus ascendientes del grado más próximo, y el cónyuge de haberlo en partes iguales.
- 5.- Aparte de la indemnización señalada, y como una medida que la doctrina del Derecho de Daños conoce como "de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición" y para que el muy doloroso trance que pasó la familia Akintiua Chup
  no sea olvidado, y sirva para que en un futuro
  cercano o lejano ninguna familia ecuatoriana tenga que pasar -o se evite en la medida de lo posible- nuevamente por tal desgracia de perder injustamente a dos de sus miembros (padre e hijo)

en una operación que involucra a miembros de la Policía Nacional, el Comandante General de la Policía Nacional dispondrá que el caso del señor Ashanka Pedro Akintiua Nunkay sea estudiado, en alguna de las materias de la malla curricular académica, de todas las Escuelas de Formación de los nuevos policías nacionales que se estén formando para servir a la patria.

6.- En virtud de la disposición constitucional relacionada con el derecho de repetición, se conmina a la Procuraduría General del Estado, para que en el presente caso, recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición, conforme el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política anterior, ahora inciso tercero del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.

Actúa el Dr. Freddy Mañay Calo como Secretario Relator encargado de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, conforme acción de personal del Consejo de la Judicatura No. 3467-DNTH-NB de 2 de mayo del 2014. Sin costas. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.** 

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional.



Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



# 1

# Resolución nro. 170-2012 Juicio nro. 0037-2010

Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Alejandro Calderón Crespo, representante legal de la Empresa Gerardo Ortiz e hijos Cia. Ltda, en contra del Director Regional del (SRI) Litoral Sur.

# SÍNTESIS

El contribuyente presenta demanda de impugnación por deducción de gastos en varias glosas y solicita se deje sin efecto el Acta de Determinación 0920100100008 del impuesto a la renta del año 2006. El Tribunal de instancia da de baja la glosa por concepto de sueldos, salarios y demás remuneraciones, además; modifica y ratifica las demás glosas y resuelve declarar parcialmente con lugar la demanda de impugnación disponiendo que el contribuyente pague una cantidad por concepto del Impuesto a la renta del Ejercicio fiscal 2006 más los intereses de Ley. Se deja sin efecto jurídico las glosas que han sido desvirtuadas, así como el recargo del 20% que corresponde a un ejercicio económico anterior a su vigencia. La interposición del recurso de casación se basa en que carece de motivación por lo que el recurrente solicita se declare la nulidad de la sentencia. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia declara la nulidad de la sentencia y expide la sentencia de mérito que corresponde, analizando nuevamente todas las glosa.

## PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2010-0037

Juez ponente: Dr. Fernando Muga Jara

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL N.º
2 CON SEDE EN GUAYAQUIL TERCERA
SALA. Guayaquil, jueves 22 de diciembre del

2011, las 12h15.

VISTOS: Comparece Arturo Alejandro Calderón Crespo, por los derechos que representa de la compañía Gerardo Ortiz e hijos Cía. Ltda., para presentar demanda de impugnación en contra del DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS DEL LITORAL SUR, por el Acta de Determinación Tributaria nro. 0920100100008 que establece una diferencia a pagar a favor del fisco en concepto de impuesto a la renta del año 2006, expedida el 12 de enero del año 2010, quien expresa: 1. Que el 18 de enero del año 2010 le fue notificada el Acta de Determinación Tributaria nro. 0920100100008, en concepto de impuesto a la renta del año 2.006 2. Que durante la determinación tributaria, se transgredieron normas que regulan el debido proceso, en oposición a lo que dispone el art. 68 del Código

Tributario respecto al ejercicio de la facultad determinadora que es eminentemente reglada de manera que para establecer la base imponible debe aplicarse las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes al hecho imponible, por lo que la autoridad tributaria debe someter su actuación a lo dispuesto en el Capítulo 11 del Código Tributario en armonía con otras disposiciones jurídicas del Código Tributario, de la Ley de Régimen Tributario Interno y del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, que han sido vulneradas por la autoridad tributaria por falta de motivación y por indefensión de su representada. Que hay falta de motivación en el Acta de Determinación porque no constan los hechos que justifiquen las glosas, tal como dispone el art. 69 del Código Tributario. Tampoco se ha cumplido lo dispuesto en el art. 81 y 103 numeral 2 del Código Tributario, así como en el art. 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que establece que la



motivación solo puede entenderse como "la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre estas y aquellos", de tal suerte que la facultad de resolución de los órganos administrativos no produzca indefensión al administrado. "Que en principio todo acto administrativo debe ser motivado y que la falta de motivación; implica, no solo vicio de forma, sino también y principalmente, VICIO DE ARBITRA-RIEDAD, que el Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de fecha 12 de julio de 2004, dentro del juicio nro. 9881-2003-MP, resolvió en el CONSIDERANDO TERCERO: "El numeral 13 del art. 24 de la Constitución de la República, ordena: "las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se anunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se aplicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente."; disposición constitucional que concuerda con el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, la cual también exige la motivación en las resoluciones administrativas. La motivación es una institución jurídica tutelar de los derechos ciudadanos; por tanto no solo constituye una garantía al debido proceso sino una obligación ineludible de las autoridades administrativas. Siendo el Ecuador un Estado Social de Derecho el cual se caracteriza por los principios de juridicidad, responsabilidad y control que obliga a su aparato orgánico a actuar sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico con el propósito de evitar el abuso o la arbitrariedad; surge la exigencia de la motivación como un requisito esencial para dar valor a la decisión administrativa. Motivación que además permite al administrado conocer la opinión, los juicios de valor que respecto a la verdad material tiene la autoridad y la manera como se adecuan las normas jurídicas a tales antecedentes que como es obvio, han de ser el sustento para la decisión pública; cumple entonces con garantizar el derecho de información, así como el de oponibilidad permitiendo que el administrado pueda, conociendo las razones administrativas impugnar fundadamente la resolución que considere le perjudica. Por ello la deficiente motivación que equivale a ausencia de la misma o la falta misma de su existencia efectiva en la resolución, restringe el derecho de defensa de los ciudadanos". Que se produjo indefensión en perjuicio del debido proceso en las actuaciones de la autoridad

tributaria porque durante el proceso de determinación, se agregaron nuevos cargos como fundamentos del Acta de Determinación, diferentes a los del Acta Borrador, los mismos que estando fuera del plazo probatorio, impidieron ejercer el derecho a la defensa, esto es, a impugnarlos en fase administrativa, vulnerando el marco legal que delimita la determinación tributaria, lo que es fuente de invalidez del acto administrativo. De lo manifestado queda claro que todos los actos emanados de los órganos de la Administración Pública, además de ser motivados deben cumplir con las formalidades obligatorias que revisten de legalidad al acto administrativo. En tal virtud la determinación tributaria por parte del sujeto activo debe contener los fundamentos de hecho y los presupuestos jurídicos que sustenten tales actos o resoluciones. El acto administrativo, debe estar sustentado en hechos ciertos y concretos aplicables al negocio al momento de emitirse, de lo contrario, estaría viciado por falta de causa o motivo (sustento de hecho). 3. Que con estos precedentes ha concurrido ante la Administración de Justicia a solicitar la reparación de los derechos conculcados a su representada, en base a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho. PRIMERO: Ilegalidad de la glosa en el casillero 724: "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones", por tratarse de gastos que se sustentan con los comprobantes que cumplen los requisitos legales y reglamentarios vigentes en el año 2006, cuya deducción se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamente de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, así como el artículo 16 del Código Tributario (actualmente 17), concordante con el art. 188 y art. 185 del Código del Trabajo; y, art. 11 de la Ley de Seguridad Social. **SEGUNDO:** Ilegalidad de la glosa, en el casillero 725: "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones a través de tercerizadoras", por valor de \$1,856.723,99 por falta de sustento de hecho. Debido a que corresponden a gastos que están debidamente respaldados en la contabilidad con documentos que cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, que corresponden al giro ordinario del negocio, y son necesarios para generar los ingresos gravados. Expresa además que todos estos gastos son deducibles de acuerdo al art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario





Interno y que la glosa configura también la transgresión del artículo 16 del Código Tributario (actualmente 17), por cuanto los pagos realizados en este rubro corresponden a gastos por remuneraciones cuya deducción es legítima conforme a las normas legales antes citadas, así como a las siguientes: La Ley de Seguridad Social en el art. 11 que define como "Materia Gravada" para el aporte al IESS, a los ingresos regulares, susceptibles de apreciación pecuniaria, percibidos por el empleado por la realización de su actividad personal o los que tengan carácter de normal en la industria o servicio. Adicionalmente, el mismo art. 11 de la LSSO, en su párrafo segundo, define lo que se entenderá como sueldo o salario mínimo de aportación, que lo constituye el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y decimosexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio. Señala que en el caso de que el pago de estas bonificaciones sea por única vez, resulta incomprensible y arbitrario considerarlas como normales e incluirlas dentro de la base de aportación al IESS. Razón de esto, es que las indemnizaciones por despido intempestivo, así como las bonificaciones por desahucio, no se incluyen dentro de la base de aportación al IESS, por ser pagadas por única vez al empleado y como un resarcimiento al mismo, que es exactamente el caso de estos pagos. Continúa expresando que estas bonificaciones fueron consideradas dentro de la base de cálculo del Impuesto a la Renta en las liquidaciones de haberes. Que de acuerdo a la Ley de la Materia únicamente estarán exentos del pago del mismo, las indemnizaciones y bonificaciones por desahucio percibidas por el trabajador, según el art. 188 y art. 185 del Código del Trabajo. Que existe sentencia favorable respecto a la deducción de gastos por estos rubros dentro del juicio nro. 7189-4736-07 que fue dictada el 25 de septiembre del 2008 por el Tribunal de lo Fiscal. Agrega que otras disposiciones legales del Código Tributario que sustentan la deducción de las indemnizaciones por despido intempestivo, así como las bonificaciones por

desahucio son: El artículo 96 numeral 1. Deberes formales de los contribuyentes o responsables que señala: "Son deberes formales de los contribuyentes o responsables literal c) Llevar los libros y registros contables relacionados con la correspondiente actividad económica, en idioma castellano; anotar, en moneda nacional, sus operaciones o transacciones y conservar tales libros y registros, mientras la obligación tributaria no esté prescrita". El artículo 101.- Deberes sustanciales de la Administración Tributaria: <u>numeral dos:</u> "expedir los actos determinativos de obligación tributaria, debidamente motivados; con expresión de la documentación que los respalde, y consignar por escrito los resultados favorables o desfavorables de las verificaciones que realice"; en su numeral tres: "recibir toda petición o reclamo, inclusive el de pago indebido, que presenten los contribuyentes, responsables o terceros que tengan interés en la aplicación de la Ley Tributaria y tramitarlo de acuerdo a la Ley y a los Reglamentos"; numeral cinco: "expedir resolución motivada en el tiempo que corresponda, en las peticiones, reclamos, recursos o consultas que presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de la administración. El art. 139.- Invalidez de los actos administrativos que indica: Los actos administrativos serán nulos y la autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos: número 2. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo. TERCERO: Ilegalidad de la glosa en la cuenta: Beneficios Sociales e Indemnizaciones, casillero 727, por valor de \$ 48.169,22 por falta de sustento de hecho, porque los comprobantes justificativos de estos gastos, constan registrados contablemente y los comprobantes de sustento cumplen los requisitos legales y reglamentarios vigentes a la época, por lo que son deducibles de acuerdo con el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. CUAR-TO: Ilegalidad de la glosa en el casillero 729: Beneficios Sociales e Indemnizaciones, Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales por valor de \$ 42.405,69, porque los cargos en este casillero corresponden a gastos que han sido realmente efectuados, que corresponden al giro ordinario



del negocio y constan debidamente respaldados en la contabilidad con documentos que cumplen los requisitos legales y reglamentarios por lo que de acuerdo con el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley del Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno son deducibles. QUINTO: Ilegalidad de la glosa en la cuenta "Mantenimiento y Reparaciones", casillero 732, por valor de USD \$ 1.582.987,73, por carecer de sustento de hecho, porque los gastos registrados en este rubro están respaldados con los comprobantes justificativos que cumplen los requisitos legales y reglamentarios de acuerdo al art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Agrega que todos los pagos por Mantenimiento y Reparaciones, corresponden al giro ordinario del negocio y han sido efectivamente realizados. Señala además que esta glosa configura la transgresión de las disposiciones contenidas en los arts. 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención así como del art. 23 y art. 31 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Otras disposiciones legales del Código Tributario que sustentan la deducción aplicada en el casillero 732, son: **a**) Artículo 96 numeral 1 literal c), sobre la obligación de llevar los libros y registros contables, y art. 139 referente a la invalidez de los actos administrativos. **b)** Artículo 101, numerales 2, 3 y 5, sobre los deberes sustanciales de la administración tributaria, agregando que ante la existencia irrefutable de los comprobantes justificativos, la glosa es improcedente por falta de sustento de hecho. **SEXTO:** Ilegalidad de la glosa Seguros y Reaseguros (Primas y Cesiones) casillero 741, por falta de sustento de hecho por valor de \$23.721,79, porque los pagos sobre seguros y reaseguros consignados en este casillero están registrados contablemente y se sustentan en documentos legítimos que reúnen los requisitos que establecen los artículos 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención en la Fuente, y son deducibles de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Expresa también que otras disposiciones legales que sustentan la deducción aplicada en el casillero 741 son los artículos 96 numeral 1, art. 101; y, art. 139 del

Código Tributario, referentes a la invalidez de los actos administrativos. Agrega que se vulnera las disposiciones contenidas en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención así como en el art. 23 y art. 31 del reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. SÉPTIMO: Ilegalidad de la glosa en la cuenta "Transporte" en el casillero 743, por falta de sustento de hecho por valor de \$443.480,31. Porque son gastos que corresponden al giro ordinario del negocio, necesarios para generar los ingresos gravados y están debidamente respaldados en la contabilidad con documentos que reúnen los requisiestablecidos en el Reglamento Comprobantes de Venta y Retención así como del art. 23 y art. 31 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario, los que además corresponden al giro ordinario del negocio. Que su deducción es correcta de acuerdo con el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. OCTAVO: Ilegalidad de la glosa en la cuenta: Depreciación de Activos Fijos (Casillero 749) por falta de sustento porque los cargos en la cuenta depreciación por valor de \$9.823,77 están debidamente justificados con la documentación contable pertinente. **NOVENO:** Ilegalidad de la glosa en la cuenta "Otros Gastos Locales" casillero 761 por valor de \$975.066,00, porque se trata de gastos legalmente efectuados en concepto de: Gastos de Representación, Gastos de Viaje, Movilizaciones, Almacenaje-Manipuleo, Comisiones por Garantías Aduaneras, Custodias de Importaciones, Gastos Legales, etc. que constan registrados contablemente, sustentados con documentos que reúnen los requisitos de impresión que establecen los artículos 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención en la Fuente. Que por otra parte corresponden al giro ordinario del negocio, cuya deducción se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Que el desconocimiento de gastos legítimos, debidamente sustentados, configura la transgresión del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención y en el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario en el art. 23, art. 31 y art. 26 numeral 7, así como del artículo 18, art. 87 y art. 116 del mismo cuerpo legal. Finaliza planteando la pretensión





concreta esto es que se deje sin efecto y sin valor alguno las glosas establecidas en el Acta de Determinación nro. 0920100100008. Admitida al trámite la demanda, comparece el Ing. Johnny Alcívar Zavala en su calidad de Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, a contestar la demanda de impugnación formulada por la empresa: Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., quien manifiesta. Que dentro del proceso de determinación, se procedió a establecer las glosas definitivas del impuesto a la renta del año 2006 mediante Acta de Determinación nro. 0920100100008 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006. Que de conformidad con el mandato del artículo 82 del Código Tributario y art. 124 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los actos administrativos tributarios gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, motivo por el cual deben ser cumplidos. 1. Que niega los fundamentos de hecho y de derecho planteados. Que no ha existido muestra alguna de la existencia de cualquier violación minúscula al debido proceso y al derecho a la defensa del contribuyente, conforme consta en el Acta de Determinación impugnada, y se desprende de la documentación que forma parte del expediente administrativo de marras. Que el contribuyente no indica ni siquiera a grosso modo de qué manera se concretó la supuesta violación al debido proceso dentro de la determinación tributaria por lo que esta afirmación debe rechazarse de inmediato. 2. Sobre la motivación, cita el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral 7 sobre "El derecho de las personas a la defensa", y el numeral 4 del art. 130 del Código Orgánico Función Judicial, cita la Resolución nro. 0055-2006-RA, Tercera Sala, (R.O. 139-S, 1-VIII-2007) del ex Tribunal Constitucional y transcribe la parte referente a la motivación que deben reunir las resoluciones judiciales. Que se ha cumplido en estricto sentido el artículo 81 del Código Tributario, con el requisito de motivación previsto en la normativa constitucional y tributaria. 3. En la glosa: sueldos y salarios y demás remuneraciones, se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho del Acta de Determinación. Que el art. 10 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno referente a las deducciones así como el art. 21 que determina los gastos generales deducibles, y la Ley de Seguridad Social en su art. 11, dan sustento a la glosa. Cita además el art. 14 de la misma Ley, y transcribe las

exenciones, sobre los pagos que no constituyen materia gravada. Expresa que el art. 73 de la Ley de Seguridad Social establece la obligación de afiliar al trabajador. Señala que el art. 105 del Código de Trabajo, dispone la comprobación de la recepción de utilidades por el trabajador. Que las planillas de aporte al IESS fueron el único sustento que presentó el sujeto pasivo para soportar el monto al cual asciende el casillero 724. Además, respecto a las bonificaciones voluntarias referidas señala que no se ha entregado información que las sustente. Y por lo anteriormente relatado, procede a ratificar la glosa por US\$ 1.499,48 (un mil cuatrocientos noventa y nueve 48/100 dólares de los Estados Unidos de América), establecida por "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones". 4. En la glosa: "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones a través de Tercerizadoras", señala que los fundamentos planteados en la demanda no son pertinentes ni aplicables al asunto materia de controversia. 5. En la Glosa: "Beneficios Sociales e Indemnizaciones, Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales", expresa que la documentación presentada por la actora no sustentó valor alguno. 6. En la glosa: "Mantenimiento y Reparaciones" sostiene que el art. 31 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus reformas, citado en el numeral 3.7.1 y que habla sobre los registros contables y sus respaldos, normas que han sido incumplidas por el contribuyente, al no contar con documentación soporte que acate estas disposiciones. 7. En la glosa: Seguros y Reaseguros por valor de USD \$ 23.721,79 (veinte y tres mil setecientos veinte y uno con 79/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) expresa que se estableció por documentación soporte no proporcionada. 8. En la glosa: "Transporte" casillero 743 por: USD \$ 443.480,31 señala que se estableció por información no proporcionada. 9. En la glosa: depreciación de activos fijos por US\$ 9.823,777 (nueve mil ochocientos veinte y tres con 77/100), expresa que obedece a documentación soporte no proporcionada. 10. En la glosa: otros gastos locales. Expresa que la Administración Tributaria procede a glosar el valor de USD \$ 975.066,00 (novecientos setenta y cinco mil sesenta y seis con 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) establecida por documentación no proporcionada. Agrega que en todos los actos ejecutados por el Servicio de Rentas Internas se vela por los derechos de los contribuyentes y controla su



observancia a las obligaciones tributarias correspondientes en estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que rigen su labor, y finaliza solicitando se deseche la demanda y se ratifique el contenido del acto materia del presente juicio, por haber sido expedida conforme a la normativa jurídica vigente. Trabada la litis se concedió a las partes el correspondiente término de prueba, practicándose las peticionadas por los litigantes, a cuya finalización se pidieron los autos para resolver; y, siendo este el estado de la causa para hacerlo se considera: PRIMERO: La competencia para conocer la demanda de impugnación por parte de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, está dada por el art. 220 (ex 234) numeral 6) del Código Tributario; y en cuanto a esta Sala la competencia está dada por razón del resorteo efectuado por la Delegación Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura de fecha 28 de enero de 2009, correspondiendo a esta Tercera Sala el conocimiento de esta controversia. SE-**GUNDO:** No hay nulidad que declarar por omisión de solemnidad o vicio en el procedimiento que pudiera afectar este proceso. TERCERO: En la demanda el actor plantea su pretensión que ha de ser materia principal de la controversia en cuanto a que se desechen las glosas en las cuentas "Sueldos, Salarios y demás remuneraciones" casillero 724, "Sueldos, Salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras" casillero 725, "Beneficios Sociales e Indemnizaciones" casillero 727, "Beneficios Sociales e Indemnizaciones, Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales" casillero 729, "Mantenimiento y Reparaciones", casillero 732, "Seguros y Reaseguros (Primas y Cesiones)" casillero 741, "Transporte" casillero 743, "Depreciación de Activos Fijos" casillero 749 "Otros Gastos Locales" casillero 761, y se deje sin efecto Acta de Determinación 0920100100008, del impuesto a la renta del año 2006. Se procede al análisis de lo siguiente: a) Que el artículo 272 de la Codificación del Código Tributario en vigencia, establece que al tiempo de dictar la sentencia "el Tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la resolución, y declarará tal nulidad siempre que los vicios que la motiven hubieren influido en la decisión del asunto" b) Que de conformidad con lo establecido en el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, a todos los contribuyentes les está permitido imputar los costos y gastos que se generan para la obtención de ingresos, y estos rubros que son

deducibles, además se encuentran detallados en los arts. 20 y 21 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno vigente en la época de la controversia, esto es al año 2006. Dentro del proceso la parte demandada alega que durante la determinación tributaria se estableció las glosas definitivas del impuesto a la renta del año 2006, mediante el Acta de Determinación impugnada por falta de documentación que justifique los gastos en varias cuentas de resultado. Que no reconoció gastos en las cuentas: sueldos y salarios y demás remuneraciones; cuenta "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones a través de Tercerizadoras"; cuenta "Beneficios Sociales e Indemnizaciones, Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales", así como en la cuenta mantenimiento y reparaciones; seguros y reaseguros; transporte; depreciación de activos fijos y otros gastos locales por documentación no proporcionada. A este respecto es menester hacer hincapié el Acta de Determinación nro. 0920100100008, en la página 28 de 51, expresa: "La Administración Tributaria indica que las planillas de aporte al IESS y facturas fueron el único sustento que presentó el sujeto pasivo para soportar el monto consignado en el casillero 725 y que por lo anteriormente relatado, se procede a glosar USD \$ 1.856.723,99 (un millón ochocientos cincuenta y seis mil setecientos veintitrés con 99/100 dólares de los Estados Unidos de América), establecida por "Sueldos, salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras", por información no proporcionada por el contribuyente. La Ley de Seguridad Social dispone en el "art. 11.-Materia gravada.- Para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal, en cada una de las categorías ocupacionales definidas en el art. 9 de esta Ley. En caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, décimo quinto sueldo prorrateado mensualmente y décimo sexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, sobre sueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo,





uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio". En este sentido las bonificaciones que se paguen a los trabajadores por única vez no constituyen un pago normal, ni regular. Las indemnizaciones por despido intempestivo, así como las bonificaciones por desahucio, tampoco son pagos regulares y no constituyen base para la aportación al IESS. El art. 185 del Código de Trabajo establece en la parte pertinente: "Bonificaciones por desahucio.- En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio solicitado por el empleador o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador", en tanto que el art. 188 del mismo Cuerpo Legal indica: "Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración. La fracción de un año se considerará como año completo. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base a la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del art. 185 de este Código. Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año. En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código. Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje". La Ley de Régimen Tributario Interno establece la normativa aplicable a la depuración de los ingresos cuando señala en el art. 10 referente a las deducciones, que en general, para determinar la base imponible sujeta este impuesto se deducirán los

gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: Numeral 1. Los costos y gastos imputables al ingreso. **CUARTO:** De otra parte, el Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno en el art. 21 numerales 1 y 5 dispone: "Art. 21.- Gastos generales deducibles.- Bajo las condiciones descritas en el artículo precedente y siempre que no hubieren sido aplicados al costo de producción, son deducibles los gastos previstos por la Ley de Régimen Tributario Interno, en los términos señalados en ella y en este Reglamento, tales como: Número: 1. Remuneraciones y beneficios sociales: literal b) Los beneficios sociales pagados a los trabajadores o en beneficio de ellos, en concepto de vacaciones, enfermedad, educación, capacitación, servicios médicos, uniformes y otras prestaciones sociales establecidas en la ley, en contratos individuales o colectivo, actas transaccionales o sentencias ejecutoriadas; literal e) Las indemnizaciones laborales. Número: 5. Reparaciones y mantenimiento: literal a) Los costos y gastos pagados en concepto de reparación y mantenimiento de edificios, muebles, equipos, vehículos e instalaciones que integren los activos del negocio y se utilicen exclusivamente para su operación, excepto aquellos que signifiquen rehabilitación o mejora. Por lo que para que sean deducibles, los comprobantes deben reunir los requisitos legales y reglamentarios pertinentes. QUINTO: El artículo 16 del Código Tributario vigente a la época (actualmente 17), dispone: "Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados". A continuación en su inciso segundo indica: "Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen." Por lo que además de cumplir los requisitos de forma establecidos en los Reglamentos, los gastos para que sean deducibles, deben corresponder al giro ordinario del negocio, esto es que sean necesarios para producir los ingresos gravados. Acorde a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en el numeral primero y en el numeral 14,



así como en el art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno los gastos ocasionados bajo estas consideraciones son reales perfectos y deducibles en el sistema impositivo ecuatoriano más aún cuando de conformidad con lo que establece el art. 16 de la ley de Régimen Tributario Interno, la base imponible está constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones, imputables a tales ingresos. **SEXTO:** La parte actora ha hecho alegaciones en cuanto a que se han violado sus derechos constitucionales y dentro de lo que constituye sus operaciones de negocio se han transgredido las normas de carácter tributario en tanto que los artículos 20 y 21 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno determinan los costos y gastos deducibles. Siendo la materia de controversia la negativa por parte del Servicio de Rentas Internas de aceptar como gastos los valores deducidos en las siguientes cuentas: Sueldos, Salarios y demás remuneraciones del casillero 724, Sueldos, Salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras del casillero 725, beneficios sociales e indemnizaciones del casillero 727, beneficios sociales e indemnizaciones, honorarios, comisiones y dietas a personas naturales del casillero 729, mantenimiento y reparaciones del casillero 732, seguros y reaseguros del casillero 741, transporte del casillero 743, depreciación de activos fijos del casillero 749; y, otros gastos locales del casillero 761. **SÉPTIMO:** Dentro del término de prueba una vez notificadas legalmente, comparecieron las partes y habiendo solicitado diligencias de exhibición de documentos sobre los puntos de controversia, éstas se llevaron a efecto en dos ocasiones. La primera diligencia se realizó el día 22 de septiembre del año 2010 en las oficinas de la empresa Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., en la que se presentó abundante documentación, principalmente facturas, comprobantes de egresos de bancos, comprobantes de retención en la fuente, roles de pago y demás documentos probatorios sobre los gastos glosados habiendo designado peritos para que realicen las experticias necesarias. Posteriormente, el día 7 de octubre del año 2010 se realizó la segunda diligencia de verificación sobre los documentos del expediente administrativo en las oficinas del Servicio de Rentas Internas, con la designación nuevamente de peritos para que absuelvan los pliegos de preguntas, en

lo atinente a las glosas del Acta de Determinación nro. 0920100100008 que es materia procesal. Constan agregados al proceso el informe de la Ec. Ginger Jiménez Panchana, perito insinuada por la Autoridad tributaria, que en lo principal ratifica las glosas contenidas en el Acta de Determinación nro. 0920100100008. Consta también el informe del perito Ec. Germán Silva, con 5 Anexos y 5.750 fojas autenticadas más el rol de pagos con 752 suscriptores incorporados al expediente. **OCTAVO:** Del análisis efectuado, de las pruebas que obran del proceso, se concluye: 1) SUELDOS, SALA-RIOS y DEMÁS REMUNERACIONES - CA-SILLERO 724.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HI-JOS CIA. LTDA. Por concepto de sueldos, salarios y demás remuneraciones por el valor de USD\$ 1.499,48, la parte actora consignó en el casillero 724 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 195.739,48, el Servicio de Rentas Internas luego de revisar las planillas de aportes al IESS, y al confrontarla con el valor declarado por el contribuyente en su declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, se detectó una diferencia no aportada al IESS de USD \$1.499,48. Respecto al tema la parte actora argumenta en su escrito de demanda que el contribuyente ha efectuado pagos por concepto de "bonificaciones" entregadas a trabajadores por diversos conceptos y por lo tanto no rubros que no constituyen materia gravada para la aportación al IESS de acuerdo a lo que establece el art. 11 de la Ley de Seguridad Social. La Sala reconoce y comparte el argumento jurídico que no todos los rubros pagados al trabajador son objeto de aporte a la Seguridad Social, así que esto no debe ser considerado el único motivo para argumentar la glosa, y como se constata mediante lectura del punto 3.7.2 del Acta de Determinación impugnada, la administración tributaria observó roles de pago por el valor de USD \$195.998,83, un valor incluso mayor al consignado por el contribuyente en su declaración anual de impuesto a la renta, en tal sentido la Sala procede a dar de baja la glosa por concepto de sueldos, salarios y demás remuneraciones - casillero 724, en el valor de USD\$ 1.499,48. 2) SUELDOS, SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES A TRAVÉS DE TERCE-RIZADORAS - CASILLERO 725.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERAR-DO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA. Por concepto de sueldos, salarios a través de tercerizadoras por el





valor de USD\$ 1.856.723,99, la parte actora consignó en el casillero 725 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 6.556.733,60, sobre los cuales el contribuyente justificó mediante las planillas de aportes al IESS el valor de USD\$ 4.700.009,61, por lo que la Administración Tributaria glosó la diferencia por motivo de que no proporcionó información sobre USD\$ 1.856.723,99. La parte actora mediante escrito de demanda sostiene que se han realizado pagos por con concepto de INDEMNI-ZACIONES por despido intempestivo, así como bonificaciones por desahucio, rubros que no se incluyen dentro de la base de aportación al IESS, sin embargo, indican que sí consideraron dichos valores como base para el cálculo del impuesto a la renta de los referidos empleados. De fojas 226 a 251 del proceso se observan roles de bonificaciones especiales las cuales suman la cantidad de USD\$ 1.495.397,52, adicionalmente se observa de fojas 290 a 1712 de los autos, fotocopias autenticadas de los cheques con los que se realizaron los pagos de los valores consignados en el casillero 725, al igual que en el análisis de la glosa anterior la Sala mantiene el criterio jurídico que no todos los rubros pagados al trabajador son objeto de aporte a la Seguridad Social, tal como lo estipula el art. 11 de la Ley de Seguridad Social, así que esto no debe ser considerado el único motivo para argumentar la glosa. Consta en el proceso, la copia notariada de la Resolución dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso nro. 421-2009, dictada el 3 de marzo del 2011, que en el numeral noveno de la parte expositiva expresa en la parte pertinente: "NOVENO.- En cuanto a la impugnación que se hace por haber dejado sin efecto, las glosas levantadas por "remuneraciones y bonificaciones a ejecutivos", en la que según el recurrente no se ha aplicado el art. 11 de la Ley de Seguridad Social Obligatoria, que especifica los ítems sobre los que se debe contribuir al seguro social obligatorio, esta Sala considera que es un asunto de puro derecho, que al haber sido resuelto por la Sala a quo y ha sido motivo de casación, puede pronunciarse sobre su aplicación indebida; al respecto, resalta la última parte de dicho artículo que, manifiesta claramente que, deben contribuir "cualquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio advirtiendo, que tal disposición fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 465 del 30 de noviembre de 2001, es decir

del mismo ejercicio económico que se discute en este proceso y faltando un mes para su culminación. Esta Sala al respecto, se ha pronunciado en el sentido de que es necesario definir si las remuneraciones entregadas por la Empresa actora a sus empleados, fueron "normales" o lo que ello lleva implícito, esto es, que sea permanente, fijo y ordinario en relación a la actividad de la Empresa, o si por el contrario su carácter de extraordinario y fuera de lo normal, le permitían (en ese año exclusivamente), encasillarlo en la excepción. Es necesario, por otra parte, dejar anotado que, el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, no puede prevalecer sobre lo señalado en el art. 11 ya referido y menos sobre el art. 95 del Código del Trabajo que identifica los rubros que han de considerarse para el pago de las indemnizaciones laborales, ambas se refieren sin duda, a las retribuciones o emolumentos que tienen el carácter de "normal" en la industria o servicio, y no a aquellas de carácter extraordinario y eventual.- Por todo lo expuesto, no aparece que la Empresa actora haya dejado de cumplir sus obligaciones legales con el IESS al no haber aportado sobre las bonificaciones hechas en forma extraordinaria a sus empleados o pagos por ellos considerados esporádicos, exclusivamente en el año 2001. En cuanto a los demás rubros considerados en el desvanecimiento y/o conformación de las glosas levantadas en este rubro, esta Sala considera que la sentencia ha realizado una extensa, pormenorizada y exhaustiva evaluación de los hechos y pruebas aportadas y sobre todo de las pericias realizadas, lo cual es apreciación de prueba dentro del más amplio criterio de equidad y no amerita casación". Toda vez que el contribuyente ha sustentado de manera fehaciente el pago de bonificaciones especiales por el monto de USD\$ 1.495.397,52. La Sala procede a modificar la glosa por concepto de sueldos, salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras - casillero 725, del valor de USD\$ 1.856.723,99, al valor de USD\$ 361.326,47 **DÉ**-CIMO: BENEFICIOS SOCIALES E INDEM-NIZACIONES - CASILLERO 727.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA. Por concepto de beneficios sociales e indemnizaciones el valor de USD\$ 48.169,22, el contribuyente consignó en el casillero 727 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 117.796,44, mediante planillas de aportes al IESS presentadas por el contribuyente, la Administración Tributaria realizó el cálculo de las bonificaciones sociales e indemnizaciones, con



lo que justificó el valor de USD\$ 69.807,22, glosando la diferencia no justificada por USD\$ 48.169,22, la parte actora argumenta mediante su escrito de demanda que ha presentado todos los justificativos necesarios para desvirtuar la glosa; sin embargo, de la revisión del proceso, no se observa documentación contable referente a esta glosa, consecuentemente la Sala procede a ratificar la glosa impuesta por la Administración Tributaria respecto a "Beneficios Sociales e Indemnizaciones" por el valor de USD\$ 48.169,22. **DÉCIMO** PRIMERO: HONORARIOS, COMISIONES Y DIETAS A PERSONAS NATURALES - CA-SILLERO 729.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HI-JOS CIA. LTDA, por concepto de honorarios, comisiones y dietas a personas naturales el valor de USD\$ 42.405,69, el contribuyente consignó en el casillero 729 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 130.455,99, durante la determinación tributaria, el contribuyente soportó el valor de USD\$ 88.050,30, por lo que la Administración Tributaria procedió a glosar la diferencia no justificada en el monto de USD\$ 42.405,69; la parte actora argumenta mediante escrito de demanda que tales gastos constan debidamente respaldados en la contabilidad y cumplen con los requisitos legales y reglamentarios. Del análisis de los documentos aportados en la etapa de prueba del proceso judicial, se observa de foja 252 del proceso, un cuadro explicativo de valores concernientes a honorarios por el valor de USD\$ 15.518,04, y de fojas 1713 a 1810 se encuentran copias certificadas por el Ec. German Silva, de las facturas que confirman el cuadro mencionado anteriormente; toda vez que se ha constatado que dichos documentos cumplen con los requisitos de ley, la Sala procede a modificar la glosa del valor de USD\$ 42.405,69, al monto de USD\$ 26.887,65. **DÉCIMO SEGUNDO:** MANTENIMIENTO Y REPARACIONES -CASILLERO 732.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HI-JOS CIA. LTDA. Por concepto de mantenimiento y reparaciones el valor de USD\$ 1'582.987,73, el contribuyente consignó en el casillero 732 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 2'345.344,47, la Administración Tributaria argumenta la glosa en el hecho que el contribuyente no proporcionó información, por otro lado la parte actora manifiesta mediante su escrito de demanda que se han

realizado pagos en concepto de mantenimiento y reparaciones que se han ingresado contablemente cuyos documentos de sustento reúnen los requisitos legales. De la revisión de proceso, se observa de fojas 256 a 267 reverso se observa un cuadro explicativo de los rubros con los que el contribuyente pretende justificar la glosa por concepto de mantenimiento y reparaciones, dicho cuadro asciende al valor de USD\$ 1'088.451,23, adicionalmente se observa de fojas 2548 a 5814 de los autos, copias de facturas junto con sus respectivos comprobantes de retención, que sustentan el cuadro mencionado anteriormente; del análisis de dichos documentos la Sala constató que efectivamente cumplen con los requisitos legales, en tal sentido se modifica la glosa del valor USD\$ 1'582.987,73, al valor de USD\$ 494.536,50. **DÉCIMO TER-**CERO: SEGUROS Y REASEGUROS - CASI-LLERO 741.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., por concepto de seguros y reaseguros el valor de USD\$ 23.721,79, el contribuyente consignó en el casillero 741 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 130.455,99, durante la determinación tributaria, el contribuyente soportó el valor de USD\$ 223.587,94. La Administración Tributaria sustenta la glosa en el hecho de que el contribuyente no presentó información durante la etapa administrativa por el valor de USD\$ 23.721,79. Mediante escrito de demanda la parte actora indica que se han efectuado pagos por seguros y reaseguros que han sido registrados contablemente y que sus documentos de sustento cumplen con los requisitos legales; sin embargo, de la revisión del proceso no se observa ningún documento que soporte la afirmación de la parte actora, consecuentemente, la Sala procede a ratificar la glosa por concepto de seguros y reaseguros en el valor de USD\$ 23.721,79. **DÉCIMO CUARTO:** TRANSPORTE - CASILLERO 743.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GE-RARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA, por concepto de Transporte el valor de USD\$ 443.480, 31, el contribuyente consignó en el casillero 743 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 899.035,45, la glosa impuesta por el Servicio de Rentas Internas, se sustenta en el hecho de que el contribuyente no presentó información. Por otro lado la parte actora mediante escrito de demanda indica que tales gastos constan debidamente respaldados en la





contabilidad y cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, por lo que consideran que es ilegal el hecho que se objete su deducibilidad; de la revisión del proceso, se observa de fojas 253 a 255 reverso se observa un cuadro explicativo de los rubros con los que el contribuyente pretende justificar la glosa por concepto de transporte, dicho cuadro asciende al valor de USD\$ 325.013,36, adicionalmente se observa de fojas 1811 a 2547 de los autos, copias de las facturas que sustentan el cuadro mencionado anteriormente. La Sala verificó que dichos documentos cumplen con los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, en tal sentido, la Sala modifica la glosa por concepto de Transporte del valor de USD\$ 443.480,31, al valor de USD\$ 118.466,21. **DÉCIMO QUINTO: DEPRECIA-**CIÓN DE ACTIVO FIJO - CASILLERO 749.-La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., por concepto de depreciación de activo fijo el valor de USD\$ 9.823,77, el contribuyente consignó en el casillero 749 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 681.984,25. La Administración Tributaria argumenta la glosa en el hecho de que el contribuyente ha depreciado sus activos fijos en un porcentaje mayor al que establece el numeral 6 del artículo 21 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Adicionalmente glosa la depreciación de unos motores de yate, considerando que no cumplen con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir la depreciación de estos motores de yate no corresponden al giro ordinario del negocio, por lo tanto no se consideran gastos efectuados con el ánimo de obtener, mantener o mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana. De la revisión del proceso, no se observa ningún documento que desvirtúe lo actuado por la Administración Tributaria, en tal sentido la Sala procede a ratificar la glosa por el concepto de depreciación de activos fijos por el valor de USD\$ 9.823,77. **DÉCIMO SEXTO: OTROS GASTOS** LOCALES - CASILLERO 761.- La Administración Tributaria glosó al contribuyente GERAR-DO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., por concepto de otros gastos locales el valor de USD\$ 975.066,00, el contribuyente consignó en el casillero 761 de su declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, el valor de USD\$ 4'826.817,58. El Servicio de Rentas Internas

argumenta la glosa en el hecho de que el contribuyente durante la etapa administrativa no proporcionó información por el valor de USD\$ 975.066,00, por otro lado, la parte actora mediante escrito de demanda manifiesta que presentaron oportunamente y entregaron para su verificación los comprobantes justificativos de todos los gastos señalados en el casillero 761, cuya deducción se encuentra amparada en el artículo 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno. De fojas 268 a 289 reverso se observa un cuadro explicativo de los rubros con los que el contribuyente pretende justificar la glosa por concepto de otros gastos locales, dicho cuadro asciende al valor de USD\$ 794.544,40, adicionalmente se observa de fojas 5815 de los autos, copias de las facturas junto con sus respectivos comprobantes de retención, que sustentan el cuadro mencionado anteriormente. Toda vez que se ha constatado que los documentos aportados por el actor cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, la Sala procede a modificar la glosa por concepto de otros gastos locales del valor de USD\$ 975.066,00 al valor de USD\$ 180.521,60. Respecto al recargo del 20% establecido en el artículo 90 del Código Tributario, creado mediante Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el R.O. 242 del 29 de diciembre del 2007, existen y constan en autos los fallos de triple reiteración nro. 391-2009 de 09 de agosto de 2010, 310-2009 de 30 de agosto de 2010; y, 138-2010 de 24 de marzo de 2011, que la actora solicitó sean incorporados al proceso, referentes a la aplicación del recargo del 20%, que en lo principal disponen: PRIMERO: "El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo nro. 242, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con



anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008". DÉCI-MO SÉPTIMO: CONCLUSIÓN SOBRE LAS GLOSAS, en base a lo analizado en el considerando anterior, se resume las glosas, quedando de la siguiente manera: sueldos, salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras USD\$ 361.326,47; beneficios sociales e indemnizaciones USD\$ 48.169,22; honorarios personas naturales USD\$ 26.887,65; mantenimiento y reparaciones USD\$ 494.536,50; seguros y reaseguros USD\$ 23.721,79; transporte USD\$118.466,21; depreciación de activos fijos USD\$ 9.823,77; otros gastos locales USD\$ 180.521,60; con lo que se obtiene un total de glosas por el valor de USD\$ 1'263.453,95. Una vez establecido el monto total de glosas ratificadas se procede a realizar la conciliación tributaria del ejercicio fiscal 2006, partiendo de una utilidad del ejercicio de USD\$ 3'155.281,70, luego se le realiza la conciliación tributaria, donde se concluyen las glosas ratificadas por el valor de USD\$ 1'263.453,95, con lo que se obtiene una utilidad gravable de USD\$ 3'945.443,40, a esta cifra se le aplica la tarifa impositiva, obteniendo así un impuesto a la renta causado de USD\$ 986.360,85, valor al que hay que restarle las retenciones en la fuente realizadas por terceros en USD\$ 444.839,60, con lo que se obtiene un impuesto a pagar de USD\$ 541.521,25, a este valor se le debe restar el impuesto pagado previamente por el contribuyente que asciende a USD\$ 225.657,76; originando así un impuesto a la renta pendiente de pago por USD\$ 315.853,49, a favor del fisco. **DÉCIMO OCTAVO:** Las pruebas deben de aportar en la solución de la causa, por ello deben de estar incorporadas para someterlas a la valorización crítica, el juzgador al expedir el fallo debe exponer las razones y fundamentos que la determinan, por ello la prueba debe ser suficientemente conforme a las reglas de la lógica, en la que se integran la norma y la experiencia, debe presentar un contenido objetivo capaz de soportar el juicio de suficiencia que supone analizar o examinar su eficacia, es decir su fuerza y valor probatorio, y ello no solo en su aspecto formal sino fundamentalmente en su aspecto material, de manera que haya eliminado cualquier duda racional, la parte demandada en la etapa de prueba no presentó ningún tipo de justificación o soporte de sus

aseveraciones. El art. 258, de la Codificación del Código Tributario expresa "es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la autoridad demandada". El actor adicionó toda la documentación requerida, y fundamentó su pretensión, el art.18 del Código Orgánico de la Función Judicial reza: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, y uno de los deberes del juzgador es realizar la debida fundamentación de sus resoluciones ya que así lo disponen los arts. 274, 275, 276 y 280 del Código de Procedimiento Civil, los arts. 75 y 82 de la propia Constitución Política del Ecuador, para que el sistema procesal haga efectiva las garantías del debido proceso. Con relación al recargo del 20%, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial nro. 242 del 29 de diciembre de 2007, agrega el art. 2, al art. 90 de la Codificación del Código Tributario con el siguiente texto "La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal", se refiere a la determinación cuando es realizada por el sujeto activo en uso de la facultad que le otorga el art. 68 ibidem, la misma Ley en la Disposición Transitoria Séptima reza "las infracciones tributarias cometidas antes de la vigencia de esta Ley serán sancionadas de conformidad con las normas vigentes a la época de su cometimiento, pero su juzgamiento se realizará de conformidad con el procedimiento establecido en este Código" otra vez el legislado subsume la vigencia de la norma a lo determinado en el Código Tributario y encontramos que en el art. 5 ibídem consagra como uno de los principios consustanciales de la Tributación, el principio Constitucional de la irretroactividad de la Ley, así también el art. 11 del cuerpo de leyes invocado sobre la vigencia de la ley dice: "que regirán desde el día siguiente al su publicación en el Registro Oficial, salvo que establezcan fechas especiales de vigencia, posteriores a esa publicación" El Código Civil en su Libro Primero, Título Preliminar art. 7 dice: Irretroactividad de la Ley. Reglas para conflicto de leyes.- La Ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo. La Corte Constitucional, para el Periodo





de Transición, en sentencia nro. 026-10-SCN-CC, caso nro. 025-10-CNH dictada el 23 de septiembre del 2010; absolviendo la consulta planteada por los Jueces de la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil en el último inciso de la página 8 de 11, expresa: "La Corte observa que en el caso analizado, la norma consultada ha sido mal aplicada por el Servicio Regional de Rentas del Litoral Sur, pues ha sido invocada como justificación de un hecho generador emitido con anterioridad a su vigencia atentando de esta manera contra el principio de irretroactividad normativa. Más aun existiendo fallos de triple reiteración. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, reunido en la ciudad de Quito el cuatro de mayo del dos mil once, dicta una resolución que en el art. 1 ordinal Primero, en lo pertinente reza: "Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicarse las normas que sobre la irretroactividad de la Ley Penal contiene la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal así como las normas sobre la irretroactividad de la Ley Tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero es decir a partir de su vigencia. En consecuencia no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma esto es al 29 de diciembre del 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008. Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia. El Acta de Determinación Tributaria nro. 0920100100008 corresponde al impuesto a la renta del año 2006, por lo que se confirma la improcedencia del recargo del 20% aplicado erróneamente por el Servicio de Rentas Internas. DÉ-CIMO NOVENO: El art. 130, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que "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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos "En Derecho Público, las leyes son imperativas y no se pueden distraer o tratar de modificarlas a pretexto de invocar su espíritu. Habiendo sido alegada de modo expreso por la parte actora, la supuesta nulidad derivada de los

procedimientos administrativos, normas legales sustantivas y de proceso aplicable a la materia. El art. 139, en la Codificación del Código Tributario, establece que los actos administrativos son nulos cuando al momento de la emisión, hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa, y que la autoridad competente lo invalidará de oficio o a petición de parte, y la no motivación de los actos administrativos, con fundamentos de hecho y de derecho por parte de la Administración Tributaria. Siendo la impugnación de las glosas contenidas en el Acta de Determinación nro. 0920100100008 la materia de la controversia en este proceso, sobre lo que debe pronunciarse ante la falta de presentación de pruebas por parte de la autoridad demandada que permitan desvirtuar la validez de los instrumentos privados presentados. En atención a los argumentos expuestos, los méritos de los autos y de conformidad con lo previsto por el artículo 273 y 276 del Código Tributario vigente. En mérito de los considerandos que anteceden esta Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2 con sede en Guayaquil, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" declara parcialmente con lugar la demanda de impugnación presentada Arturo Alejandro Calderón Crespo, en calidad de Gerente de la compañía y por tanto representante legal de GERARDO ORTIZ & HIJOS CIA. LTDA. En contra del Acta de Determinación 0920100100008 emitida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, y como consecuencia jurídica se dispone que el contribuyente GERARDO ORTIZ & HIJOS CIA. LTDA., pague la cantidad de USD\$ 315.863,49 por concepto del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006, más los intereses de Ley. Se deja sin efecto jurídico las glosas que han sido desvirtuadas, así como el recargo del 20% que corresponde a un ejercicio económico anterior a su vigencia, por lo que deberán ser dados de baja del Acta de Determinación nro. 0920100100008 del Impuesto a la Renta del año 2006. Notifíquese.

f) Dr. Jorge Hernández Poveda Juez-Presidente, Dr. Fernando Muga Jara Juez, Ab. Andrés Piedra Pinto Juez.



### CASACIÓN

Juicio nro. 2010-0037

Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Alejandro Calderón Crespo, representante legal de la Empresa Gerardo Ortiz e hijos Cia. Ltda, en contra del Director Regional del (SRI) Litoral Sur.

### Jueza ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, a 26 de marzo de 2014. Las 08h40.

VISTOS: La Jueza abajo firmante conoce del presente juicio, conforme la Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura y por la Resolución de Conformación de Salas nro. 3-2013 de 22 de julio de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia así como del sorteo que consta en el proceso. También conocemos de la presente causa los doctores Juan Montero Chávez y José Luis Terán Suárez de conformidad con los oficios nro. 5 1887-SG-CNJ-IJ y 1888-SG-CNJ-IJ de 25 septiembre de 2013, y 2398-SG-CNJ-IJ y 2399-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013, respectivamente; y, de conformidad con el artículo 2 literal c) de la Resolución nro. 7-2012 de 27 de junio de 2012. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación, en virtud de lo establecido en los arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación.

### I. ANTECEDENTES

1.1. La abogada Laura Sabando Espinales, ofreciendo poder o ratificación del Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, interpone Recurso de Casación en contra de la sentencia del 22 de diciembre de 2011 a las 12h15, emitida por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del Juicio de impugnación nro. 8736-2010, cuyo fallo resolvió declarar: "parcialmente con lugar la demanda de impugnación presentada Arturo Alejandro Calderón Crespo, en calidad de Gerente de la compañía y por tanto representante legal de GERAR-DO ORTIZ & HIJOS CIA. LTDA. En contra del Acta de Determinación nro. 0920100100008 emitida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, y como consecuencia jurídica se dispone que el contribuyente GERARDO ORTIZ & HIJOS CIA. LTDA. Pague (sic) la cantidad de

USD \$315.863,49 por concepto del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006, más los intereses de Ley. Se deja sin efecto jurídico las glosas que han sido desvirtuadas, así como el recargo del 20% que corresponde a un ejercicio económico anterior a su vigencia, por lo que deberán ser dados de baja del Acta de Determinación nro. 0920100100008 del Impuesto a la Renta del año 2006".

1.2.- La abogada Laura Sabando Espinales indica que las normas de derecho infringidas son: art. 273 del Código Tributario letra l); y, arts. 76 y 82 de la Constitución de la República. La recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Señala que existe falta de aplicación del numeral 7 literal l) del art. 76 de la Constitución de la República, así como del 82 ibídem y del art. 273 del Código Tributario porque la sentencia emitida por los Jueces de Instancia carece de motivación por cuanto no se han señalado las disposiciones legales en la que se fundamenta y mucho menos se explica la pertinencia de su aplicación en los antecedentes de hecho, alega que en la sentencia las glosas invocadas en los considerandos: DÉCIMO PRIMERA "HONORARIOS, CO-MISIONES Y DIETAS A PERSONAS NATURA-LES - CASILLERO 729"; DÉCIMO SEGUNDA "MANTENIMIENTO Y REPARACIONES - CA-SILLERO 732"; DÉCIMO CUARTA "TRANS-PORTE - CASILLERO 743"; DÉCIMO SEXTO "OTROS GASTOS LOCALES - CASILLERO 761"; se respaldan en cuadros explicativos pero no en la normativa legal o en informes periciales, lo que conlleva a que dichas glosas carezcan de la debida motivación, además menciona que principalmente no se ha tomado en cuenta el informe pericial entregado por la Econ. Ginger Jiménez Panchana en donde se señala que la parte actora no aportó la documentación completa de sustento de los valores glosados; argumenta que la decisión del Tribunal a quo no se sustenta en una norma jurídica, en un principio jurídico o en una doctrina, arguye que no se ha aplicado el art. 273 del Código Tributario, porque no existe relación entre la aplicación de los fundamentos jurídicos a los antecedentes de hecho,





debido a que no se señalan las normas o principios jurídicos que justifiquen la sentencia. El recurrente afirma que existe falta de aplicación del art. 82 de la Constitución de la República por cuanto la motivación es interdependiente a la seguridad jurídica, señala que existe falta de aplicación del numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como del numeral 14 del art. 35 de la Constitución Política de 1998, actualmente inciso quinto del art. 328 de la Constitución de la República, explica que la Sala de Instancia procedió a dar de baja la glosa "(Casillero 724 - SUELDOS, SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES)" basándose en el "{... ...} argumento jurídico que no todos los rubros pagados al trabajador son objeto de aporte a la Seguridad Social, así que esto no debe ser considerado el único motivo para argumentar la glosa {....}" establecido en el Considerando Octavo de la sentenciar que de igual forma se modificó la glosa (Casillero 725 SUELDOS, SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES A TRAVÉS DE TERCERIZADORAS) que la Sala de Instancia en el mismo considerando explica que "(...) el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno no puede prevalecer sobre lo señalado en el art. 11 ya referido y menos sobre el art. 95 del Código de Trabajo que identifica los rubros que han de considerarse para el pago de indemnizaciones laborales (...)" lo cual evidencia que no se aplicó el numeral 9 del art.10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que esta inobservancia transgrede incluso la seguridad jurídica, que en atención al art. 328 inciso quinto de la Constitución de la República (antes art. 35 numeral 14) así como del numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se debe considerar como deducibles los rubros en remuneraciones y beneficios sociales en la medida que hayan cumplido las obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por tal razón los rubros de indemnizaciones por despido intempestivo, bonificaciones por desahucio se admiten dentro de la base de aportación del IESS. Señala el recurrente que existe indebida aplicación de la sentencia vinculada con el Recurso nro. 421-2009 dictada por la Corte Nacional de Justicia el 3 de marzo de 2011, porque la sentencia es indebida, ya que infringe el art. 185 de la Constitución de la República en lo concerniente a los fallos de triple reiteración emitidos por la Corte Nacional de Justicia.

**1.3.-** Admitido el recurso de casación, la parte demandada emite su contestación en los siguientes términos: Expresa que para alegar algún vicio

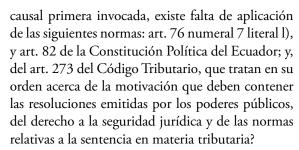
respecto a la valoración de las pruebas; la parte actora debió invocar la causal tercera por lo tanto es improcedente el planteamiento del recurso, señala que dentro del término de prueba su representada proporcionó abundante información para sustentar sus pretensiones, que en los considerandos séptimo, octavo, décimo, décimo primero hasta el décimo octavo de la sentencia se encuentra el detalle y análisis de las pruebas que el Tribunal de instancia realizó, además alega que en los considerandos tercero, cuarto y quinto se encuentran las normas pertinentes que el Tribunal a quo ha aplicado en el presente caso, agrega que la Administración no ha precisado de forma legal y técnica la transgresión de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, lo que ha conllevado a que el recurso interpuesto carezca de fundamento alguno; que la intención de la entidad pública yerra al declarar que se ha vulnerado el art. 273 del Código Tributario en lo concerniente a la debida motivación, puesto que se demuestra que la verdadera intención es atacar la valoración de la prueba, por lo que advierte que se tome en cuenta que el recurso interpuesto no ha indicado los puntos de la litis supuestamente no resueltos y mucho menos la aparente omisión en la parte dispositiva de la sentencia, así como tampoco se ha precisado en qué consiste la falta de motivación de cada uno de los puntos controversiales, señala que el SRI comete falsedad al afirmar que la Sala de Instancia se basa en cuadros explicativos, mas no en la normativa legal o informes periciales puesto que ignora que el Tribunal de instancia ha señalado en forma individual, la recepción física, el análisis y la valoración realizada a las pruebas proporcionadas así como los documentos adjuntados al expediente hasta la decisión de los Jueces de la Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2; y arguye que resulta absurda la pretensión de que la Sala Juzgadora debe ajustarse a un informe pericial que es fiel repetición de los argumentos en el acta de la controversia, argumenta que la pretensión de la Autoridad Tributaria es que los Jueces Nacionales reevalúen la prueba, lo cual es improcedente; por tal razón queda desvirtuada la supuesta infracción alegada por la entidad pública, que el Tribunal a quo desvaneció las glosas impugnadas por el SRI porque su representada justificó con documentos de respaldo las transacciones y actividades comerciales de los registros contables de la empresa Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., que la sentencia ha sido debidamente motivada porque enuncia las normas legales en que se ha fundado la decisión de la Sala de Instancia, expresa que la



Administración Tributaria no ha señalado de qué forma su representada ha incumplido las obligaciones legales con el IESS y de qué manera la deducción de gastos en conceptos de sueldos, salarios y remuneraciones afecta el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario, cuando las remuneraciones en general y los beneficios sociales son deducibles para el impuesto a la renta y que además el IESS es la entidad competente para determinar la forma y el modo en que se debe cumplir con las aportaciones de conformidad con la Ley de Seguridad Social, que se ha aplicado correctamente el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, así como el art. 21 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno porque los gastos por honorarios, bonificaciones especiales, mantenimiento y reparaciones, seguros, entre otros han sido glosados por ser parte de los gastos operativos, que la pretensión de la Autoridad Tributaria es desvanecer la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, por tal motivo es impertinente la invocación del art. 82 primer inciso del Código Tributario, por cuanto ya se ha señalado que la actuación del Tribunal a quo ha sido como corresponde a derecho, es decir calificando y evaluando las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, además que han dejado en claro que en ningún momento el SRI presentó algún tipo de justificación o soporte de sus aseveraciones. Pedidos los autos para resolver se considera:-

### II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTEN-CIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NA-CIONAL DE JUSTICIA

- **2.1.- Competencia:** Esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso en conformidad con los artículos 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y art. 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- **2.2.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.
- 2.3.- Determinación de los problemas jurídicos a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso:
- a) ;En la sentencia recurrida, considerando la



- b) ¿En la sentencia recurrida, considerando la causal primera invocada, existe falta de aplicación del numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y del inciso quinto del art. 328 de la Constitución de la República que tratan acerca de los gastos deducibles y de la normativa relacionada con la remuneración que debe ser pagada a los trabajadores?
- c) ¿En la sentencia recurrida, considerando la causal primera invocada, existe indebida aplicación del fallo nro. 421-2009 dictada por la Corte Nacional de Justicia el 3 de marzo de 2011?

## III.- RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y MOTIVACIÓN

**3.1.**- Planteada la problemática a resolver, esta Sala considera lo siguiente. 3.1.1.- a) Respecto al problema planteado en el literal a) del numeral 2.3 de este fallo, el recurrente ha señalado que existe falta de aplicación de los arts. 76 numeral 7 literal l), y 82 de la Constitución Política del Ecuador, que en su orden señalan lo siguiente: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...()... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...()... l) 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 servidoras o servidores responsables serán sancionados."; "Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.", las normas constitucionales citadas establecen en primer lugar el respeto al debido proceso, y como derecho a la defensa de las partes dentro de un proceso se establece la motivación de los fallos, de existir la falta de motivación en un fallo pues el mismo debe ser considerado nulo. Es por demás claro que la motivación es uno de los requisitos esenciales que





deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la *litis* del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas. Devis Echandía le da una categoría de principio, al señalar que: "Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso" (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Temis S.A, Bogotá - Colombia, 2009, segunda edición, página 75) y sostiene que reviste de gran importancia aplicar el principio de la motivación puesto que: "De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión" (ibídem); en la legislación ecuatoriana, la motivación no es considerada un principio, sino un derecho elevado a rango constitucional; es decir, que debe ser celosamente precautelado por todos los poderes públicos, más aún cuando el poder público es la Función Judicial y se emiten disposiciones que generan efectos jurídicos directos sobre aquellos receptores de la decisión. Así mismo, se debe guardar celosamente lo señalado en el art. 82 de la Constitución de la República en virtud que la misma trae consigo el derecho a la seguridad jurídica, la cual debe ser entendida como la obligación del Estado a través de sus estamentos (entre ellos el poder judicial) de respetar la Constitución y aplicar las normas correspondientes, esto último otorga a las partes, la tranquilidad de que sus asuntos controvertidos serán estudiados y resueltos conforme a derecho. b) Con las premisas descritas, esta Sala considera analizar los cargos denunciados por el recurrente respecto a la falta de motivación de la sentencia, recalcando que además de tal cargo se ha alegado la falta de aplicación del art. 82 que trata acerca de la seguridad jurídica, y como pilar fundamental de un proceso judicial permite a la Sala estudiar el fallo recurrido y de existir motivos casará la sentencia. **b.1**) Sostiene el recurrente que sobre varias glosas la Sala de instancia simplemente se ha basado en cuadros explicativos y no en los informes periciales ni en la normativa legal para emitir su decisión; así mismo, señala que en el informe pericial presentado por la Eco. Ginger Jiménez Panchana, se hizo mención a que la parte actora no proporcionó

la totalidad de la documentación de sustento de los valores glosados y que ello conllevaría a que la Sala juzgadora no haya motivado su decisión, puesto que no ha advertido dicha situación en la sentencia emitida. **b.2**) El actor por su parte en la contestación al recurso de casación interpuesto, y exclusivamente respecto a la denuncia de falta de motivación en la sentencia señala que el recurrente no ha indicado los puntos de la *litis* que se han quedado sin resolver, así como tampoco ha precisado en qué consistiría la falta de motivación, y que no señala en qué parte de la sentencia existe la falta de motivación; así mismo sostiene que aquello que busca el recurrente es convertir a la Casación en una tercera instancia ya que su recurso persigue como objetivo atacar la valoración de la prueba, puesto que el recurrente ha invocado la falta de aplicación del art. 273 del Código Tributario y que la simple alegación de dicha norma conlleva a que la Sala de Casación evalúe nuevamente la prueba calificada y practicada en la instancia correspondiente, que la Corte Suprema de Justicia en su momento ha sostenido que no cabe examinar los asuntos relativos a hechos cuya apreciación le corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia, señala también que es absurda la pretensión del recurrente de que la Sala juzgadora debe ceñirse al simple criterio de la perito Eco. Ginger Jiménez que indicó no haber obtenido la información correspondiente para emitir su informe pericial, y que su informe es una fiel repetición de los conceptos que constan plasmados en el acta de determinación que es objeto de juicio; continúa señalando el actor que la alegación del recurrente, de que no se encontrarían enunciadas las normas en que se funda la decisión en la sentencia, es falsa, puesto que constarían explicadas a plenitud en la sentencia las disposiciones legales que se han aplicado en cada punto de la *litis*; en defensa de la sentencia, el actor señala que el juzgador ha efectuado el razonamiento sobre la naturaleza y validez de las pruebas pertinentes de cada glosa y su incidencia en la materia de la *litis*, y que dicho análisis se encuentra inserto en los considerandos desde el OCTAVO al DÉCIMO SEXTO, y que en el considerando DÉCIMO SÉPTIMO se establece la conclusión sobre las glosas detallando cada caso y la posición jurídica de cada una, y que los hechos allí descritos han sido determinados de conformidad con las reglas de la sana crítica y con base a los méritos del proceso. **b.3**) Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario procede a analizar el contenido del fallo recurrido; así tenemos que respecto al



Considerando Décimo Primero de la sentencia recurrida, en la que se analiza la glosa denominada "HONORARIOS, COMISIONES Y DIETAS A PERSONAS NATURALES - CASILLERO 729" se observa que la Sala Juzgadora efectúa un pequeñísimo análisis de las pretensiones del actor, así como de la contestación de la Autoridad Demanda; la Sala se limita a reseñar los valores declarados por la actora, el valor soportado en la determinación y la diferencia que ha sido glosada. La decisión es menos desarrollada, ya que la Sala la apoya en un CUADRO EXPLICATIVO de valores por USD\$ 15.518,04; sin embargo no señala el origen de dicho cuadro, más adelante se indica que de fojas 1713 a 1810 se encuentran copias certificadas por el perito insinuado por la parte actora y se concluye que dichos documentos cumplen con los requisitos de ley, sin indicar qué requisitos serían aquellos, ni en qué norma se encuentran detallados tales requisitos, así mismo, no se hace referencia alguna al informe pericial presentado por la perito Eco. Ginger Jiménez con el objeto de establecer una ponderación entre los dos informes y justificar la decisión de aceptar uno de ellos, ya que en el fallo recurrido ni siquiera se señalan las razones por las cuales no se analiza el peritaje del profesional insinuado por la Autoridad Demandada. c) De lo anotado se advierte que no existe motivación en la decisión de la Sala juzgadora, considerando que la norma constitucional señala que: "... 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...", es decir, el juzgador se encuentra en la obligación de efectuar la subsunción correspondiente entre los hechos sucedidos y las normas de derecho que se aplican a esos hechos, cuando no existe dicho ejercicio, nos encontramos ante una evidente falta de motivación. En la especie, se ha resumido en el literal b.3) de este fallo, lo que la Sala juzgadora ha considerado como su fundamento para aceptar parcialmente una de las glosas liquidadas por el Servicio de Rentas Internas, se advierte de dicho análisis que la Sala de instancia no ha motivado en la manera que lo ordena la Constitución de la República, ya que existe un brevísimo resumen de los hechos, incluso de manera incorrecta al señalar que existe en el proceso un cuadro explicativo sin señalar quién es el responsable de dicho cuadro; así mismo no existe referencia a los dos informes periciales, para confrontar las verdades procesales expresadas por las partes, lo que se agrava con el hecho de no haber

manifestado en el fallo las razones fácticas y jurídicas del por qué se descarta uno de los peritajes constantes en el proceso, es decir la pericia practicada por la Eco. Ginger Jiménez, así como tampoco se menciona el informe pericial del Eco. Germán Silva, tan solo en el considerando Décimo Primero se indica que los documentos anexados a los cuadernos procesales se encuentran certificados por el indicado perito; es decir, no se explica si se acepta el informe presentado por el perito Silva; así mismo, constan simples menciones de las pruebas desarrolladas pero no existen certezas que le hayan valido a la Sala juzgadora como elementos de convicción para decidir; de la misma manera, no existe el análisis correspondiente a la norma de derecho aplicable a los hechos sucedidos, no se ha explicado qué norma específica ha sido considerada para aceptar parcialmente las glosas, por lo que se advierte la falta de motivación alegada por el recurrente, de este modo, y considerando además que el art. 82 de la Constitución de la República ordena al Estado celar la seguridad jurídica, esta Sala considera que se ha configurado la causal invocada y la Sala de Casación procede a casar la sentencia recurrida, con lo que se resuelve el problema jurídico planteado en el literal a) del numeral 2.3 de la presente sentencia y se declara la nulidad del fallo, sin que sea meritorio entrar en el análisis de los demás problemas jurídicos planteados y conforme el art. 16 de la Ley de Casación, este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde.

### IV.- SENTENCIA DE MÉRITO

**4.1.-** De las piezas procesales constantes en el expediente de instancia (Juicio nro. 37- 2010) se analiza: Conforme la demanda planteada por el actor, éste solicita se deje sin efecto el Acta de Determinación nro. 0920100100008 de 12 de enero de 2010, emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas y levantada por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006. A continuación se analizarán cada una de las glosas impugnadas por la empresa actora GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA.: A) GLOSA SUEL-DOS, SALARIOS Y DEMÁS REMUNERACIO-NES - CASILLERO 724.- En su demanda, la empresa actora sostiene que se han presentado oportunamente los comprobantes justificativos de todos los gastos señalados en el casillero 724, que la deducción se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario





Interno; que la glosa transgrede el art. 16 (actual 17 del Código Tributario) por cuanto los pagos se encontrarían respaldados en la ley; que la empresa ha realizado pagos por concepto de "bonificaciones" por diversos conceptos: terminación de relación laboral, liquidación voluntaria del servicio; y que tales conceptos no debían ser considerados como "indemnización por despido intempestivo" de acuerdo al art. 188 del Código de Trabajo; que el art. 11 de la Ley de Seguridad Social define como materia gravada a los ingresos regulares que tengan carácter de normal en la industria o servicio; que las bonificaciones pagadas por la empresa fueron por una sola ocasión, por lo que no es normal o regular y se realizaron en reemplazo de la indemnización de despido intempestivo. Por su parte la Autoridad Demandada sostiene en su contestación que el art. 16 (actual 17 del Código Tributario) es aplicable únicamente cuando existe una discordancia entre forma y fondo de las operaciones económicas, así mismo reproduce las normas legales que sirvieron de fundamentación para la emisión del acto administrativo impugnado. La glosa La glosa tiene su origen en la falta de documentación de soporte de la empresa actora respecto al valor registrado en el casillero 724 de la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006, diferencia que alcanzó el valor de US\$ 1.499,48. Al respecto se debe tener en consideración lo que disponía el art. 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el año 2006: "Art. 10. Deducciones. - En general para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: ...()... 9.- Los sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; la participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones legales y voluntarias y otras erogaciones impuestas por el Código de Trabajo, en otras leyes de carácter social o por contratos colectivos o individuales, así como en actas transaccionales y sentencias, incluidos los aportes al seguro social obligatorio; también serán deducibles las contribuciones a favor de los trabajadores para finalidades de asistencia médica, sanitaria, escolar, cultural, capacitación, entrenamiento profesional y de mano de obra. Las remuneraciones en general y los beneficios sociales reconocidos en un determinado ejercicio económico, solo se deducirán sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con el seguro social obligatorio, a la fecha de

presentación de la declaración del impuesto a la renta;..." la norma citada señala que para la deducibilidad de los gastos por concepto de sueldos, salarios, remuneraciones, bonificaciones, beneficios sociales, participaciones en utilidades, etc.; los mismos deben haber sido aportados al IESS; conviene analizar si es que el actor aportó al IESS sobre los valores pagados por los conceptos señalados anteriormente; así tenemos que a fojas 223 vta., se encuentra el informe pericial del Ec. Germán Silva López, perito insinuado por la empresa actora, y que en la respuesta a la pregunta número tres del pliego presentado por la Autoridad Demandada señala que: "Si la pregunta se refiere a cuánto asciende el valor debidamente justificado con los comprobantes correspondientes del casillero 724 "sueldos, salarios y demás remuneraciones de la Declaración de Impuesto a la Renta, la respuesta es de \$194.240,00"; el valor señalado por el perito como justificado guarda relación con el determinado por el Servicio de Rentas Internas en el cuadro nro. 15 del acta de determinación impugnada; así mismo, tenemos la respuesta de la Eco. Ginger Jiménez Panchana, que a fojas 211 del cuaderno procesal da respuesta a la pregunta número 2.S del pliego presentado por la empresa actora en los siguientes términos: "...el contribuyente NO APORTÓ CON INFORMACIÓN ADICIONAL a la presentada en la etapa administrativa, siendo los US\$ 194.240 información ya presentada y aceptada por la Administración Tributaria. Por lo tanto NO EXISTEN DOCUMENTOS NI JUSTIFICATI-VOS DEL VALOR US\$ 1.499,48 correspondientes al casillero 724 por sueldos, salarios y demás remuneraciones"; al existir concordancia entre los informes periciales y el acto administrativo impugnado, es evidente que la empresa actora no ha cumplido con lo dispuesto en el art. 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el año 2006, es decir no ha presentado la documentación que justifique que ha cumplido con la aportación a la Seguridad Social respecto al valor de US\$ 1.499,48. Por las consideraciones expuestas, se ratifica la glosa. B).- GLOSA SUELDOS, SALA-RIOS Y DEMÁS REMUNERACIONES A TRA-VÉS DE TERCERIZADORAS - CASILLERO 725.- La empresa actora señala en su demanda que se han presentado oportunamente los comprobantes justificativos de todos los gastos señalados en el casillero 724, que la deducción se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de



Régimen Tributario Interno; que la glosa transgrede el art. 16 (actual 17 del Código Tributario) por cuanto los pagos se encontrarían respaldados en la ley; que los gastos declarados no pueden ser desconocidos por cuanto corresponden al giro ordinario del negocio; reproduce en su mayoría el argumento de la glosa "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones (casillero 724)"; citando adicionalmente los arts. 96, 101 y 139 del Código Tributario que se refieren en su orden a los deberes formales de los contribuyentes, al deber de la Administración Tributaria de motivar sus actos determinativos de obligación tributaria y a la invalidez de los actos administrativos. Frente a lo manifestado por la empresa actora, el Servicio de Rentas Internas al contestar la demanda señala que: "El contribuyente plante (sic) idénticos fundamentos que en la glosa anterior, y agrega la cita de los artículos 96 nro. 1, 101 y 139 del Código Tributario, sin que sean pertinentes ni aplicables al asunto materia de controversia". Esta Sala no efectúa análisis alguno respecto a los arts. 96, 101 y 139 del Código Tributario; por cuanto no se ha señalado por parte de la empresa actora la manera en la que se configuraría una supuesta falta de motivade determinación nro. 0920100100008, y como aquella conduciría a la invalidez del acto administrativo. La glosa tiene como origen la falta de documentación de soporte que la Autoridad Demandada señala como no presentada en la etapa de determinación y que alcanza un valor de USD\$ 1.856.723,99 (cuadro 18 del acta de determinación), el concepto de tales valores corresponde a los sueldos, salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras. Conviene entonces analizar si en la etapa de prueba se ha presentado documentación que justifique los valores glosados por el Servicio de Rentas Internas, así tenemos que a fojas 223 vta. se encuentra la respuesta del perito Germán Silva a la pregunta cuatro del pliego presentado por la Autoridad Demandada, en la que señala lo siguiente: "...el valor de \$1'495.397,52 corresponde a un pago extraordinario por una sola ocasión a sus trabajadores en concepto de reconocimiento a la gestión realizada que permitió sobrepasar las expectativas y proyecciones económicas de la firma. La documentación de sustento de este pago extraordinario efectuado por única vez durante el año 2006 se encuentra incorporado al informe presentado por el suscrito en esta misma fecha y que absuelve la segunda pregunta efectuada en la diligencia del 24 de septiembre del 2010 por la firma. Consecuentemente el valor no justificado en el casillero 725 asciende a

\$361.326,47"; el perito no indica qué tipo de documentación es la que considera como sustento del valor glosado; sin embargo, de la revisión de los anexos presentados por el perito, de fojas 226 a 251 se encuentra el documento denominado "GERAR-DO ORTIZ & HIJOS ROL DE BONIFICA-CIONES ESPECIALES 2006" y que mediante esferográfico se lo ha identificado como anexo nro. 1; en este documento se encuentran 752 ítems con un nombre y un apellido de personas que supuestamente trabajarían en la empresa actora, con el valor supuestamente recibido y la firma de responsabilidad; al respecto cabe efectuar las siguientes consideraciones: 1. No consta el número de identificación del trabajador; 2. No se encuentran los nombres completos del trabajador; 3. No existen todas las firmas en el documento, por ejemplo en los ítems 419, 421, 422, 423, 425, 426, 428, 430, 431, 433, 435, 436, 438, 439, 441, 443, 444, 446 por señalar algunos; 4. La suma del total del rol incluye aquellos valores en los que no consta la firma del trabajador. El documento, en la forma como ha sido presentado no presta mérito para aceptar la pretensión del actor, puesto que no puede ser considerado como una prueba válida al contener los errores advertidos en este apartado y por no constituir prueba plena que acredite que dichos valores hayan sido recibidos por los allí mencionados. Por su parte, la perito Jiménez a fojas 211 del cuaderno procesal al dar respuesta a la pregunta número 2S del pliego presentado por la empresa actora señala lo siguiente: "De lo cual se puede señalar que el contribuyente NO APORTÓ CON INFORMACIÓN ADICIO-NAL a la presentada en la etapa administrativa, ya que la suma de los comprobantes presentados asciende a US\$ 4.593.669,57 información ya presentada y aceptada por la Administración Tributaria. Por lo tanto NO EXISTEN DOCUMENTOS NI JUS-TIFICATIVOS DEL VALOR USD\$ 1,856,723.99 correspondientes al casillero 725 por sueldos, salarios y demás remuneraciones a través de tercerizadoras". De los recaudos procesales, se evidencia que la empresa actora no ha cumplido con lo dispuesto en el art. 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el año 2006, es decir no ha presentado la documentación que justifique que ha cumplido con la aportación a la Seguridad Social respecto al valor de USD\$ 1.856.723,99 por lo que se ratifica la glosa. C).- GLOSA BENEFI-CIOS SOCIALES E INDEMNIZACIONES -CASILLERO 727.- La empresa actora sostiene en su demanda que los valores glosados se encuentran





debidamente respaldados en la contabilidad y cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, que se han presentado los comprobantes justificativos de los gastos correspondientes al casillero 725, que la deducción se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Por su parte el Servicio de Rentas Internas al contestar la demanda reproduce textualmente los argumentos constantes en el acta de determinación impugnada. La glosa tiene como origen, según el Servicio de Rentas Internas, en la falta de documentación de soporte del valor USD\$ 48.169,22 correspondiente al casillero 727 de la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2006 (cuadro nro. 21 del acta de determinación impugnada). Al respecto se debe tener en consideración el art. 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el año 2006: "Art. 10.- Deducciones.-En general para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones:...()... 9.- Los sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; la participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones legales y voluntarias y otras erogaciones impuestas por el Código del Trabajo, en otras leyes de carácter social o por contratos colectivos o individuales, así como en actas transaccionales y sentencias, incluidos los aportes al seguro social obligatorio; también serán deducibles las contribuciones a favor de los trabajadores para finalidades de asistencia médica, sanitaria, escolar, cultural, capacitación, entrenamiento profesional y de mano de obra. Las remuneraciones en general y los beneficios sociales reconocidos en un determinado ejercicio económico, solo se deducirán sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con el seguro social obligatorio, a la fecha de presentación de la declaración del impuesto a la renta;..."; la norma citada señala que para la deducibilidad de los gastos por concepto de sueldos, salarios, remuneraciones, bonificaciones, beneficios sociales, participaciones en utilidades, etc.; los mismos deben haber sido aportados al IESS. De los recaudos procesales no se aprecia documentación presentada por la empresa actora respecto a ésta glosa, conviene analizar entonces los informes periciales, así tenemos que a fojas 224 del cuaderno procesal se encuentra la respuesta del

perito Germán Silva a la pregunta siete del pliego presentado por la Autoridad Demandada en la que señala lo siguiente: "El casillero 727 "Beneficios Sociales e Indemnizaciones" registra un cargo por \$117.976,44. Según la documentación presentada los comprobantes justificativos alcanzan la suma de \$117.976,44"; sin embargo de la respuesta del perito, y de la revisión de los recaudos procesales, no se ha podido verificar la documentación a la que el profesional hace referencia. Mientras que, la perito Jiménez a fojas 211 vta. al dar respuesta a la pregunta número 3 del pliego presentado por la empresa actora señala lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente presentó copia del anverso de cheques, sin embargo no aportó documentos ni comprobantes adicionales que permitan justificar los pagos por concepto de Beneficios Sociales e Indemnizaciones, por el valor de \$48.169,22". De los informes presentados se evidencia que la empresa actora no ha justificado con documentación válida los valores registrados en su declaración de impuesto a la renta por el valor de US\$ 48.169,22 por lo que se ratifica la glosa. D).- GLOSA HONORARIOS, COMISIONES Y DIETAS PERSONALES - CASILLERO 729.-A fojas 34 del proceso se encuentra la demanda presentada por el actor, y específicamente respecto a la glosa que se analiza señaló lo siguiente: que la Administración Tributaria ha alegado que existen gastos sin justificar declarados en el casillero 729; que tales gastos constan debidamente respaldados en la contabilidad y que cumplen con los requisitos legales y reglamentarios; que no debería objetarse la deducción de dichos gastos que además los mismos corresponden al giro ordinario del negocio; que la deducción se encuentra amparada en lo que dispone la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento. Mientras que, a fojas 68 del expediente judicial, se encuentra la contestación de la Autoridad Demandada, en la que sostiene que el contribuyente no justificó valor alguno por concepto del gasto objetado. Dentro del término probatorio las partes reprodujeron lo que de autos les es favorable y se solicitaron la práctica de dos diligencias, una de exhibición del expediente administrativo y otra de documentos y registros contables en el domicilio de la empresa actora. A fojas 84 y vta. de los cuadernos procesales consta el Acta de la Inspección a la Contabilidad, mientras que a fojas 198 y 199 consta el Acta de la Exhibición del Expediente Administrativo de la Autoridad Demandada. De fojas 210 a 215 del proceso se encuentra el informe pericial elaborado por la Eco. Ginger Jiménez respecto a la



Diligencia de Exhibición de la Contabilidad; en dicho informe, y exclusivamente sobre la glosa que es objeto de análisis, la empresa actora solicita en la pregunta 4 de su pliego, lo siguiente: "Si es verdad, que existen los documentos y comprobantes justificativos de los pagos efectuados por concepto de Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales, que por el valor de \$42.405,69 el S.R.I ha considerado como gastos no deducibles del casillero 729 en el Acta impugnada"; ante la inquietud solicitada, la Eco. Jiménez contesta lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente presentó copia del anverso de cheques, sin embargo no aportó documentos ni comprobantes adicionales que permitan justificar los pagos por concepto de Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales. Ya que la información presentada por el contribuyente en la inspección contable del 19 de octubre del 2010, fue la misma aportada en al (sic) etapa administrativa, la misma que fue considerada como deducible.". Así mismo, se debe considerar lo manifestado por la Eco. Ginger Jiménez en las conclusiones señaladas al final del informe pericial: "A pesar de las inspecciones realizadas al contribuyente, como se menciona al inicio del presente informe, éste no entregó la totalidad de la información glosada, respaldada en comprobantes de venta y/o demás respaldos. No presentó planillas de aportes al seguro social obligatorio para todos los casos, ni la totalidad de los pagos realizados a tercerizadoras, ya que hubieron meses de los cuales no se obtuvieron respaldo. Las copias de los cheques entregadas por el contribuyente mostraban solo el anverso de los mismos, por lo cual no es posible afirmar los pagos definitivos por dichos conceptos. Se debe considerar que el soporte tributario básico e indispensable para todo pago debiere estar respaldado en comprobantes vigentes a la época. A pesar que el contribuyente recibió requerimientos para cada glosa, se dio apertura para presentar cualquier documentación pertinente y relacionada como sustento de los valores glosados, sin embargo, hasta la fecha de presentación del presente informe no ha aportado con información adicional de la aquí descrita"; es decir, la perito concluye que no ha recibido de la empresa actora toda la información necesaria con el objeto que cumpla su labor profesional, lo que se deberá considerar al momento de resolver. De fojas 216 a 218 y vta. del proceso se encuentra otro informe pericial elaborado por la misma Eco. Ginger Jiménez respecto a la exhibición del expediente administrativo, y respecto al casillero 727 que es materia de análisis, la perito da contestación a las preguntas 7, 8 y 9 del pliego presentado por el Servicio de Rentas

Internas en los siguientes términos: a la 7: "Dentro del proceso administrativo el contribuyente aportó: mapeo de cuentas, mayores auxiliares de la cuenta nro. 4313300 denominada "Servicios Profesionales" y cuenta nro. 4314200 denominada "Servicios Prestados"; y, facturas (casillero 729)"; a la 8: "Los valores soportados en facturas ascienden a US\$ 88.050,30 (casillero 729)"; y a la 9: "Según información que reposa en los expedientes de la Administración Tributaria los valores deducibles de impuesto a la renta para el período 2006 ascienden a US\$ 69.807,22 (casillero 727) y a US\$ 88.050,30 (casillero 727)"; es decir, con el informe presentado por la Eco. Jiménez se ratifica el contenido del acta de determinación impugnada, ya que según la perito no se ha presentado documentación que justifique los valores glosados. De fojas 223 a 225 del proceso judicial se encuentra el informe pericial elaborado por el Eco. Germán Silva López, de acuerdo a lo señalado en el propio informe, dicha pericia se ha realizado tomando en consideración la exhibición de documentos efectuada el 07 de octubre de 2010 en las oficinas del Servicio de Rentas Internas; es decir, dicho peritaje versaba sobre el expediente administrativo que exhibió la Autoridad Demandada; respecto a la glosa de estudio, la empresa actora solicitó en la segunda pregunta de su pliego lo siguiente: "Que los señores peritos informen si la firma GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., entregó toda la documentación que le fue solicitada a través de los casilleros 724 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones"; 725 "Sueldos, Salarios y demás Remuneraciones a través de tercerizadoras"; 727 "Beneficios Sociales Indemnizaciones"; 729 "Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales; 732 "Mantenimiento y Reparaciones"; 741 "Seguros y Reaseguros"; 743 "Transporte"; 749 "Depreciaciones de Activos Fijos"; y, 761 "Otros Gastos Locales"; la respuesta del Eco. Germán Silva fue en los siguientes términos: "En algunas carpetas, las que no están numeradas y no identifican la documentación que guardan, puestas a disposición del suscrito, se pudo constatar que existen comprobantes de venta entregados por la firma Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda. En cumplimiento de los requerimientos emitidos por el S.R.I. En las carpetas que constituyen el proceso administrativo que concluyó con el Acta de Determinación nro. 0920100100008, que fueron puestas a consideración del suscrito y que no se encuentran numeradas y no identifican la documentación y/o información que guardan. Luego de la revisión efectuada he podido verificar que existen comprobantes de venta emitidos por terceras personas a





nombre de Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., durante el ejercicio económico 2006, como respuestas a los requerimientos emitidos por el S.R.I El día 26 de febrero del año 2008 le fue notificada a la firma el requerimiento de información nro. RLS-ATRRIN2008-0326. Este requerimiento se refería exclusivamente a información contable a través de medio magnético y no a la entrega de documentación física que sustenten los registros contables, tal como la misma Acta de Determinación lo confirma en la página 14 literal b) El día 16 de junio del 2008 la firma fue notificada con el Rede Información querimiento RLS-ATRRIN2008-1153. La información solicitada fue entregada el día 27 de junio del 2008 mediante trámite nro. 109012008029550 y posteriormente con fecha 04 de julio; 8 de julio; 11 de julio; 21 de julio; 28 de julio y 30 de julio mediante seis anexos al trámite nro. 109012008029550 se concluyó en la entrega de la información solicitada. En definitiva, según la documentación existente, esto es, los requerimientos de información y los trámites de entrega de información presentados, la firma cumplió con la entrega de lo solicitado.". De acuerdo a la absolución efectuada por el perito, la empresa actora habría entregado información a la Administración Tributaria respecto a las glosas levantadas; sin embargo de lo señalado por el Eco. Silva, no se ha identificado qué documentación fue la que se entregó en la etapa de determinación, no se ha establecido los valores que se justificarían con la documentación que indica se ha entregado, dicha información resulta de vital importancia, más aún cuando en la propia acta de determinación impugnada se indica que la empresa actora ha presentado parcialmente la información requerida; es decir, que no ha justificado todo el valor registrado en su declaración de impuesto a la renta en el casillero 729 correspondiente a "Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales", la Administración Tributaria sostiene que la compañía GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA., registró el valor de USD\$ 130.455,99 y ante el requerimiento de la documentación de soporte de dicho valor, la empresa actora lo hizo en la suma de USD\$ 88.050,30 por lo que se glosó la diferencia, es decir USD\$ 42.405,69. A fojas 252 y vta. de los cuadernos procesales, se encuentra el anexo 2 al informe pericial presentado por el Eco. Silva en el que detalla los comprobantes de venta relacionados al casillero 729 y que justificarían un valor de USD\$ 15.518,04 adicionales a favor de la empresa actora; sin embargo, a fojas 120 del proceso judicial se encuentra el anexo signado con el número 2 del Acta

de Determinación nro. 0920100100008 eh el que se detallan los comprobantes de venta, contribuyente, fecha de emisión y los valores que fueron aceptados por el Servicio de Rentas Internas dentro de la etapa de determinación por la cantidad de USD\$ 88.050,30 y en el que ya constan los comprobantes de venta que han sido considerados como gastos deducibles adicionales por el Eco. Silva en su informe pericial; a manera de ejemplo, podemos señalar los siguientes que pertenecen al con-ARETINA S.A., facturas tribuyente 004-003-0006365, 004-003-0006364, 004-003-0006367, 004-003-00063616363. Así mismo, se debe cuestionar la actuación del perito en su informe al certificar por sí mismo las facturas que le han sido puestas en su conocimiento por parte de la empresa actora; se debe recordar que no es función del perito el de certificar documentación que no le pertenece y que no es de su exclusiva custodia, sino la de informar hechos que son puestos a escrutinio por las partes, más aún cuando los comprobantes de venta han sido girados a nombre de un sujeto pasivo en particular y quien debería certificar tal documentación es el contador de la empresa. Todo lo mencionado desdice la actuación del perito Silva en su informe, por lo que la pericia por él presentada no puede ser valorada por la Sala juzgadora al contener errores sustanciales y fundamentales. En la especie, con el informe pericial presentado por el Eco. Silva no se ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del Acta de Determinación nro. 0920100100008 conforme lo establece el art. 259 del Código Tributario, ya que el informe pericial ha sido efectuado considerando información que ya fue tomada en cuenta por el Servicio de Rentas Internas en su determinación y que ha sido detallada en éste acápite. Estudiadas y analizadas las pruebas actuadas en el proceso y de acuerdo a lo establecido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, E).- GLOSA MANTENIMIENTO Y REPARACIONES - CASILLERO 732.- A fojas 34 y vta. del proceso se encuentra la demanda presentada por el actor, y específicamente respecto a la glosa que se analiza señaló lo siguiente: que oportunamente ha entregado los comprobantes justificativos de todos los gastos correspondientes al casillero 732; que la deducción de tales gastos se encuentra amparada en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; que la glosa transgrede lo dispuesto en el Reglamento de Comprobantes



de Venta y Retención, y el art. 23 y 31 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; que los documentos presentados reúnen los requisitos de los arts. 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; reproduce el mismo texto utilizado para la glosa levantada en el casillero 725. A fojas 68 y vta. del proceso se encuentra la contestación a la demanda efectuada por el Servicio de Rentas Internas, en la que sostiene que el contribuyente ha incumplido con lo dispuesto en los arts. 23 y 31 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Dentro del término probatorio las partes reprodujeron lo que de autos les es favorable y se solicitaron la práctica de dos diligencias, una de exhibición del expediente administrativo y otra de documentos y registros contables en el domicilio de la empresa actora. A fojas 84 y vta. de los cuadernos procesales consta el Acta de la Inspección a la Contabilidad, mientras que a fojas 198 y 199 consta el Acta de la Exhibición del Expediente Administrativo de la Autoridad Demandada. De fojas 210 a 215 del proceso se encuentra el informe pericial elaborado por la Eco. Ginger Jimenez respecto a la Diligencia de Exhibición de la Contabilidad; en dicho informe, y exclusivamente sobre la glosa que es objeto de análisis, la empresa actora solicita en la pregunta 5 de su pliego, lo siguiente: "Si es verdad, que existen los documentos y comprobantes justificativos de los pagos efectuados en concepto Mantenimiento y Reparaciones, que por valor de \$1'582.987,73 el (sic) S.R.I. ha considerado como gastos no deducibles del casillero 732 en el Acta Impugnada", ante la inquietud solicitada, la Eco. Jimenez contesta lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente presentó copia del anverso de cheques, y comprobantes de venta por un valor de USD\$ 42.729,86, sin embargo no aportó con documentos ni comprobantes adicionales que permitan justificar los pagos por concepto de Mantenimiento y Reparaciones, por el valor de USD\$ 1 '582.987,73.". Así mismo, se debe considerar lo manifestado por la Eco. Ginger Jiménez en las conclusiones señaladas al final del informe pericial: "A pesar de las inspecciones realizadas al contribuyente, como se menciona al inicio del presente informe, éste no entregó la totalidad de la información glosada, respaldada en comprobantes de venta y/o demás respaldos. No presentó planillas de aportes al seguro social obligatorio para todos los casos, ni la totalidad de los pagos realizados a tercerizadoras, ya que hubieron meses de los cuales no se obtuvieron respaldo. Las copias los cheques entregadas por el contribuyente

mostraban sólo el anverso de los mismos, por lo cual no es posible afirmar los pagos definitivos por dichos conceptos. Se debe considerar que el soporte tributario básico e indispensable para todo pago debiere estar respaldado en comprobantes vigentes a la época. A pesar que el contribuyente recibió requerimientos para cada glosa, se dio apertura para presentar cualquier documentación pertinente y relacionada como sustento de los valores glosados, sin embargo, hasta la fecha de presentación del presente informe no ha aportado con información adicional de la aquí descrita"; es decir, la perito concluye que no ha recibido de la empresa actora toda la información necesaria para cumplir su labor profesional, lo que se deberá considerar al momento de resolver. De fojas 216 a 218 y vta. del proceso se encuentra otro informe pericial elaborado por la misma Eco. Ginger Jimenez respecto a la exhibición del expediente administrativo, y respecto al casillero 732 que es materia de análisis, la perito da contestación a las preguntas 10, 11 y 12 del pliego presentado por el Servicio de Rentas Internas en los siguientes términos: a la 10: "Dentro del proceso administrativo el contribuyente aportó: mapeo de cuentas, mayores auxiliares de la cuenta No 4312600 denominada "Mantenimiento" y cuenta No 4322300 denominada "Mantenimiento de vehículos", y, "facturas"; a la 11: "Los valores soportados en facturas y que cumplen con los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención ascienden a US\$ 762.356,74 detalle que se encuentra en el anexo 3 del acta ya mencionada"; y a la 12: "Según información que reposa en los expedientes de la Administración Tributaria los valores deducibles de impuesto a la renta para el período 2006 ascienden a US\$ 762.356,74"; es decir, con el informe presentado por la Eco. Jiménez se ratifica el contenido del acta de determinación impugnada, ya que según la perito no se ha presentado documentación que justifique los valores glosados. De fojas 223 a 225 del proceso judicial se encuentra el informe pericial elaborado por el Eco. Germán Silva López, de acuerdo a lo señalado en el propio informe, dicha pericia se ha realizado tomando en consideración la exhibición de documentos efectuada el 7 de octubre de 2010 en las oficinas del Servicio de Rentas Internas; es decir, dicho peritaje versaba sobre el expediente administrativo que exhibió la Autoridad Demandada; respecto a la glosa de estudio, la empresa actora solicitó en la segunda pregunta de su pliego lo siguiente: "Que los señores peritos informen si la firma GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., entregó toda la documentación





que le fue solicitada a través de los casilleros 724 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones"; 725 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones a través de tercerizadoras": 727 "Beneficios Sociales Indemnizaciones"; 729 "Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales; 732 "Mantenimiento y Reparaciones"; 741 "Seguros y Reaseguros"; 743 "Transporte"; 749 "Depreciaciones de Activos Fijos"; y, 761 "Otros Gastos Locales"; la respuesta del Eco. Germán Silva fue en los siguientes términos: "En algunas carpetas, las que no están numeradas y no identifican la documentación que guardan, puestas a disposición del suscrito, se pudo constatar que existen comprobantes de venta entregados por la firma Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda. En cumplimiento de los requerimientos emitidos por el S.R.I. En las carpetas que constituyen el proceso administrativo que concluyó con el Acta de Determinación No. 0920100100008, que fueron puestas a consideración del suscrito y que no se encuentran numeradas y no identifican la documentación y/o información que guardan. Luego de la revisión efectuada he podido verificar que existen comprobantes de venta emitidos por terceras personas a nombre de Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda. durante el ejercicio económico 2006, como respuestas a los requerimientos emitidos por el S.R.I. El día 26 de febrero del año 2008 le fue notificada a la firma el requerimiento de información No. RLS-ATRRIN2008-0326. Este requerimiento se refería exclusivamente a información contable a través de medio magnético y no a la entrega de documentación física que sustenten los registros contables, tal como la misma Acta de Determinación lo confirma en la página 14 literal b). El día 16 de junio del 2008 la firma fue notificada con el Requerimiento de Información No. RLS-ATRRIN2008-1153. La información solicitada fue entregada el día 27 de junio del 2008 mediante trámite No. 109012008029550 y posteriormente con fecha 4 de julio; 8 de julio; 11 de julio; 21 de julio; 28 de julio y 30 de julio mediante seis anexos al trámite No. 109012008029550 se concluyó en la entrega de la información solicitada. En definitiva, según la documentación existente, esto es, los requerimientos de información y los trámites de entrega de información presentados, la firma cumplió con la entrega de lo solicitado.". De acuerdo a la absolución efectuada por el perito, la empresa actora habría entregado información a la Administración Tributaria respecto a las glosas levantadas; sin embargo de lo señalado por el Eco. Silva, no se ha identificado qué documentación fue la que se entregó en la etapa de determinación, no se han establecido los

valores que se justificarían con la documentación entregada; por consiguiente dicha información resulta de vital importancia, más aun teniendo en cuenta que en la propia acta de determinación impugnada se indica que la empresa actora ha presentado parcialmente la información requerida; es decir, que no ha justificado la totalidad de los valores registrados en su declaración de impuesto a la renta en el casillero 732 correspondiente a "Mantenimiento y reparaciones", la Administración Tributaria sostiene que la compañía GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA. registró el valor de USD\$ 2.345.344,47 y ante el requerimiento de la documentación de soporte de dicho valor, la empresa actora lo hizo en la suma de USD\$ 762.356,74 por lo que se glosó la diferencia, es decir USD\$ 1.582.987,73. De fojas 256 a 267 vta. de los cuadernos procesales, se encuentra el anexo 4 al informe pericial presentado por el Eco. Silva en el que detalla los comprobantes de venta relacionados al casillero 732 y que supuestamente justificarían un valor de USD\$ 1.207.332,16 adicionales a favor de la empresa actora; sin embargo, de fojas 121 a 131 vta. del proceso judicial se encuentra el anexo signado con el número 3 del Acta de Determinación No 0920100100008 en el que se detallan los comprobantes de venta, contribuyente, fecha de emisión y los valores que fueron aceptados por el Servicio de Rentas Internas dentro de la etapa de determinación por la cantidad de USD\$ 762.356,74 y en el que ya constan los comprobantes de venta a los que hace mención el Eco. Silva como gastos deducibles adicionales; a manera de ejemplo, podemos señalar los siguientes: emisor: ACCEPLAST S.A., comprobante No: 6594; emisor: Nelly Susana Albarracin Maruri, comprobantes Nos: 12994, 13378, 14079; emisor: ALUTEC CIA. LTDA., comprobante No: 69606; y, emisor: Rafael Argudo Coronel, comprobante No: 19933. Así mismo, se debe cuestionar la actuación del perito al certificar por sí mismo las facturas que le han sido puestas en su conocimiento por parte de la empresa actora; se debe recordar que no es función del perito el de certificar documentación que no le pertenece y que no se encuentre bajo su custodia conforme al ordenamiento jurídico, sino la de informar hechos que son puestos a escrutinio por las partes, más aún cuando los comprobantes de venta han sido girados a nombre de un sujeto pasivo en particular y quien debería certificar tal documentación es el contador de la empresa. Todo lo mencionado desdice la actuación del perito Silva en la causa, por lo que el informe pericial por



él presentado no puede ser valorado por la Sala juzgadora al contener errores sustanciales y fundamentales. En la especie, con el informe pericial presentado por el Eco. Silva no se ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del Acta de Determinación nro. 0920100100008 conforme lo establece el art. 259 del Código Tributario, ya que dicha pericia ha sido efectuada considerando información que ya fue tomada en cuenta por el Servicio de Rentas Internas, con lo que no puede llegarse a la convicción real que la actuación de la Administración Tributaria haya sido contraria a derecho. Estudiadas y analizadas las pruebas actuadas en el proceso y de acuerdo a lo establecido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala ratifica la glosa. F).- GLOSA SEGU-ROS Y REASEGUROS - CASILLERO 741.- La empresa actora señala en su demanda que entregó la documentación de soporte por el valor declarado en el casillero 741, que la deducción se ampara en el art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno y art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; así mismo, cita el art. 139 del Código Tributario. Por su parte el Servicio de Rentas Internas en la contestación a la demanda reproduce los argumentos establecidos en el acto impugnado. La glosa por el valor de US\$ 23.721,79 tiene su origen según la Autoridad Demandada, ante la falta de documentación de soporte de los valores declarados en el casillero 741. De acuerdo a lo manifestado por las partes, la *litis* se trabó en la falta de documentación de soporte de los valores declarados, de los cuadernos procesales tenemos que a fojas 211 vta. y 212 se encuentra la respuesta de la perito Jiménez a la pregunta número 6 del pliego presentado por la empresa actora en la que se señala lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente presentó comprobantes correspondientes a este rubro, de lo cual señaló que el valor glosado corresponde al impuesto al valor agregado enviado al gasto"; mientras que, el perito Germán Silva no absuelve ninguna pregunta respecto a la glosa de estudio. La Sala no se pronuncia respecto a la invalidez del acto alegada por el actor, en virtud que se ha limitado a señalar que los actos son nulos en los casos determinados en el art. 139 del Código Tributario, y no ha explicado el vicio que se habría producido en la emisión del acta impugnada. No existe constancia procesal que permita a la Sala aceptar la pretensión del actor, y correspondiendo la carga de la prueba a la empresa actora conforme lo establece el art. 258

del Código Tributario, esta Sala ratifica la glosa establecida por el Servicio de Rentas Internas. G).- GLOSA TRANSPORTE - CASILLERO 743.- A fojas 35 y vta. del proceso se encuentra la demanda presentada por el actor, y específicamente respecto a la glosa que se analiza señaló lo siguiente en dicho acto procesal: que los gastos considerados como no deducibles constan debidamente respaldados en la contabilidad; que tales gastos cumplen con los requisitos legales y reglamentarios; que es ilegal no aceptar como deducibles tales gastos; que dichos gastos corresponden al giro ordinario del negocio; que son gastos deducibles de acuerdo al art. 10, numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno, arts. 23, 31 y 21 numerales 2 y 5 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; que la deducción aplicada en el casillero 743 consta en el art. 101, 139 y 96 numeral 1 del Código Tributario que se refiere a la invalidez de los actos administrativos. A fojas 68 vta. y 69 del proceso se encuentra la contestación a la demanda efectuada por el Servicio de Rentas Internas, en la que sostiene que luego de la revisión de la documentación presentada por el contribuyente se establecieron las glosas definitivas respecto del casillero 743. Dentro del término probatorio las partes reprodujeron lo que de autos les es favorable y se solicitaron la práctica de dos diligencias, una de exhibición del expediente administrativo y otra de documentos y registros contables en el domicilio de la empresa actora. A fojas 84 y vta. de los cuadernos procesales consta el Acta de la Inspección a la Contabilidad, mientras que a fojas 198 y 199 consta el Acta de la Exhibición del Expediente Administrativo de la Autoridad Demandada. De fojas 210 a 215 del proceso se encuentra el informe pericial elaborado por la Eco. Ginger Jimenez respecto a la Diligencia de Exhibición de la Contabilidad; en dicho informe, y exclusivamente sobre la glosa que es objeto de análisis, la empresa actora solicita en la pregunta 7 de su pliego, lo siguiente: "Si es verdad, que existen los documentos y comprobantes justificativos de los pagos efectuados en concepto Transporte, que por valor de \$443.480,31 el S.R.I. ha considerado como gastos no deducibles del casillero 743 en el Acta Impugnada", ante la inquietud solicitada, la Eco. Jimenez contesta lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente presentó comprobantes de venta por un valor de US\$ 8.889,96, sin embargo no aportó con documentos ni comprobantes adicionales que permitan justificar los pagos por concepto de Transporte, por el valor de \$ 443.480,31.". Así





mismo, se debe considerar lo manifestado por la Eco. Ginger Jiménez en las conclusiones señaladas al final del informe pericial: "A pesar de las inspecciones realizadas al contribuyente, como se menciona al inicio del presente informe, éste no entregó la totalidad de la información glosada, respaldada en comprobantes de venta y/o demás respaldos. No presentó planillas de aportes al seguro social obligatorio para todos los casos, ni la totalidad de los pagos realizados a tercerizadoras, ya que hubieron meses de los cuales no se obtuvieron respaldo. Las copias de los cheques entregadas por el contribuyente mostraban sólo el anverso de los mismos, por lo cual no es posible afirmar los pagos definitivos por dichos conceptos. Se debe considerar que el soporte tributario básico e indispensable para todo pago debiere estar respaldado en comprobantes vigentes a la época. A pesar que el contribuyente recibió requerimientos para cada glosa, se dio apertura para presentar cualquier documentación pertinente y relacionada como sustento de los valores glosados, sin embargo, hasta la fecha de presentación del presente informe no ha aportado con información adicional de la aquí descrita"; es decir, la perito concluye que no ha recibido de la empresa actora toda la información necesaria para cumplir su labor profesional, lo que se deberá considerar al momento de resolver. De fojas 216 a 218 y vta. del proceso se encuentra otro informe pericial elaborado por la misma Eco. Ginger Jimenez respecto a la exhibición del expediente administrativo, y respecto al casillero 743 que es materia de análisis, la perito da contestación a las preguntas 14 y 15 del pliego presentado por el Servicio de Rentas Internas en los siguientes términos: a la 14: "La información proporcionada por el contribuyente en la etapa administrativa asciende a US\$ 566.780,76 de los cuales US\$ 111.225,62 fueron considerados como no deducibles"; a la 15: "La información no soportada (no deducible + no proporcionada) asciende a US\$ 443.480,31 la cual consta de información presentada pero considerada no deducible por US\$ 111.225,62 y de información no proporcionada por el contribuyente por US\$ 332.254,69"; es decir, con el informe presentado por la Eco. Jiménez se ratifica el contenido del acta de determinación impugnada, ya que según la perito no se ha presentado documentación que justifique los valores glosados. De fojas 223 a 225 del proceso judicial se encuentra el informe pericial elaborado por el Eco. Germán Silva López, de acuerdo a lo señalado en el propio informe, dicha pericia se ha realizado tomando en consideración la exhibición de documentos efectuada el 7 de octubre de 2010 en las

oficinas del Servicio de Rentas Internas; es decir, dicho peritaje versaba sobre el expediente administrativo que exhibió la Autoridad Demandada; respecto a la glosa de estudio, la empresa actora solicitó en la segunda pregunta de su pliego lo siguiente: "Que los señores peritos informen si la firma GERAR-DO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., entregó toda la documentación que le fue solicitada a través de los casilleros 724 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones"; 725 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones a través de tercerizadoras"; 727 "Beneficios Sociales e Indemnizaciones"; 729 "Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales; 732 "Mantenimiento y Reparaciones"; 741 "Seguros y Reaseguros"; 743 "Transporte"; 749 "Depreciaciones de Activos Fijos"; y, 761 "Otros Gastos Locales"; la respuesta del Eco. Germán Silva fue en los siguientes términos: "En algunas carpetas, las que no están numeradas y no identifican la documentación que guardan, puestas a disposición del suscrito, se pudo constatar que existen comprobantes de venta entregados por la firma Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda. En cumplimiento de los requerimientos emitidos por el S.R.I. En las carpetas que constituyen el proceso administrativo que concluyó con el Acta de Determinación No. 0920100100008, que fueron puestas a consideración del suscrito y que no se encuentran numeradas y no identifican la documentación y/o información que guardan. Luego de la revisión efectuada he podido verificar que existen comprobantes de venta emitidos por terceras personas a nombre de Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., durante el ejercicio económico 2006, como respuestas a los requerimientos emitidos por el S.R.I. El día 26 de febrero del año 2008, le fue notificada a la firma el requerimiento de información RLS-ATRRIN2008-0326. Este requerimiento se refería exclusivamente a información contable a través de medio magnético y no a la entrega de documentación física que sustenten los registros contables, tal como la misma Acta de Determinación lo confirma en la página 14 literal b). El día 16 de junio del 2008 la firma fue notificada con el Requerimiento de Información No. RLS-ATRRIN2008-1153. La información solicitada fue entregada el día 27 de junio del 2008 mediante trámite No. 109012008029550 y posteriormente con fecha 4 de julio; 8 de julio; 11 de julio; 21 de julio; 28 de julio y 30 de julio mediante seis anexos al trámite No. 109012008029550 se concluyó en la entrega de la información solicitada. En definitiva, según la documentación existente, esto es, los requerimientos de información y los trámites de entrega de información presentados, la firma cumplió con la



entrega de lo solicitado.". De acuerdo a la absolución efectuada por el perito, la empresa actora habría entregado información a la Administración Tributaria respecto a las glosas levantadas; sin embargo de lo señalado por el Eco. Silva, no se ha identificado qué documentación fue la que se entregó en la etapa de determinación, no se han establecido los valores que se justificarían con la documentación que indica se ha entregado, dicha información resulta de vital importancia, más aún cuando en la propia acta de determinación impugnada se indica que la empresa actora ha presentado parcialmente la información requerida; es decir, que no ha justificado la totalidad de los valores registrados en su declaración de impuesto a la renta en el casillero 743 correspondiente a "Transporte", la Administración Tributaria sostiene que la compañía GERAR-DO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA., registró el valor de USD\$ 899.035,45 y ante el requerimiento de la documentación de soporte de dicho valor, la empresa actora lo hizo en la suma de USD\$ 455.555,14 por lo que se glosó la diferencia, es decir USD\$ 443.480,31. De fojas 253 a 255 vta. de los cuadernos procesales, se encuentra el anexo 3 al informe pericial presentado por el Eco. Silva en el que detalla los comprobantes de venta relacionados al casillero 743 y que justificarían un valor de USD\$ 327.223,37 adicionales a favor de la empresa actora; sin embargo, de fojas 133 a 139 vta. del proceso judicial se encuentra el anexo signado con el número 5 del Acta de Determinación No 0920100100008 en el que se detallan los comprobantes de venta, contribuyente, fecha de emisión y los valores que fueron aceptados por el Servicio de Rentas Internas dentro de la etapa de determinación por la cantidad de USD\$ 455.555,14 y en el que ya constan los comprobantes de venta a los que hace mención el Eco. Silva como gastos deducibles adicionales; a manera de ejemplo, podemos señalar los siguientes: emisor: Eufracio Arquimedes Arciniega Sarmiento, comprobante No: 434; emisor: Gladys Esperanza Avila Alvarado, comprobante No: 21069; emisor: Delio Octavio Castillo Montenegro, comprobante No: 125; emisor: Marcelo Cadena Caceres, comprobante No: 2385; emisor: Mario Leoncio Brito Vega, comprobante No: 5109; emisor: Nelly Susana Albarracin Maruri, comprobante No: 13414. Así mismo, se debe cuestionar la actuación del perito al certificar por sí mismo las facturas que le han sido puestas en su conocimiento por parte de la empresa actora; se debe recordar que función del perito el de certificar

documentación que no le pertenece, sino la de informar hechos que son puestos a escrutinio por las partes, más aún cuando los comprobantes de venta han sido girados a nombre de un sujeto pasivo en particular y quien debería certificar tal documentación es el contador de la empresa. Todo lo mencionado desdice la actuación del perito Silva en la causa, por lo que el informe pericial por él presentado no puede ser valorado por la Sala juzgadora al contener errores sustanciales y fundamentales. En la especie, con el informe pericial presentado por el Eco. Silva no se ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del Acta de Determinación No 0920100100008, conforme lo prescribe el art. 259 del Código Tributario, ya que el informe pericial ha sido efectuado considerando información que ya fue tomada en cuenta por el Servicio de Rentas Internas, prueba con la que no puede llegarse a la convicción real que la actuación de la Administración Tributaria haya sido contraria a derecho. Estudiadas y analizadas las pruebas actuadas en el proceso y de acuerdo a lo establecido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala ratifica la glosa. La Sala no se pronuncia respecto a la invalidez del acto alegada por el actor, en virtud que se ha limitado a señalar que los actos son nulos en los casos determinados en el art. 139 del Código Tributario, y no ha explicado el vicio que se habría producido en la emisión del acta impugnada. H).-GLOSA DEPRECIACIÓN DE ACTIVOS FI-JOS - CASILLERO 749.- La empresa actora en su demanda señala que la documentación de respaldo del gasto ha sido presentada oportunamente y que debería desecharse la glosa. El Servicio de Rentas Internas al contestar la demanda señala que el contribuyente luego de la lectura del acta borrador de determinación tributaria no presentó documentación ni argumento alguno que descargue la glosa establecida. El valor establecido por la Autoridad Demandada y que asciende a USD\$ 9.823,77 tiene su origen en virtud de la supuesta falta de documentación de soporte de los valores declarados por concepto de depreciación de activos fijos. Al respecto resaltamos que a fojas 212 y 212 vta., consta la respuesta de la perita Jiménez en relación a la glosa en estudio y en la que señala lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente aportó información sobre los valores depreciados con respecto a la glosa por Depreciaciones de Activos Fijos, de dicha información se desprenden los porcentajes de depreciación aplicados, fecha de adquisición de los activos, descripción, valor, depreciaciones acumuladas, anual y total





depreciado. Adicionalmente se procedió a calcular los valores correspondientes a la depreciación del ejercicio fiscal 2006, lo cual se resume en el siguiente cuadro, resultando una diferencia de US\$ 9.823,76"; a continuación la perita Jiménez detalla en un cuadro los valores por concepto de depreciación que deben ser asignados al ejercicio fiscal 2006, dicho cuadro es idéntico al número 41 del acta de determinación impugnada, y en el que se resumen los valores declarados por el contribuyente y los valores calculados, estableciéndose la diferencia de USD\$ 9.823,76. La diferencia entre el cálculo de la perita y del establecido en el acta de determinación es solo de un centavo. Respecto al informe pericial del Eco. Silva, en dicho informe no se ha dado respuesta a la glosa referente a depreciación de activos fijos. De los recaudos procesales analizados y detallados en este acápite, se establece que no se han desvanecido las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del acta de determinación nro. 0920100100008 conforme lo establece el art. 259 del Código Tributario, además debe considerarse que la carga de la prueba le corresponde al actor de acuerdo al art. 258 ibidem. Por las consideraciones expuestas, se ratifica la glosa en el valor de US\$ 9.823,77. I).-GLOSA OTROS GASTOS LOCALES - CASI-LLERO 761.- A fojas 35 vta. y 36 del proceso se encuentra la demanda presentada por el actor, y específicamente respecto a la glosa que se analiza señaló lo siguiente: que ha registrado en el casillero 761 gastos de representación, gastos de viaje, movilizaciones, almacenaje - manipuleo, comisiones por garantías aduaneras, custodias de importaciones, gastos legales, gastos de representación, etc.; que los documentos de soporte reúnen los requisitos impresos establecidos en los arts. 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; que la deducción de tales gastos se encuentra amparada en los art. 10 numerales 1 y 14 de la Ley de Régimen Tributario Interno y en el art. 21 numerales 2 y 5 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; que la glosa levantada transgrede las disposiciones del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención y de los arts. 23, 31, 18, 87, 116 y 26 numeral 7 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. A fojas 69 y vta. del proceso se encuentra la contestación a la demanda efectuada por el Servicio de Rentas Internas, en la que arguye que luego de la revisión de la documentación presentada por el contribuyente se establecieron las glosas definitivas respecto del casillero 761.

Dentro del término probatorio las partes reprodujeron lo que de autos les es favorable y se solicitaron la práctica de dos diligencias, una de exhibición del expediente administrativo y otra de documentos y registros contables en el domicilio de la empresa actora. A fojas 84 y vta. de los cuadernos procesales consta el Acta de la Inspección a la Contabilidad, mientras que a fojas 198 y 199 consta el Acta de la Exhibición del Expediente Administrativo de la Autoridad Demandada. De fojas 210 a 215 del proceso se encuentra el informe pericial elaborado por la Eco. Ginger Jimenez respecto a la Diligencia de Exhibición de la Contabilidad; en dicho informe, y exclusivamente sobre la glosa que es objeto de análisis, la empresa actora solicita en la pregunta 9 de su pliego, lo siguiente: "Si es verdad, que existen los documentos y comprobantes justificativos de los pagos efectuados en concepto de Otros Gastos Locales, que por valor de \$975.066,00 en S.R.I. ha considerado como gastos no deducibles del casillero 761 en el Acta Impugnada", ante la inquietud solicitada, la Eco. Jimenez contesta lo siguiente: "En la etapa pericial el contribuyente no aportó con documentos ni comprobantes que permitan justificar los pagos por concepto de Otros Gastos Locales, por el valor de \$ 975.066,00.". Así mismo, se debe considerar lo manifestado por la Eco. Ginger Jiménez en las conclusiones señaladas al final del informe pericial: "A pesar de las inspecciones realizadas al contribuyente, como se menciona al inicio del presente informe, éste no entregó la totalidad de la información glosada, respaldada en comprobantes de venta y/o demás respaldos. No presentó planillas de aportes al seguro social obligatorio para todos los casos, ni la totalidad de los pagos realizados a tercerizadoras, ya que hubieron meses de los cuales no se obtuvieron respaldo. Las copias de los cheques entregadas por el contribuyente mostraban sólo el anverso de los mismos, por lo cual no es posible afirmar los pagos definitivos por dichos conceptos. Se debe considerar que el soporte tributario básico e indispensable para todo pago debiere estar respaldado en comprobantes vigentes a la época. A pesar que el contribuyente recibió requerimientos para cada glosa, se dio apertura para presentar cualquier documentación pertinente y relacionada como sustento de los valores glosados, sin embargo, hasta la fecha de presentación del presente informe no ha aportado con información adicional de la aquí descrita"; es decir, la perito concluye que no ha recibido de la empresa actora toda la información necesaria para cumplir su labor profesional, lo que se deberá considerar al momento de resolver. De fojas 216 a 218 y vta. del



proceso se encuentra otro informe pericial elaborado por la misma Eco. Ginger Jimenez respecto a la exhibición del expediente administrativo, y respecto al casillero 761 que es materia de análisis, la perito da contestación a las preguntas 16 y 17 del pliego presentado por el Servicio de Rentas Internas en los siguientes términos: a la 16: "La información proporcionada por el contribuyente en la etapa administrativa asciende a US\$ 2.125.816,67 de los cuales US\$ 1.386.064,70 fueron considerados como no deducibles"; a la 17: "La información no soportada asciende a US\$ 975.066,00"; es decir, con el informe presentado por la Eco. Jiménez se ratifica el contenido del acta de determinación impugnada, ya que según la perito no se ha presentado documentación que justifique los valores glosados. De fojas 223 a 225 del proceso judicial se encuentra el informe pericial elaborado por el Eco. Germán Silva López, de acuerdo a lo señalado en el propio informe, dicha pericia se ha realizado tomando en consideración la exhibición de documentos efectuada el 7 de octubre de 2010 en las oficinas del Servicio de Rentas Internas; es decir, dicho peritaje versaba sobre el expediente administrativo que exhibió la Autoridad Demandada; respecto a la glosa de estudio, la empresa actora solicitó en la segunda pregunta de su pliego lo siguiente: "Que los señores peritos informen si la firma GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., entregó toda la documentación que le fue solicitada a través de los casilleros 724 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones"; 725 "Sueldos, Salarios y Demás Remuneraciones a través de tercerizadoras"; 727 "Beneficios Sociales e Indemnizaciones"; 729 "Honorarios, Comisiones y Dietas a Personas Naturales; 732 "Mantenimiento y Reparaciones"; 741 "Seguros y Reaseguros"; 743 "Transporte"; 749 "Depreciaciones de Activos Fijos"; y, 761 "Otros Gastos Locales"; la respuesta del Eco. Germán Silva fue en los siguientes términos: "En algunas carpetas, las que no están numeradas y no identifican la documentación que guardan, puestas a disposición del suscrito, se pudo constatar que existen comprobantes de venta entregados por la firma Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda. En cumplimiento de los requerimientos emitidos por el S.R.I. En las carpetas que constituyen el proceso administrativo que concluyó con el Acta de Determinación No. 0920100100008, que fueron puestas a consideración del suscrito y que no se encuentran numeradas y no identifican la documentación y/o información que guardan. Luego de la revisión efectuada he podido verificar que existen comprobantes de venta emitidos por terceras personas a nombre de Gerardo Ortiz e Hijos

Cía. Ltda., durante el ejercicio económico 2006, como respuestas a los requerimientos emitidos por el S.R.I. El día 26 de febrero del año 2008 le fue notificada a la firma el requerimiento de información No. RLS-ATRRIN2008-0326. Este requerimiento se refería exclusivamente a información contable a través de medio magnético y no a la entrega de documentación fisica que sustenten los registros contables, tal como la misma Acta de Determinación lo confirma en la página 14 literal b). El día 16 de junio del 2008 la firma fue notificada con el Requerimiento de Información No. RLS-ATRRIN2008-1153. La información solicitada fue entregada el día 27 de junio del 2008 mediante trámite No. 109012008029550 y posteriormente con fecha 4 de julio; 8 de julio; 11 de julio; 21 de julio; 28 de julio y 30 de julio mediante seis anexos al trámite No. 109012008029550 se concluyó en la entrega de la información solicitada. En definitiva, según la documentación existente, esto es, los requerimientos de información y los trámites de entrega de información presentados, la firma cumplió con la entrega de lo solicitado.". De acuerdo a la absolución efectuada por el perito, la empresa actora habría entregado información a la Administración Tributaria respecto a las glosas levantadas; sin embargo de lo señalado por el Eco. Silva, no se ha identificado qué documentación fue la que se entregó en la etapa de determinación, no se han establecido los valores que se justificarían con la documentación que indica se ha entregado, dicha información resulta de vital importancia, más aún cuando en la propia acta de determinación impugnada se indica que la empresa actora ha presentado parcialmente la información requerida; es decir, que no ha justificado la totalidad de los valores registrados en su declaración de impuesto a la renta en el casillero 761 correspondiente a "Otros Gastos Locales", la Administración Tributaria sostiene que la companía GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., registró el valor de USD\$ 4.826.817,58 y ante el requerimiento de la documentación de soporte de dicho valor, la empresa actora lo hizo en la suma de USD\$ 3.851.751,58 por lo que se glosó la diferencia, es decir USD\$ 975.066,00. De fojas 268 a 289 vta. de los cuadernos procesales, se encuentra el anexo 5 al informe pericial presentado por el Eco. Silva en el que detallan los comprobantes de venta relacionados al casillero 761 y que justificarían un valor de USD\$ 862.117,07 adicionales a favor de la empresa actora; sin embargo, de fojas 140 a 189 vta. del proceso judicial se encuentra el anexo signado con el número 6 del Acta de Determinación





No. 0920100100008 en el que se detallan los comprobantes de venta, contribuyente, fecha de emisión y los valores que fueron aceptados por el Servicio de Rentas Internas dentro de la etapa de determinación por la cantidad de USD\$ 3.851.751,58 y en el que ya constan los comprobantes de venta a los que hace mención el Eco. Silva como gastos deducibles adicionales; a manera de ejemplo, podemos señalar los siguientes: emisor: ADAPAUSTRO S.A., comprobantes Nos: 7304 y 7306 (fojas 268 y 160 vta. del proceso); emisor: ARETINA S.A., comprobante No: 8085 (fojas 269 y 171 vta. del proceso) comprobante No: 51882 (fojas 269 vta. y 171 vta.); emisor: ECUAESTIBAS S.A., comprobantes Nos: 284129, 284523, 284529 y 284531 (fojas 270 y 174 del proceso). Así mismo, se debe cuestionar la actuación del perito al certificar por sí mismo las facturas que le han sido puestas en su conocimiento por parte de la empresa actora; se debe recordar que no es función del perito el de certificar documentación que no le pertenece, sino la de informar hechos que son puestos a escrutinio por las partes, más aún cuando los comprobantes de venta han sido girados a nombre de un sujeto pasivo en particular y quien debería certificar tal documentación es el contador de la empresa. Todo lo mencionado desdice la actuación del perito Silva en la causa, por lo que el informe pericial por él presentado no puede ser valorado por la Sala juzgadora al contener errores sustanciales y fundamentales. En la especie, con el informe pericial presentado por el Eco. Silva no se ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del Acta de Determinación No 0920100100008 conforme lo establece el art. 259 del Código Tributario, ya que el informe pericial ha sido efectuado considerando· información que ya fue tomada en cuenta por el Servicio de Rentas Internas, con lo que no puede llegarse a la convicción real que la actuación de la Administración Tributaria haya sido contraria a derecho y amparada en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, <u>la Sala ratifica la</u> glosa antedicha. J).- RECARGO 20%.- En aplicación del art. 273 del Código Tributario, esta Sala Especializada considera pertinente señalar que en cuanto al recargo del 20% determinado por la Administración Tributaria en contra del contribuyente, y sobre el cual no existe impugnación en la demanda, el mismo deviene en improcedente ya que la Resolución de Triple Reiteración de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial nro. 471 de 16 de junio de 2011, ha establecido

lo siguiente: "PRIMERO: El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008." En consecuencia en el presente caso, de los recaudos procesales se establece que el Acta de Determinación nro. 0920100100008 fue emitida por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006, hecho que se subsume en la primera condición prevista en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia citada, esto es que se trate de determinaciones referidas a un ejercicio económico anterior al 2007, por lo que no debía aplicarse el recargo analizado al presente caso.

### V.- DECISIÓN

5.1.- Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTO-RIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LE-YES DE LA REPÚBLICA, expide la siguiente: SENTENCIA

1. Se acepta parcialmente la demanda, de acuerdo al análisis efectuado en el literal 4.1. del considerando CUARTO de este fallo. Sin costas. Actúa el Dr. Diego Acuña Naranjo como Secretario Relator de conformidad con el oficio nro. 03-P-SCT-2014 de 08 de enero de 2014. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia Jueza Presidenta, Dr. Juan Montero Chávez Conjuez Nacional, Dr. José Luis Terán Suárez Conjuez Nacional.



# 

Juicio contencioso tributario propuesto por Poligráfica en contra del Servicio de Rentas Internas (SRI).

### SÍNTESIS

El compareciente solicita que mediante sentencia se ordene el archivo tanto del Acta de Determinación, como la Resolución Administrativa realizadas sobre deducibilidad de gastos, el Tribunal luego del análisis de los informes periciales y de la inspección realizada en las oficinas de la empresa declara sin lugar la demanda, y en consecuencia valída el Acta de Determinación Tributaria y la Resolución emitidas por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas. En conocimiento del recurso de casación, la Sala de la Corte Nacional declara la nulidad de esta sentencia por falta de motivación y expide la sentencia de mérito, manifestando que para que un gasto sea considerado como tal debe tener una secuencia material que así lo justifique tales como la fuente de la obligación, el pago o desembolso efectivo, la correspondiente factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario, hecho que no ha sido desvirtuado por la compañía. Por lo que se acepta parcialmente la demanda de impugnación dando de baja el recargo del 20% por corresponder al análisis del ejercicio fiscal 2004.

#### PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL TERCERA SALA. Guayaquil, jueves 04 de agosto del 2011, las 10h04.

VISTOS: El Ing. Luis Moisés Chonillo Castro por los derechos que representa de la compañía POLI-GRÁFICA C.A., comparece de fojas 93 a 123 de los autos a proponer demanda de impugnación a la Resolución Administrativa 109012008RREC008373 emitida y notificada el 07 de agosto de 2008 basada en el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRADD2008-002 emitida el 28 de febrero de 2008 y notificada el 05 de marzo de 2008 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal del año 2004, dictada por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, fundamentada en lo dispuesto en los arts. 229 y 231 del Código Tributario. Alega el actor que de forma errónea la Administración Tributaria se remitió a lo largo de esta Resolución a leyes adjetivas y sustantivas civiles, vigentes a la época, sin embargo este hecho generó una confusión, ya que el área Legislativa Tributaria en el Ecuador cuenta con suficientes medios y cuerpos legales que detallan la forma correcta de los procedimientos, infracciones y requisitos legales que debieron ser

aplicados en el acto administrativo impugnado. Expone además el actor que al existir documentación emanada por la Administración Tributaria que pretende determinar el hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo, los cuales son los principios de una determinación tributaria y al haberse iniciado los mencionados actos con fecha 18 de noviembre de 2005 y haberse notificado la Orden de Determinación con fecha 07 de marzo de 2007, haciendo por lo tanto que el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ASTRA-DD2008-0002, notificada el 07 de marzo de 2008, no tenga validez alguna y continuando por lo tanto con los plazos de la caducidad, demostrando que estos actos de determinación carecen de validez por haber caducado su facultad determinadora. El compareciente solicita que mediante sentencia se ordene el archivo tanto del Acta de Determinación nro. RLS-ATRADD2008-0002, como la Resolución Administrativa nro. 109012008RREC08373. Mediante decreto de fecha 23 de noviembre del 2009 se acepta al trámite la demanda por reunir los requisitos establecidos en el art. 231 de la Codificación del Código Tributario, se ordenó citar con la misma citar al Director General y al Director Regional Sur del Servicio de Rentas Internas, para que la conteste





en el término de 15 días. Compareció a juicio el Econ. Carlos Marx Carrasco e Ing. Johnny Alcívar Zavala, en calidades de Director General del Servicio de Rentas Internas y Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, calidades acreditadas con nombramientos que acompañan a fojas 171 y 142 respectivamente. A la acción propuesta, oponen principalmente, la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; así como otras argumentaciones esgrimidas en contra de la demanda presentada por la parte actora, trabándose de este modo la litis; y, por existir hechos sujetos a justificación se recibió la causa a prueba por el término común de 10 días. Se practicaron los medios probatorios peticionados por los litigantes; para finalmente en providencia del 16 de septiembre del 2010 se declaró vencido el término de prueba y se pidieron los autos para resolver; por lo que el estado actual de la causa es el de dictar sentencia y para hacerlo se considera: PRIMERO. La competencia para conocer la demanda de impugnación por parte de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, está dada por el art. 220 (ex 234) numeral 6 del Código Tributario; y en cuanto a esta Sala la competencia está dada por razón del resorteo efectuado por la Delegación Distrital del Consejo de la Judicatura de fecha 28 de enero de 2009, correspondiendo a esta Tercera Sala el conocimiento de esta controversia. **SEGUNDO.** No hay nulidad que declarar por omisión de solemnidad o vicio en el procedimiento que pudiera afectar este proceso. TER-**CERO.** La materia fundamental de la litis se concreta en que el accionista Luis Chonillo Castro efectuó pagos a proveedores de la compañía actora los mismos que ingresaron al inventario de POLIGRA-FICA C.A. y bajo decisión de la Junta General de Accionistas; en tanto que, la Administración Tributaria desestima estos procedimientos, trabándose de este modo la litis. Para ello es necesario analizar los argumentos esgrimidos por la accionante en este proceso con respecto a las diferentes determinaciones y situaciones de derecho, para cuyo efecto se concreta los siguientes razonamientos: "1.1. Respecto a la Cuenta de Aportes a Futuras Capitalizaciones: Poligráfica C.A., ha manifestado que registra en su contabilidad una cuenta denominada Aportes a Futuras Capitalizaciones a favores del accionista Luis Chonillo; situación que se debe a decisiones de la Junta General de Accionista (sic) en la cual se autoriza a este Registro, por cuanto el accionista ha efectuado pagos a proveedores de la compañía por concepto de pago de bienes que ingresaron en el inventario de la compañía conforme la

normativa contable lo establece. 1.2. Respecto de los pagos: Poligráfica C.A. ha manifestado que las transacciones comerciales con sus proveedores se efectuaron cumpliendo con los requisitos de plena validez, las adquisiciones están respaldadas en factura, comprobante de retención registro contable; y, sobre toda existencia física en inventarios. 1.3. Respecto al Estado de los proveedores: POLIGRÁFICA C.A., ha manifestado que bajo ningún concepto es responsable del estado de cumplimiento de las obligaciones con el SRI de sus proveedores, esta declaración se realiza por cuanto en el texto de la Resolución que motiva este juicio se cuestiona la veracidad de las comprar efectuadas debido que algunos de los proveedores se encuentra como contribuyente (sic) NO UBICADO, consideramos que nuestra obligación de verificación de datos se limita a confirmar que el comprobante de venta tenga todos y cada uno de los requisitos legales para su plena validez y que nuestros proveedores se encuentran habilitados en los sistemas del SRI (Lista Blanca y permiso de facturación). 1.4. Respecto al Tipo de Determinación: Poligráfica C.A., ha manifestado que la Determinación Tributaria nro. RSL-ATRADD2008-0002, efectuada por parte del Servicio de Rentas Internas SRI, es de tipo MIXTA por cuanto se han realizado requerimientos de información a fin de recabar argumentos y datos que dan como resultado la determinación del Impuesto a la Renta por el período fiscal 2004. 1.5. Respecto de la Caducidad de Facultad Determinadora: Poligráfica C.A., ha manifestado que une el presente caso ha operado lo determinado en el art. 94, numeral 3 del Código Tributario, por cuanto los actos de Determinación Tributaria han iniciado con fecha 18 de noviembre de 2005 y haberse notificado la Orden de Determinación" con fecha 07 de marzo de 2007, haciendo por lo tanto que el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRADD2008-0002, notificada con fecha 07 de marzo de 2008, no tenga validez alguna y continuando por lo tanto con los plazos de la CADUCI-DAD. 1.6. Respecto del recargo del 20%: Poligráfica C.A., ha manifestado que al haberse demostrado que la determinación efectuada por la Administración es del tipo MIXTA, el 20% de recargo no aplica, puesto el mismo se lo recarga cuando se trate de un acto de determinación practicado de forma directa o presuntivamente; y, adicionalmente, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Reformatoria para la Ley de Equidad Tributaria en el Ecuador: Las infracciones tributarias cometidas antes de la vigencia de esta Ley serán sancionadas de conformidad con las normas vigentes a la época de su cometimiento, pero su juzgamiento se realizará de conformidad con el procedimiento



establecido en este Código". CUARTO. Por su parte el Servicio de Rentas Internas, al contestar la demanda y a lo largo del proceso, además de negar pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda establece lo siguiente: "2.1. Respecto a los pagos de las facturas de proveedores. 2.2. Respecto del estado de los Proveedores: La Administración ha manifestado que los proveedores de Poligráfica C.A. se encuentra como contribuyente NO UBICADO. 2.3. Respecto del Tipo de Determinación Tributaria nro. RLS-TRADD2008-0002, es de tipo DIRECTA. 2.4. Respecto de la Caducidad de la Facultad Determinadora: La Administración ha manifestado que en presente caso no ha operado lo determinado en el art. 94, numeral 3 del Código Tributario, por cuanto los actos de Determinación Tributaria han iniciado con la Orden de Determinación con fecha 07 de marzo del 2007, habiéndose notificado el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-TRADD2008-0002, notificada con fecha 07 de marzo de 2008. 2.5. Respecto al Recargo del 20%: La Administración ha manifestado que en el presente caso el 20% de recargo aplica perfectamente ya que la determinación es directa y no violenta disposiciones legales.". QUINTO. Dentro de la estación de prueba el actor presentó facturas cuyo detalle por empresa se encuentra a continuación las mismas que corren a partir de foja 184 hasta 311 de los autos, en copias certificadas:

NOMBRE DE LA	NRO.	TOTAL DE
COMPAÑÍA	FACTURA	FACTURA
IMPLICIT S.A.	0000015	3.785,60
IMPLICIT S.A.	0000049	8.909,38
IMPLICIT S.A.	0000051	38.617,60
IMPLICIT S.A.	0000044	7.817,60
IMPLICIT S.A.	0000042	18.762,24
IMPLICIT S.A.	0000050	25.267,20
IMPLICIT S.A.	0000019	4.838,40
IMPLICIT S.A.	0000071	13.330,80
IMPLICIT S.A.	0000070	2.048,23
IMPLICIT S.A.	0000072	2.580,48
IMPLICIT S.A.	0000032	8.332,80
IMPLICIT S.A.	0000022	800,80
IMPLICIT S.A.	0000020	3.480,99
IMPLICIT S.A.	0000021	3.734,76
IMPLICIT S.A.	0000018	2.216,86
IMPLICIT S.A.	0000017	2.537,34
IMPLICIT S.A.	0000016	33.152,00
IMPLICIT S.A.	0000014	9.110,64

	IMPLICIT S.A.	0000013	3.237,70
	IMPLICIT S.A.	0000012	10.523,74
	IMPLICIT S.A.	0000011	12,58
	IMPLICIT S.A.	0000027	316,96
	IMPLICIT S.A.	0000026	15.886,92
Ì	IMPLICIT S.A.	0000025	7.825,08
	IMPLICIT S.A.	0000068	5.437,87
	IMPLICIT S.A.	0000069	3.080,00
Ì	IMPLICIT S.A.	0000064	4.480,00
	IMPLICIT S.A.	0000063	10.348,80
	IMPLICIT S.A.	0000062	14.058,24
	IMPLICIT S.A.	0000061	37.724,40
		TOTAL	302.255,96
	ANGUEL S.A.	0000018	2.349,65
	ANGUEL S.A.	0000019	1.590,40
	ANGUEL S.A.	0000017	2.990,40
	ANGUEL S.A.	0000033	64.400,00
	ANGUEL S.A.	0000036	8.870,40
Ì	ANGUEL S.A.	0000029	30.058,56
	ANGUEL S.A.	0000030	3.237,70
	ANGUEL S.A.	0000027	4.166,40
	ANGUEL S.A.	0000028	1.243,07
	ANGUEL S.A.	0000025	3.786,72
	ANGUEL S.A.	0000026	7.392,00
	ANGUEL S.A.	0000015	2.083,20
	ANGUEL S.A.	0000013	1.582,06
	ANGUEL S.A.	0000014	11.844,00
	ANGUEL S.A.	0000023	5.472,32
	ANGUEL S.A.	0000022	18.430,72
	ANGUEL S.A.	0000004	6.580,00
	ANGUEL S.A.	0000006	1.290,24
	ANGUEL S.A.	0000005	1.570,46
		TOTAL	178.938,30
	DALKIP S.A.	0000029	2.672,41
	DALKIP S.A.	0000028	2.672,41
	DALKIP S.A.	0000021	12.566,40
	DALKIP S.A.	0000022	12.566,40
	DALKIP S.A.	0000023	12.565,56
	DALKIP S.A.	0000024	9.139,20
	DALKIP S.A.	0000020	5.437,88
	DALKIP S.A.	0000018	1.874,88
	DALKIP S.A.	0000019	3.091,20
	DALKIP S.A.	0000006	19.353,60
	DALKIP S.A.	0000036	28.000,00





DALKIP S.A.	0000034	26.880,00
DALKIP S.A.	0000030	10.348,80
DALKIP S.A.	0000027	3.439,61
DALKIP S.A.	0000026	5.678,40
DALKIP S.A.	0000025	19.344,64
DALKIP S.A.	0000011	937,44
DALKIP S.A.	0000010	1.908,48
DALKIP S.A.	0000009	504,00
DALKIP S.A.	0000008	996,80
DALKIP S.A.	0000007	4.888,80
DALKIP S.A.	0000005	897,12
DALKIP S.A.	0000004	17.326,40
DALKIP S.A.	0000003	39.997,44
DALKIP S.A.	0000002	3.333,12
	TOTAL	246.420,99
HORRIPIT S.A.	000314	4.834,05
HORRIPIT S.A.	000315	4.425,00
HORRIPIT S.A.	000313	30.643,20
HORRIPIT S.A.	000317	16.139,20
HORRIPIT S.A.	000316	15.153,26
HORRIPIT S.A.	000318	1.179,61
HORRIPIT S.A.	000322	22.579,20
HORRIPIT S.A.	000323	1.452,12
HORRIPIT S.A.	000325	26.728,80
	TOTAL	123.161,44
DOPRESEN S.A.	000181	598,08
DOPRESEN S.A.	000185	954,24
DOPRESEN S.A.	000182	1.290,24
DOPRESEN S.A.	000178	12.902,40
DOPRESEN S.A.	000177	1.545,21
DOPRESEN S.A.	000167	41.507,20
DOPRESEN S.A.	000168	2.214,16
DOPRESEN S.A.	000160	336,00
DOPRESEN S.A.	000159	313,60
DOPRESEN S.A.	000158	1.311,74
DOPRESEN S.A.	000157	89,60
DOPRESEN S.A.	000166	1.411,20
	TOTAL	62.928,46
BARBALACE S.A.	000164	3.584,00
BARBALACE S.A.	000165	10.744,83
BARBALACE S.A.	000166	15.079,68
BARBALACE S.A.	000146	1.058,40
i		
BARBALACE S.A.	000145	2.299,08
BARBALACE S.A. BARBALACE S.A.	000145 000163	2.299,08 3.333,12

	TOTAL	1.144.050,11
	TOTAL	230.344,96
BARBALACE S.A.	000147	772,46
BARBALACE S.A.	000149	1.232,00
BARBALACE S.A.	000148	3.225,60
BARBALACE S.A.	000118	693,55
BARBALACE S.A.	000117	1.611,49
BARBALACE S.A.	000116	26.050,64
BARBALACE S.A.	000115	25.698,40
BARBALACE S.A.	000101	907,20
BARBALACE S.A.	000102	23.856,00
BARBALACE S.A.	000103	495,94
BARBALACE S.A.	000104	7.502,88
BARBALACE S.A.	000105	6.972,00
BARBALACE S.A.	000108	7.996,80
BARBALACE S.A.	000107	896,15
BARBALACE S.A.	000106	31.360,00
BARBALACE S.A.	000136	392,00
BARBALACE S.A.	000137	1.155,84
BARBALACE S.A.	000139	3.225,60
BARBALACE S.A.	000140	3.225,60
BARBALACE S.A.	000126	19.308,80
BARBALACE S.A.	000129	1.700,16
BARBALACE S.A.	000130	2.352,00
BARBALACE S.A.	000131	2.486,40
BARBALACE S.A.	000157	7.392,00
BARBALACE S.A.	000156	4.166,40
BARBALACE S.A.	000155	2.344,94
BARBALACE S.A.	000158	7.252,00

**SEXTO.** De fojas 656 a fojas 661 de los autos consta el informe pericial contable del Econ. Carlos Moreno, perito insinuado por el Servicio de Rentas Internas, asignado para analizar la información presentadas por las partes para la contestación de las preguntas realizadas tanto por la parte actora como por la parte demanda, aseverando que fue imposible comprobar el hecho económico de las transacciones efectuadas en la cuenta "Aporte para Futuras Capitalizaciones" a favor del Sr. Luis Chonillo (máximo accionista y dueño de POLIGRÁFICA C.A.), considerando que esta cuenta NO ES UN GASTO DEDUCIBLE para el periodo 2004; en relación a los microfilms presentados por el Banco de Machala, sustenta que todos los cheques fueron emitidos a nombre del Sr. Luis Chonillo, cuando debieron ser girados a los proveedores; ya que según el párrafo 13



de las Normas Ecuatorianas de Contabilidad dice que: "el ingreso por venta de bienes debe ser reconocido cuando las condiciones siguientes han sido satisfechas: ...d) es probable que los beneficios económicos asociadas con la transacción fluya hacia la empresa", concluyendo que las supuestas compras no pueden ser consideradas como costas y gastos debido a que NUNCA EXISTIÓ UN BENEFICIO PARA LOS PRO-VEEDORES EN DICHAS VENTAS, puntualizando también que el debido acto era realizar un registro contable directo entre POLIGRÁFICA C.A. y sus respectivos proveedores, mas no un crédito a la cuenta "Aportes para futuras capitalizaciones", ya que en su defecto tendría que haberse efectuado un desembolso por parte del Sr. Chonillo hacia los proveedores, mismo que no se efectuó, ya que no se encuentra legalmente sustentado según la Administración Tributaria. **SÉPTIMO.** Por parte de la compañía actora se insinuó al perito contable Eco. Darwing Jiménez Vásquez, quien en su informe sostiene que existe un error de apreciación al omitir la norma NEC # 11 INVENTARIOS y crear como exigencia para la deducibilidad de un gasto que el ingreso se dé al proveedor, esto implicaría que las compras a crédito que no han sido pagadas no serían DEDUCIBLES, y por consiguiente las VEN-TAS A CRÉDITO NO SERÍAN GRABADAS YA QUE NO HA FLUIDO A BENEFICIO DE LA COMPAÑÍA, por lo tanto si tal como dice el perito insinuado por el Servicio de Rentas Internas que solo es deducible una transacción si el beneficia fluye, entonces, ¿Cómo se debe de contabilizar las cuentas incobrables?, por lo que no debería reconocerse como ingresos ya que el beneficio no fluyó hacia el VENDEDOR; sin embargo cabe recalcar que contablemente el gasto en materias primas, materiales y suministros, es decir bienes que los bines (sic) que son susceptibles de ser inventariados; el numeral 4 de la norma NEC # 11 dice que "los inventarios también abarcan bienes producidos o trabajados en proceso de producción por la empresa e incluyen materiales y suministros en espera de su uso en el proceso de producción...". En relación a la pregunta nro. 2 formulada por la compañía actora, sobre la razonabilidad de los registros contables de todas las cuentas del periodo 2004, en especial la cuenta aportes a futuras capitalizaciones del período en controversia, el perito responde acertadamente que: "El aporte a futuras capitalizaciones puede darse en especie o en valores monetarios, el caso que nos ocupa el señor Luis Chonillo Castro canceló en efectivo según sus palabras cuentas por pagar de la compañía y no consta en la

revisión de los documentos pagados al Sr. Chonillo como reposición, así que fueron efectivamente pagados por el accionista, por lo que la cuenta por pagar a proveedores fue sustituida por cuentas por pagar accionista, existiendo el deseo del accionista de no cobrar dichos valores sino de incluirlos en una futura ampliación al capital.". La mencionada figura de aportes a futuras capitalizaciones se debe a decisiones de la Junta General de Accionistas en la cual se autoriza este registro, por cuanto el accionista ha efectuado pagos a proveedores de la compañía por concepto de pago de bienes que ingresaron en el inventario de la compañía conforme lo determinado en la norma contable. OCTAVO. Indagación Previa de la Fiscalía Pro-<u>vincial del Guayas.</u> Por considerarlo conveniente y necesario para el esclarecimiento de los hechos, se mandó a incorporar al proceso copia certificada del pronunciamiento efectuado por el Ab. José Dávila Alvarez, Fiscal de lo Penal del Guayas referente a la denuncia presentada por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur en contra de Luis Chonillo Castro, representante legal de la compañía POLIGRÁFICA C.A. y del contador CPA Alex Vera Villamar, por supuesto delito contra la fe pública. Efectuada la investigación, que en esencia, desde una perspectiva penal, los hechos que se investigaron son idénticos a los que son materia de este proceso Tributario, fundamentalmente las transacciones comerciales que mantuvo la empresa POLI-GRAFICA C.A. durante los años 2003 y 2004 con las compañías (proveedores) HORRIPIT S.A., VO-DKAR S.A.; TERFIC S.A.; DOPRESEN S.A.; y, **ESCUFIDE S.A.** El representante del Ministerio Público, en su indagación previa, efectúa una serie de investigaciones, para finalmente concluir lo siguiente: "Por lo que, esta Fiscalía al tenor de los establecido en los art. 38 y 39 del C.P.P., que textualmente dice: Art. 38. El Fiscal debe solicitar al juez, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la denuncia, cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso. Art. 39. Efectos. Si el Juez después de oír al denunciante, aceptare el requerimiento de archivo, su resolución no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias que la fundamentaron o se mantenga el obstáculo que impedía la instauración del proceso. Solicita: en virtud de no haberse iniciado Instrucción Fiscal, y por ser factible y necesario, en aras de descongestionar en algo el aparato judicial en materia penal, la desestimación y archivo definitivo de la presente denuncia e indagación





previa, toda vez que, el acto denunciado no constituye delito alguno, y por cuanto la Ley Adjetiva Penal obliga a ello. Lo anterior, sin perjuicio de que, de Administración Tributaria denuncie en la Fiscalía para que la Unidad Especializada verifique o no la existencia de infracción alguna.". NOVENO: Diligencia de inspección contable de la compañía POLIGRÁFICAS: De fojas 568 a 569 consta en los autos la inspección contable peticionada por la actora, la misma que se llevó a efecto en las instalaciones de POLIGRÁFICA C.A.; el Abogado representante de la Compañía accionante a (sic) manifiesta que el objetivo de la presente inspección es demostrar la veracidad de los hechos concernientes a la Determinación Tributaria por el impuesto a la renta del 2004 iniciada por la Autoridad Tributaria demandada, adicionalmente la compañía actora pretende demostrar que: "...todas las supuestas facturas no aceptadas por la Administración Tributaria, por considerar ésta que dichos proveedores no han cumplido con sus obligaciones legales, tales como declaraciones, obligaciones societarias, o con demás entidades de control, no son responsabilidad de POLIGRÁFICA S.A. por lo que esta situación no se debe mezclar esta falta de cumplimiento de estos proveedores, y concluir que los mismos deben ser gastos no deducibles para POLIGRAFI-CA...", la Compañía actora exhibió 108 carpetas Lex las mismas que contenían comprobantes de pago, comprobantes de egresos, cheques y retenciones; exhibiendo además 11 carpetas manilas que contenían las facturas de movimientos de cargo y de inventario (no aceptadas por el SRI). Por otra parte la Procuradora del Servicio de Rentas Internas Ab. María Cristina Villacreses se limitó a la sola presentación del pliego de preguntas que deberán ser absueltos por los respectivos peritos; a los mismos que la Sala les otorgó el término de 30 días para la presentación de sus informes. **DÉCIMO.** El Econ. Manuel Solano Hidalgo en informe del 26 de abril de 2011, puesto en conocimiento de las partes, informe que tiene el carácter de dirimente contempla varios segmentos: 1. ANTECEDENTES. 2. IN-FORME. 3. ANÁLISIS. 4. CONCLUSIÓN, el mismo que corre de fojas 923 a 927 de los autos y al que se incorpora como anexo la copia del informe del Auditor Independiente Alejandro Espinoza Jácome todo por el impuesto a la renta del año 2004. Expresa el perito Econ. Solano Hidalgo que la Administración Tributaria no pudo, en su momento, identificar a los proveedores del contribuyente y que incluso revisó una denuncia penal en la Fiscalía del Guayas con el propósito que se tramite una indagación previa-, pues, en definitiva, la Administración

Tributaria alega que los gastos carecen de veracidad y que las transacciones se realizaron con el propósito de defraudar al Fisco. Frente a esta posición de la Administración Tributaria, el perito dirimente, de forma categórica, expresa que "los bienes adquiridos existieron y formaron parte de los inventarios de la Compañía; y, que esto fue verificado por el perito insinuado por la Administración Tributaria". Explica el perito dirimente que el modo de pago utilizado fue el siguiente: 1. Crédito a la cuenta contable de patrimonio 3070100018(aporte para futuras capitalizaciones), esta forma de dar de baja no fue reconocida por la Administración Tributaria porque según indica, el contribuyente no justificó la compra a los proveedores antes mencionados, tampoco justificó que los ingresos y los beneficios económicos hayan fluido hacia los proveedores; y, 2. La elaboración de cheques a nombre del representante legal de la compañía Sr. Luis Chonillo Castro cuenta contable XXXX con cargo a la cuenta corriente nro. XXXX del Banco de Machala, constituye un procedimiento legal, es decir, no existe norma jurídica alguna que objete este procedimiento. De igual modo, en la conclusión el perito dirimente dice "durante el desarrollo del presente informe se ha demostrado que el hecho económico si existió, y prueba fundamental del tema es la comprobación que los productos adquiridos mediante dichas facturas, si entraron al inventario de la empresa y formaron parte del proceso productivo, este hecho, fue verificado por el propio perito de la Administración Tributaria y lo menciona en su informe que obra de fojas 656 a 661". La Sala observa en el informe presentado por el Econ. Carlos Moreno Ch. -insinuado por la Administración Tributaria- al responder la cuarta pregunta efectuada por el Servicio de Rentas Internas dice textualmente lo siguiente: "Tal como se explicó en la primera pregunta en la inspección contable realizada al contribuyente POLIGRÁFICA C.A. se pidió capias del mayor auxiliar de la cuenta aporte a futuras capitalizaciones, a la que el contribuyente entregó el mayor auxiliar de la cuenta nro. 3.01.07.01.001 denominada accionista donde constan registradas las cancelaciones de las facturas a los proveedores HORRIPIT, IMPLICIT, BARBALACE. DOPRESEN Y ANGUEL, como aportes para futuras capitalizaciones como crédito a favor del Sr. Luis Chonillo.", lo cual confirma el hecho económico expresado por el perito dirimente en base a los libros contables y el análisis que efectúa en el informe que presenta. Existiendo puntos de contacto indubitables entre los informes presentados por el auditor independiente Alejandro Espinoza Jácome, el



informe del Econ. Carlos Moreno Chiriboga, insinuado por la Administración Tributaria, con el pronunciamiento y conclusiones del perito dirimente, bien se puede concluir que el accionante ha logrado demostrar su pretensión dentro de este proceso. **ONCE.** En cuanto a un pronunciamiento emitido por el Dr. Santiago Miguel Triviño, Fiscal Provincial del Guayas encargado, la Sala desestima este pronunciamiento por tratarse de una copia simple sin valor en juicio contencioso Por estas consideraciones, la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL** 

### ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚ-

**BLICA,** declara con lugar la demanda, por lo que los gastos no reconocido por la Administración Tributaria materia de esta litis, tienen derecho a ser deducibles del impuesto a la renta, debiendo ajustarse la liquidación del impuesto tal como fue declarado por el contribuyente en su declaración original. Sin costas ni honorarios que regular. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.** 

f) Dr. Jorge Hernández Poveda JUEZ PRESI-DENTE. Dr. Fernando Muga Jara JUEZ. Ab. Andrés Piedra Pinto JUEZ (V.S.)

### **VOTO SALVADO**

Juicio nro. 1047-09

Juicio contencioso tributario propuesto por Poligráfica en contra del Servicio de Rentas Internas (SRI).

Juez ponente: Abogado Andrés Piedra Pinto

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL TERCE-RA SALA. Guayaquil, 04 de agosto de 2011; 10h04 **VISTOS:** De fojas 93 a 123 del proceso, se encuentra la demanda presentada por el Ing. Luis Moisés Chonillo Castro por los derechos que representa de la compañía POLIGRÁFICA C.A., la misma que está relacionada con la Resolución Administrativa nro. 109012008RREC008373, y el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRA-DD2008-0002, por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004, en donde luego de indicar sobre la competencia, lo relacionado con el acto administrativo impugnado, los antecedentes, los fundamentos de hecho y de derecho, solicita el actor al Tribunal se pronuncie en sentencia respecto a los de la siguientes puntos Resolución 109012008RREC008373: 1) **IV.2.-** CONTABILI-ZACIÓN Y SUSTENTO DE PAGO: 16.5, 16.5.2, con relación a este punto expresa en su conclusión, que de las disposiciones legales citadas el Servicio de Rentas Internas de la forma más errada hace hincapié en la no presentación de los cheques, estados de cuentas y otros documentos careciendo tales actos de sustento legal, que señale, que lo requerido constituye bajo algún concepto un documento legal que soporte un gasto y costo como las disposiciones legales expresadas, y objeta el punto 16.5.27. **2) IV.3.-** ESTATUS JURÍDICO DE LOS PRODUCTORES 16.2.6. y 3) IV.4.- RECARGO DEL 20% (ART. 2 LEY REFORMATORIA PARA

LA EQUIDAD TRIBUTARIA: 16.5.38, además hace una exposición referente a la CADUCIDAD, y en su petición concreta solicita que mediante sentencia se ordene la baja y archivo tanto de la Resolución Administrativa nro. 109012008RREC008373 así como también Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRADD2008-0002 por concepto de Impuesto a la Renta de ejercicio fiscal 2004 emitida en contra de su representada la compañía POLI-GRÁFICA C.A. por carecer de sustento en su análisis contable en virtud de los documentos que se ingresarán en la etapa de prueba que se ordenen aperturar, así como por haber caducado la facultad determinadora de la Administración Tributaria tal como lo expresa el art. 94 numeral 3 del Código Tributario, adjunta a la demanda en copia simple; una póliza de seguros, el nombramiento, acta definitiva de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRA-DD2008-0002, Resolución 109012008RREC008373, requerimientos de información n.os RLSATR RI05-1048, RLSA-TR-RI05-1120, RLS-ATRRRI2006-0321, un informe de la Sub-Unidad de Auditoría Tributaria, y un acta de Inspección Contable Tributaria nro. RLS-ATROCIC2006-0037. En providencia dictada el 23 de noviembre del 2009 se acepta al trámite la demanda presentada por el Ing. Luis Moisés Chonillo Castro en representación de la compañía PO-LIGRAFICA C.A., por reunir los requisitos establecidos en el art. 231 de la Codificación del Código Tributario, y se ordenó además citar con la misma al





Director General y Director Regional Sur del Servicio de Rentas Internas, para que la conteste en el término de 15 días, y en mérito de aquello, comparecen a juicio el Econ. Carlos Marx Carrasco e Ing. Johnny Alcívar Zavala, en sus calidades de Director General del Servicio de Rentas Internas y Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral respectivamente, en escrito que obra de fojas 163 a 169 y vta., en donde luego de indicar sobre los antecedentes, negar los fundamentos de hecho y de derecho alegados por el actor en la demanda, y sobre la caducidad alegada por el actor, solicitan se deseche la demanda y se ratifique el contenido de la Resolución Administrativa 109012008RREC008373, emitida por el Director Regional Sur del Servicio de Rentas Internas. Continuando con el trámite, mediante providencia dictada el 15 de abril del 2010 a las 15h11, por existir hechos sujetos a justificación, se dispuso recibir la causa a prueba por el término común de 10 días, donde las partes presentaron las que obran en el proceso, y luego de declarar vencido el término de prueba y se pidieron los autos para resolver, y siendo el estado actual de la causa, el de dictar sentencia y para hacerlo se considera: **PRIMERO.** En mérito de la razón actuarial que obra en autos, y por la creación de Tres Salas del Tribunal Distrital nro. 2, y de conformidad con lo previsto en los artículos 217 y 220 del Código Tributario Codificado, el Tribunal de lo Fiscal, es competente para conocer y resolver las controversias que se suscitan entre las administraciones tributarias y los contribuyentes por actos que determinen obligaciones tributarias y; acciones de impugnación, en consecuencia esta Tercera Sala del Tribunal Distrital, es competente para resolver el presente caso. SEGUNDO. Según consta del expediente, se ha podido comprobar que a la presente causa se le ha dado el trámite previsto en la ley, y habiendo las partes legitimado sus intervenciones, no existe omisión de solemnidad sustancial, por lo que en consecuencia se declara válido el proceso. **TERCERO.** El actor en este proceso Ing. Luis Moisés Chonillo Castro en su escrito de prueba que obra de fojas 517 a 525 de los autos, dice en el acápite I referente a la PRUEBA, en su parte pertinente lo siguiente: que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable a su representada, en especial los argumentos de hecho y de derecho constantes en la impugnación a la Resolución Administrativa nro. 109012008RRECOO8373, e impugna todo cuanto de autos fuere desfavorable, principalmente los escritos de contestación a la impugnación realizados

por la Administración Tributaria, y, negativa pura y simple de todos los argumentos de hecho y de derecho presentados en los escritos de contestación a la impugnación, con respecto a la contestación del Servicio de Renta Internas hace una exposición señalando algunas disposiciones legales, además una aclaración de las pruebas del Servicio de Rentas Internas. Adjunta al escrito facturas, carpetas de declaraciones del IVA, impuesto a la renta, retenciones en la fuente del año 2004, reportes del mayor auxiliar, balances de año 2004, etc., etc., documentos que van desde las fojas 184 a 516 del proceso, y como diligencia probatorias solicitó señalar día y hora para que se realice una diligencia de inspección contable de la información y documentación que reposa en las oficinas de la empresa. **CUARTO.** Econ. Carlos Marx Carrasco e Ing. Johnny Alcívar Zavala, en sus calidades de Director General del Servicio de Rentas Internas y Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral respectivamente, en el escrito de prueba que obra a fojas 553 y vta., dice: que se tenga como prueba a favor de su representada lo dispuesto en art. 258 de la Codificación del Código Tributario, que se reproduzca a su favor el acto administrativo contenido en la Resolución nro. 109012008RRECOO8373, además solicita como prueba a su favor, respecto a la determinación del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004 a la compañía POLIGRÁFICA C.A. no había caducado la facultad determinadora ya que el numeral 3 del art. 95 de la Codificación del Código Tributario ordena que la facultad de determinación caduca en un año cuando se trata de una "redeterminación" así como también que la empresa no presentó la documentación solicitada que permita soportar la transacción realizada por el señor Luis Chonillo a favor de la compañía POLIGRÁFICA C.A, en virtud de la cual esta realice el Registro Contable sobre dicha transacción cargando a la cuenta "Aportes Futuras Capitalizaciones" con relación al supuesto pago realizado por el señor Luis Chonillo, también solicita que se tenga como prueba el art. 17 de la Codificación del Código Tributario y además piden señalar fecha y hora para que se realice una diligencia de exhibición de documentos presentados por la compañía POLIGRÁFICA C.A. y concluye solicitando se reproduzca a favor de su representada el Acto Administrativo contenido en el acta de Determinación nro. RLS-ATRADD2008-002, adjunta al escrito copia certificada de dicha Acta Definitiva de Determinación Tributaria. QUINTO. Conforme se indicó anteriormente, el actor en este proceso Ing. Luis



Chonillo Castro, en su escrito de prueba, solicitó se la realización (sic) de la diligencia de inspección contable de la información y documentación que reposa en sus oficinas, la misma que se llevó en el domicilio de la empresa el 10 de mayo del 2010, donde la compañía actora exhibió 108 carpetas leitzs y 11 carpetas adicionales, también se nombraron peritos, a quienes se le concedió el término de 30 días para presentar sus informes. **SEXTO.** El perito insinuado por el Servicio de Rentas Internas Ec. Carlos Moreno Ch., en su informe pericial contable que obra de fojas 656 a 661, luego de contestar las preguntas formuladas por las partes, dice en sus conclusiones lo siguiente: no se pudo comprobar el hecho económico de las transacciones efectuadas que fueron contabilizadas como un crédito a la cuenta aporte para futuras capitalizaciones Sr. Chonillo por lo que no se pueden considerar dichas transacciones como un gasto deducible para el periodo 2004. Según el perito pudo verificar el perito que existe un comprobante de venta emitido a nombre de la compañía POLIGRÁFICA C.A. por parte de sus proveedores, no obstante si existe dicho comprobante el asiento y correspondiente registro contable debió haberse hecho directamente entre la compañía POLIGRÁFICA C.A. y su respectivo proveedor; no con un crédito a la cuenta aporte para futuras capitalizaciones; y en el caso, de que el Sr. Chonillo haya realizado los correspondientes pagos que debió haber efectuado POLIGRÁFICA C.A. debe tener su respectivo soporte que demuestre que el Sr. Chonillo efectuó el desembolso de los valores a pagar a los proveedores de POLIGRAFICA C.A.; no obstante se pudo verificar que no existe ninguna documentación, ni pista de desembolso alguno. Respecto a los cheques que fueron presentados por la compañía POLIGRÁFICA C.A. se pudo verificar que las copias de los microfilms presentado por el Banco de Machala demuestran claramente que todo los cheques fueron emitidos a nombre del Sr. Chonillo mas no a sus proveedores; y conforme lo establece las Normas Ecuatorianas de Contabilidad en su párrafo 13 "el ingreso por ventas de bienes debe ser reconocido cuando las condiciones siguientes han sido satisfechas: d) es probable que los beneficios económicos asociadas con la transacción fluyan hacia la empresa", por lo tanto, dichas compras no pueden ser consideradas como costas y gastos debido a que nunca existió un beneficio para los proveedores por dichas ventas. En razón de aquello considera el perito que el procedimiento establecido por la Administración Tributaria se llevó de acuerdo a

los procedimientos técnicos, contables y tributarios del caso. SÉPTIMO. El informe pericial contable presentado por el Eco. Darwing Jiménez Vásquez, insinuado por la parte actora, que obra a fojas 675 a 690 dice en sus conclusiones lo siguiente: **5.** CON-CLUSIONES: 5.1. Desde el punto de vista contable que existe un error de apreciación al omitir la Norma Ecuatoriana de Contabilidad que trata sobre los ingresos hacia los inventarios y su utilización. Cuando estos tienen su propia norma NEC # 11 INVENTARIOS que fue realizada basándose en la NIC # 2 EXISTENCIAS (REVISIÓN 1993) 5.2. El hecho de no tomar en cuenta la NEC # 11 y crear como exigencia para la deducibilidad de un gasto que el ingreso se dé al proveedor implicaría que las compras a créditos que no han sido pagadas no serían deducibles, y por consiguiente las ventas a crédito no serían grabadas ya que no ha "fluido el beneficio a la compañía" 5.3. Ahondando un poco más en la consecuencia de solo ser deducible si el beneficio fluye ¿Cómo debemos contabilizar las cuentas incobrables? Según el presente caso no debería imputarse como ingreso ya que el beneficio no fluyó hacia el vendedor lo cual se iría contra la norma legal que dice solo el 1% de las cuentas incobrables se deducirán. 5.4. El devengo es un principio básico en nuestra contabilidad, el llamado principio del Devengo, viene definido en el P.G.C. de la siguiente manera: "la imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos". **5.5.** Por lo cual debiéndose imputar los gastos y costas y al cumplir con los deberes formales de la retención, comprobante de venta, autorización de la Autoridad tributaria a dichos comprobantes, no se encuentra razón aparente para la no utilización de estos consumos de materias primas como un gasto deducible. **OCTAVO.** Además de los documentos descritos anteriormente también obran en el proceso entre los más importante que obran en el proceso tenemos: 1). Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRADD2008-002, emitida el 29 de enero del 2008, por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas de ese entonces Abg. Nicolás Issa Wagner, la misma dice en su conclusión, que en función a los fundamentos de hecho y de derecho y a la fundamentación específica de la determinación de diferencias señaladas en el numeral precedente, procede rectificar la Conciliación Tributaria para el ejercicio fiscal 2004 de la compañía





POLIGRÁFICA según el cuadro que se detalla a continuación en dicha Acta de Determinación, y producto de las diferencias descritas anteriormente, el contribuyente POLIGRÁFICA, posee una diferencia a favor del Fisco, por la cantidad de USD\$317.250,15, más los intereses calculados desde la fecha de exigibilidad de la declaración, y adicionalmente según el art. 90 del Código Tributario (reformado mediante art. 12 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador), la companía posee un valor a favor del Fisco por USD \$63.450,03 por concepto del 20% de recargo sobre la deuda calculada. 2). La Resolución nro. 109012008RRECOO8373, suscrita el 07 de agosto del 2008, por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas de ese entonces Abg. Nicolás Issa Wagner, indica en sus artículos 1, y 2, de la parte resolutiva lo siguiente: art. 1. NEGAR el reclamo Administrativo interpuesto por el Ing. Luis Moisés Chonillo Castro, en su calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía POLIGRÁFICA C.A., tendiente a que se deje sin efecto las glosas constantes en el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRA-DD2008-0002, emitida el 29 de enero del2008 y notificada el 05 de marzo del mismo año, por las razones expuestas en los considerandos de la presente Resolución. Art. 2. RATIFICAR en su totalidad las glosas constantes en el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRADD2008-0002. 3). El actor en este proceso Luis Chonillo Castro en calidad de Gerente General de la Compañía Poligráfica C.A., en el escrito presentado el 18 de febrero del 2011 adjunta el pronunciamiento efectuado por el Ab. José Davila Alvarez, Fiscal de lo Penal del Guayas referente a la denuncia presentada por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur en contra de Luis Chonillo Castro, Representante Legal de la compañía POLIGRÁFICA C.A. y del contador CPA Alex Vera Villamar, por supuesto delito contra la fe pública, en cuya parte pertinente concluye indicando lo siguiente; "Por lo que, esta Fiscalía al tenor de lo establecido en los art. 38 y 39 del C.P.P., que textualmente dice: Art. 38. El Fiscal debe solicitar al juez, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la denuncia, cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal e para el desarrollo del proceso. Art. 39. Efectos.- Si el Juez después de oír al denunciante, aceptare el requerimiento de archivo, su resolución no podrá ser modificada mientras no varíen

las circunstancias que la fundamentaron o se mantenga el obstáculo que impedía la instauración del proceso. Solicita: en virtud de no haberse iniciado instrucción fiscal, y por ser factible y necesario, en aras de descongestionar en algo el aparato judicial en materia penal, la desestimación y archivo definitivo de la presente denuncia e indagación previa, toda vez que, el acto denunciado no constituye delito alguno, por cuanto la ley adjetiva penal obliga a ello. Lo anterior, sin perjuicio de que, de encontrarse indicios del cometimiento de un delito diferente al aquí investigado, la Administración Tributaria denuncie en la Fiscalía para que la Unidad Especializada verifique o no la existencia de infracción alguna". 4). El Eco. Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, en su escrito presentado el 19 de abril del 2011, adjunta en copia simple el escrito del Dr. Santiago Miguel Triviño, Fiscal Provincial del Guayas encargado, dirigido al Señor Juez Segundo de Garantías Penales del Guayas, respecto a la desestimación nro. 124-2011, seguida en contra de la Compañía Poligráfica C.A., representada por Luis Moisés Chonillo y Alex Fernando Vera Villamar, por el presunto delito contra la Fe Pública, en donde dice, por no estar de acuerdo con la apreciación del señor Fiscal de origen, REVOCO su decisión y dispongo que todo lo actuado sea remitido a la Sala de Sorteo de la Fiscalía Provincial del Guayas, para que sea RESORTEADA para conocimiento de otro Fiscal de la Unidad de Fe Pública, a excepción del actuante Abg. José Dávila Álvarez. Hágase conocer sobre este particular al señor Juez Segundo de Garantías Penales del Guayas. 5). El Econ. Manuel Solano Hidalgo en su informe del peritaje presentado el 26 de abril de 2011, dice en su conclusión lo siguiente: Toda vez que se han observado que las facturas objeto de glosas cumplen con todos los requisitos establecidos en los artículos 17 y 18 del Reglamento de Comprobantes de Venta y de retención aplicables a la época y más esto nunca fue objetado por la Administración Tributaria sino que alegaron que el contribuyente no pudo justificar ni comprobar la existencia del hecho económico inherente a las transacciones motivo de controversia sin embargo durante el desarrollo del presente informe se ha demostrado que el hecho económico si existió, y prueba fundamental del tema es la comprobación de que los productos adquiridos mediante dichas facturas si entraron al inventario de la empresa y formaron parte del proceso productivo, este hecho, ya verificado por el propio perito de la



administración tributaria y lo menciona en su informe que obra de fojas 656 a 661 del proceso; es así que al constatar que las mercaderías si existieron, se entiende que la transacción es real, además el modo de pago utilizado por POLIGRAFICA C.A., esto es; 1. Crédito a la cuenta contable de patrimonio 30107010001 (aporte para futuras capitalizaciones), esta forma de dar de baja no fue reconocida por la Administración Tributaria porque según indica el contribuyente no justificó la compra a los proveedores antes mencionados, tampoco justificó que los ingresos y beneficios económicos hayan fluido hacia los proveedores y; 2. La elaboración de cheques a nombre del representante legal de la compañía Luis Chinillo Castro, cuenta contable XXXX, con cargo a la cuenta corriente nro. XXXX del Banco de Machala constituye un procedimiento legal, es decir, no existe norma jurídica alguna que objete este procedimiento. Incluso la denuncia efectuada por la Administración Tributaria ante la Fiscalía del Guayas, en contra del representante legal, y el contador de la compañía **POLIGRÁFICA C.A.**, fue absuelta favorablemente para el contribuyente, por cuanto se concluye, que el acto denunciado no constituye delito alguno, en tal sentido concluye que los gastos motivos de la controversia tienen derecho a ser deducible del impuesto a la renta, por lo que la liquidación del impuesto debería estar igual a como fue declarado por el propio contribuyente en su declaración original. NOVENO. Es importante indicar, que de los informes periciales presentados por los economistas; Carlos Moreno Ch., y Darwing Jiménez Vásquez, el elaborado por el Ec. Carlos Moreno Ch., debe ser considerado para dictar sentencia en el presente juicio, en razón que es más explícito y detallado. Con relación al informe presentado por el Eco. Manuel Solano Hidalgo, es necesario señalar, lo que manifiesta en el mismo, respecto a la denuncia efectuada por la Administración Tributaria ante la Fiscalía del Guayas, en contra del

representante legal, y el contador de la compañía POLIGRÁFICA C.A., cuando dice que fue absuelta favorablemente para el contribuyente, pero el Eco. Manuel Solano, en su informe, no considera el escrito del Dr. Santiago Miguel Triviño, Fiscal Provincial del Guayas encargado, dirigido al Señor Juez Segundo de Garantías Penales del Guayas, respecto a la desestimación seguida en contra de los representantes de la compañía POLIGRÁFICA C.A., Luis Moisés Chonillo y Alex Fernando Vera Villamar, por el presunto delito contra la fe pública, en cuya parte pertinente dice; por no estar de acuerdo con el señor Fiscal de origen, revoca su decisión, pero como este documento, si bien es verdad consta en copia simple, se estimó en su oportunidad necesario, de conformidad con la facultad oficiosa prevista en el art. 262 del Código Tributario, solicitarle al señor Ministro Fiscal del Guayas, remita copia certificada de dicho documento, así como también informe a esta Sala, si hasta la presente fecha se ha dictado instrucción fiscal en contra de los representantes legales de la compañía POLIGRÁFICA C.A. Por estas consideraciones expuestas, la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara sin lugar la demanda, y en consecuencia válidas el Acta de Determinación Tributaria nro. RLS-ATRA-DD2008-0002, la Resolución y 109012008RRECOO8373, emitidas el 29 de enero de 2008 y 07 de agosto del 2008; respectivamente por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas de ese entonces Abg. Nicolás Issa Wagner. Sin costas ni honorarios que regular. CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.

### CASACIÓN

Juicio nro. 6-2012

Juicio contencioso tributario propuesto por Poligráfica en contra del Servicio de Rentas Internas (SRI).

Juez ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRI-BUTARIO. Quito, a 27 de marzo de 2014. Las 14H00.

### VISTOS:

I.- JURISDICCIÓN

Andrés Piedra Pinto JUEZ.

**1.1.-** Conocemos la presente causa en virtud de la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012

f) Dr. Jorge Hernández Poveda JUEZ PRESI-

DENTE; Dr. Fernando Muga Jara JUEZ; Ab.



Serie XVIII
5798 Número 14



emitida por el Consejo de la Judicatura, Resoluciones Nos. 7-2012 y 03-2013 de 27 de junio de 2012 y 22 de julio de 2013, respectivamente, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Oficios Nos. 2398-SG-CNJ-IJ y 2399-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013 expedidos por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y del sorteo que consta en el proceso.

#### **II.- ANTECEDENTES**

2.1.- Los economistas Carlos Marx Carrasco y Juan Miguel Avilés Murillo, en sus calidades de Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, mediante escrito de 24 de octubre de 2011, interponen recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada el 4 de agosto de 2011 y notificada el 8 de agosto de 2011, por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 2009-1047, propuesto el ingeniero Luis Moisés Chonillo por los derechos que representa de la compañía POLIGRÁFICA C.A., en contra del Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, que declara con lugar la demanda, referente al impuesto a la renta del año 2004.

2.2.- El Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas fundamentan su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del art. 3 de la Ley de Casación e indica que las normas infringidas en la sentencia son: art. 76 numeral 7 literal "l" de la Constitución de la República del Ecuador que exige el cumplimiento de la motivación en las decisiones de los poderes públicos, art. 274, 275, 276 del Código de Procedimiento Civil que establecen como requisitos de las sentencias que las mismas contengan la especificación de las normas pertinentes en las que se funda la decisión de la causa, art. 258 y 259 del Código Tributario, 114, 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil, arts. 13, 16 y 17 del Código Tributario, art. 20 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, falta de aplicación de los preceptos jurídicos relativos a las pruebas admisibles del art. 260 del Código Tributario, falta de aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba del art. 270 del Código Tributario, falta de aplicación del art. 273 del Código Tributario en lo relativo a la motivación de la sentencia.

En atención a la causal primera indica que, la sentencia sobre la cual plantea el presente recurso ha dejado de aplicar las siguientes normas legales: falta de aplicación de los artículos 16 y 17 del Código

Tributario, ya que la Sala en su sentencia no hace referencia o una relación de determinado hecho con el derecho o la norma aplicable, lo que evidencia la falta de motivación de la sentencia, pero sin embargo es necesario destacar, que durante el proceso, la Sala no realizó un análisis de la real existencia de la transacción, y fundamenta su fallo en copias no certificadas por la autoridad competente de una Indagación Previa, violación a todo precepto jurídico. La Sala no aplica lo establecido en estos artículos mencionados, sorpresivamente olvidó su obligación de control de la legalidad, que tiene todos los jueces tributarios, de esto la obligatoria revisión de las transacciones efectuadas en el mundo real, económico y comercial, las mismas que además de los requisitos formales deben estar íntimamente con la generación del ingreso presente o futuro, dentro de una situación real, esto es lo que se constituye hecho económico, tal como consta reglado en el Código Tributario en los art. 16 y 17, inaplicados por la Tercera Sala, artículos que contemplan el hecho generador como la configuración del concepto económico, que amparado en el criterio para calificarlos, tiene lugar cuando se consideran las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se utilicen como medio para demostrar que la transacción nació legítima, fue real y es probable con el amparo de la Ley; lo cual, dentro de la determinación tributaria, se comprobó la inexistencia del hecho económico que haya podido generar la realización de la transacción, es decir, no existe posibilidad material alguna que haya permitido la entrega de un bien por parte de los proveedores de los cuales se rechazó la deducibilidad del gasto, a la compañía Poligráfica S.A.; por cuanto el sustento legal respecto a la existencia de estos proveedores es inexistente. Las pruebas en las que se fundamentó la administración para glosar los valores determinados, las mismas que tienen suficiencia jurídica y documental que protege su validez, constan en el proceso, a pesar de las pruebas, inaplicando lo establecido en norma expresa, la Tercera Sala, pretende validar actuaciones que no atendieron principios básicos de legalidad y omitieron el contenido real de las normas antes indicadas como violentadas, inaplicando los conceptos de hecho generador económico. La Tercera Sala en la sentencia recurrida, ha inaplicado los artículos mencionados, toda vez que no ha considerado la real existencia de las transacciones, estableciendo si las mismas existieron o no en la realidad, dentro del proceso constan los documentos que establecen que en la realidad no



se celebraron operaciones mercantiles de ninguna clase, no efectuaron compras locales ni importaciones, durante el año 2004, no adquirieron mercadería, no poseen propiedades, no utilizaron servicios, no estuvieron registradas en catastros municipales, registros patronales, tanto en instituciones del sector público como del sector privado, no poseen servicios básicos, en general no existen indicios de su funcionamiento, perdiendo la razón de ser y justificación económica y social de ente comercial. En tal virtud no existe la realidad económica de las transacciones, así como es imposible relación comercial alguna con empresas inexistentes que el contribuyente Poligráfica S.A., sostiene haber realizado con sus proveedores BARBALACE S.A., DOPRESEN S.A., IMPLICIT S.A., TEXSERV S.A., ANGEL S.A., HORRIPIT S.A., ESCUFIDE S.A., TERFIC S.A., VOKDAR S.A. y DALKIP S.A., y que precisamente esto es lo que no podido desvirtuar ni en sede administrativa ni judicial el actor, y peor aún cabe anotar solo para ilustrar mejor su criterio señores jueces que Poligráfica entregó COPIAS CERTIFICADAS DE CHEQUES a la administración cuyo beneficiario era sus proveedores, mientras que del reporte proporcionado por el Banco correspondiente, de los microfilms se pudo advertir que el beneficiario era el señor Luis Chonillo, Gerente General y como tal Representante Legal de Poligráfica S.A., todo esto consta en el proceso, al parecer ignorado por la Tercera Sala. De igual forma ha inaplicado los arts. 68, 88, 90 y 91 del Código Tributario y art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del Código Tributario que hace referencia a la calificación del hecho generador, y en los arts. 10 y 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el art. 20 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus Reformas, se concluye que ante la inexistencia de las transacciones que el contribuyente Poligráfica S.A., indica mantener con sus proveedores BARBALACE S.A., DOPRESEN S.A., IMPLICIT S.A., TEXSERV S.A., ANGEL S.A., HORRIPIT S.A., ESCUFIDE S.A., TERFIC S.A., VOKDAR S.A. y DALKIP S.A., durante el año 2004, las mismas no son deducibles, conforme todas las pruebas y la información obtenida que consta en el proceso, que determinan que tales relaciones económicas son inexistentes; que no existen los pagos, y que los que se presentaron como tales fueron a nombre del representante legal de Poligráfica S.A., con lo que queda probada la inexistencia real de la transacción y su correspondiente no de-

ducibilidad. Los recurrentes afirman que, referente a la falta de aplicación de normas de derecho, encuentran que la sentencia a la cual accede el recurso de casación es inmotivada, no enuncia las normas de derecho en las cuales fundamente sus decisiones, así como la relación con los hechos o la valoración de la prueba, tanto es así que el análisis por parte de la Sala se fundamenta en parte de una parte de una INDAGACIÓN PREVIA RESERVADA Y PRIVADA POR NATURALEZA, cabe aclarar que no considera toda la información que consta en el juicio, por cuanto si considera copias notarizadas y no copias simples, cuando no lo podía hacer, -le correspondía requerir información formalmente a la autoridad competente de ser el caso-. Además los señores jueces de la Tercera Sala, no enuncian los documentos aceptados, o que los mismos han cumplido con los requisitos legales y reglamentarios susceptibles de aceptar su deducibilidad, no ha realizado un análisis de si dichas transacciones existieron en realidad, es más, la Tercera Sala, sin hacer un control de legalidad del acto impugnado el cual era su obligación como jueces tributarios, no lo hacen, tomando en cuenta que en dichas resoluciones se encuentra debidamente detallados la relación de los hechos conforme al derecho y los límites establecidos en la Ley, sobre los cuales la Sala no se pronuncia, por lo que la sentencia pretende sin mayor sustento legal y probatorio acepta las pretensiones del actor. En este sentido, los casacionistas alegan falta de aplicación del artículo 273 del Código Tributario, con respecto a la motivación de la sentencia emitida por el Tribunal. Afirman que, "la sentencia recurrida no contiene los requisitos exigidos por las normas constantes en el literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución Política ecuatoriana (sic); artículos 273 del Código tributario, 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil".

Respecto a la causal tercera indica que, ha existido falta de aplicación de los artículos 260 y 270 del Código Tributario. En la sentencia recurrida se puede observar que en ningún momento se tomó en consideración o se analizó el acto impugnado y sus antecedentes que constan en el expediente, teniendo presente que es sobre este acto respecto del cual se trabó la *litis* tornándose en el tema central de esta acción contencioso tributaria, lo cual a más de la inaplicación del art. 270 del Código Tributario, se ha provocado la indefensión de su representada al no considerar el acto impugnado, más no como el Tribunal considera sin motivación, sin prueba o sustento legal alguno, los argumentos del actor.





En relación a la causal cuarta expone que, es evidente que la Segunda Sala no se pronuncia sobre todos los asuntos respecto del cual se trabó la *litis*, ya que como se lo ha mencionado a lo largo del presente recurso, no realizó un control de legalidad del acto impugnado, ya que de la simple revisión del mismo, hubiera podido corroborar que la administración tributaria analizó y revisó toda la información aportada por el actor, haciendo un análisis respecto de lo que procedía conforme a derecho, de la revisión del acto impugnado hubiera podido pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos que derivaron en la emisión de la Resolución actualmente impugnada, de la revisión de éste acto pudo corroborar la existencia de las transacciones, que como ha quedado demostrado a lo largo del proceso no se dieron en realidad, con pagos a dichos proveedores que salían a nombre del propio representante legal de la compañía.

Referente a la causal quinta señala que, conforme se ha indicado en párrafos precedentes, la sentencia a la que accede el presente escrito no contiene los expresos requisitos legales que constan tanto en el literal I del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución Política, así como los artículos 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, tan solo se limita a establecer meras apreciaciones sin sustento alguno, por lo que es evidente que el Tribunal debió analizar el acto impugnado que consta en el proceso, hacer un control de la legalidad del mismo, especificando el criterio jurídico o contable que sirve de soporte para haber dictado la resolución en el presente juicio, con lo que queda debidamente demostrada la procedencia de esta causal, al ser evidente que la Sala no cumplió con los requisitos mínimos como es la motivación de las sentencias. Por lo que solicita se case la sentencia.

- **2.3.-** El 20 de enero de 2012, las 11h00, se admite a trámite el recurso y se pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso, para los fines previstos en el art. 13 de la Ley de Casación.
- **2.4.-** El actor no ha contestado el recurso, pero si ha señalado casilla judicial donde recibir sus notificaciones.
- 2.5.- El Tribunal juzgador en su fallo de mayoría dice que "existiendo puntos de contacto indubitables entre los informes presentados por el auditor independiente Alejando Espinoza Jácome, el informe del Econ. Carlos Moreno Chiriboga, insinuado por la Administración Tributaria, con el pronunciamiento y conclusiones del perito dirimente, bien se puede concluir que el accionante a logrado de-

mostrar su pretencion dentro de este proceso". Por otro lado afirma que "en cuento a pronunciamiento emitido por el Dr. Santiago Miguel Triviño, Fiscal Provincial del Guayas encargado, la sala desestima este pronunciamiento por tratarse de una copia simple sin valor en juicio contencioso". Por los antecedentes expuestos declara con lugar la demanda señalando que los gastos no reconocidos por la administración tributaria, materia de esta *Litis* tienen derecho a ser deducibles del impuesto a la renta, debiendo ajustarse la liquidación del impuesto tal como fue declarado por el contribuyente en su declaración original.

#### III.- COMPETENCIA

**3.1.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 1 de la Codificación de Ley de Casación y el numeral 1, segunda parte, del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### IV.- VALIDEZ PROCESAL

**4.1.-** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.

### V.- PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

**5.1.-** Los recurrentes formulan los siguientes cargos, en contra de la sentencia de mayoría dictada el 4 de agosto de 2011 y notificada el 8 de agosto de 2011, por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil.

Cargo 1: "falta de aplicación" de los Artículos 16 y 17 del Código Tributario, artículos 68, 88, 90 y 91 del Código Tributario y art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los Arts. 10 y 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el art. 20 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus Reformas, del artículo 273 del Código Tributario, e indica que la sentencia recurrida no contiene los requisitos exigidos por las normas constantes en el literal 1 del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución Política ecuatoriana; artículos 273 del Código tributario, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil (causal primera).

**Cargo 2: "falta de aplicación"** de los artículos 260 y 270 del Código Tributario (causal tercera)

**Cargo 3:** Menciona que la Segunda Sala no se pronuncia sobre todos los asuntos respecto del cual se trabó la *litis* (causal cuarta)

Cargo 4: Manifiesta que la sentencia a la que ac-



cede el presente escrito no contiene los expresos requisitos legales que constan tanto en el literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución Política, así como los artículos 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, tan solo se limita a establecer meras apreciaciones sin sustento alguno, por lo que es evidente que el Tribunal debió analizar el acto impugnado que consta en el proceso, hacer un control de la legalidad del mismo, especificando el criterio jurídico o contable que sirve de soporte para haber dictado la resolución en el presente juicio, la Sala no cumplió con los requisitos mínimos como es la motivación de las sentencias (causal quinta)

### VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

**6.1.-** La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ordenamiento jurídico imperante, precautelando y conservando la unidad e integridad de la jurisprudencia.

La actividad del organismo jurisdiccional de casación se mueve, por el impulso de la voluntad del recurrente; y es él quien, en los fundamentos en que se apoya el recurso, cristaliza y condiciona la actividad del Tribunal de casación y señala, de antemano, los límites que no pueden ser rebasados.

El recurso de casación es sin duda, un remedio extraordinario para curar errores en la concepción del Derecho (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas jurídicas) que una sentencia ha cometido, es decir una verdadera demanda a la validez de la misma y estrictamente formalista.

**6.2.-** Lo primero que debe afrontarse es, sin duda, la "falta de motivación" hecha al amparo de la causal quinta del art. 3 de la ley de la materia, porque de ser cierto la aseveración hecha por la administración tributaria recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo ordenado en el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida como motivo del recurso. Dicha norma establece que:

"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 servidoras o servidores responsables serán sancionados." (el subrayado pertenece a la Sala).

A su vez, el segundo inciso del art. 273 del Código

Tributario, en la parte pertinente establece que:

"La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados (...)".

De la norma constitucional y legal transcritas, se evidencia la trascendencia que tiene la motivación de las resoluciones en general y de las sentencias en particular; es una operación lógica en la que se confronta los hechos probados por las partes en el proceso con el derecho, esto es, la subsunción de la prueba considerada y debidamente actuada a la normativa constitucional, legal y de menor jerarquía aplicable, que sirve de base para una decisión acertada del juzgador.

El Tribunal *A quo*, en su fallo de mayoría se limita a transcribir parte de la demanda, de la contestación a la demanda, a detallar las facturas anexas por el actor dentro de la estación probatoria, parte de las conclusiones a las que llegan los peritos de las partes, así como del peritaje dirimente, trascribe parte de un documento que consta dentro de una indagación previa, y concluye al indicar que el accionante ha logrado demostrar su pretensión dentro de este proceso. Para resolver el caso, 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, conforme lo exigen las normas jurídicas transcritas.

En consecuencia, el fallo recurrido conforme el art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, adolece de **NULIDAD** al no cumplir con el requisito de motivación; por lo tanto se configura la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación y así se lo declara.

Sin que sea meritorio entrar al análisis de los siguientes cargos; por lo que, conforme el art. 16 de la Ley de Casación, en base de los hechos contemplados en el proceso, este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde.

### VII. SENTENCIA DE MÉRITO

7.1.- De la revisión del proceso de impugnación No. 2009-1047, que sigue el Ingeniero Luis Chonillo Castro por los derechos que representa de la compañía Poligráfica C.A., en contra del Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, se desprende:

**7.1.1.-** El acto administrativo impugnado es la Resolución Administrativa No. 109012008RREC008373, de 7 de agosto de 2008, así como del Acta de Determinación Tributaria





No. RLS-ATRADD2008-0002 por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004.

7.1.2.- El actor en su demanda (fs. 93-123 de los autos), dice que, "de forma errónea, la administración tributaria se ha remitido a lo largo de la resolución a las leyes adjetivas y sustantivas civiles, vigentes en la actualidad, sin embargo este hecho ha generado una confusión, ya que el área tributaria legislativa en el Ecuador, cuenta con los suficientes medios y cuerpos legales que detallan de forma correcta los procedimientos, infracciones y requisitos legales, por tal razón, es necesario expresar que las disposiciones legales que emanan de cuerpos legales como el de Procedimiento Civil son normas supleatorias (sic), en el ámbito tributario, las cuales se aplicarían en casi de que no existiera la disposición legal en los distintos cuerpos legales tributarios, hecho que no sucede en el presente caso, ya que existe suficiente normativa Tributaria para no considerar lo que establece el Código de Procedimiento Civil". Procede a transcribir las siguientes normas legales: Código Tributario: arts. 1, 2, 13; Ley de Régimen Tributario Interno: arts. 66, 145; Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención: art. 7. Es por esto que al no existir un vacío legal real en la legislación tributaria ecuatoriana en lo referente a los soportes de Costo y Gasto, es inaplicable las disposiciones que emanan de los cuerpos legales sostenidos por la administración tributaria, tales como el Código de Procedimiento Civil tantas veces referido por el Servicio de Rentas Internas, pues no se debe bajo ningún concepto olvidar que su carácter en materia especial es únicamente la de supletoria, la cual se aplica como expresamos en casi de existir vacíos en los diferentes cuerpos legales. Referente a la CONTABILIZACIÓN Y SUSTENTO DE PAGO señala que, "se ha cuestionado la contabilidad de su representada, por efectos del pago a los proveedores por parte del accionista Ing. Luis Chonillo, por esta razón se ha generado una cuenta para futuras capitalizaciones. Respecto del REGISTRO EN CUENTA DE PATRIMONIO Y NO DE PASIVO, indica que las facturas de las adquisiciones de los bienes se las efectuó para la compañía, pudiendo haberse registrado dicha adquisición de dos maneras: a) Si la compra y el pago fuese realizado directamente por la empresa al beneficiario; b) Si la compra fuese realizada por la empresa y el pago al beneficiario por el accionista como un aporte para futuras capitalizaciones. Teniendo en cuenta que lo contable no prevalece a lo jurídico y pudiendo hacer un solo registro contable y no tres optaron como se puede apreciar en la contabilidad por la segunda opción, registrar directamente a la cuenta Aportes para Futu-

ras Capitalizaciones la cual siendo una deuda que tiene la empresa con el accionista es una cuenta de pasivo pero los formularios diseñados para el efecto por parte del Servicio de Rentas Internas lo considera como una cuenta de patrimonio, debiendo reiterar e insistir en que lo contable nunca prevalece a lo jurídico". En referencia a la JUSTIFICACIÓN DE LOS ME-DIOS DE PAGO indica que, de forma equivocada la administración en la resolución materia de esta impugnación, en el punto 16.5.2 menciona textualmente que: "La Administración Tributaria solicito al señor Luis Chonillo Castro la documentación que justifique los medios de pago (cheques, estados de cuenta u otros) con cuales canceló las deudas contraídas por el contribuyente, compañía POLIGRAFICA C.A. y posteriormente asumidas por el referido señor Chonillo, según lo alegado por el contribuyente en su escrito del 01 de abril del 2008", así como también afirma que "asombra que el Servicio de Rentas Internas, debiendo tener un conocimiento absoluto de las Leyes, Reglamento y todo cuerpo legal que tenga directa conexión con los tributos e impuestos, solicite de manera formal documentos que no son los que según la Ley de Régimen Tributario Interno en su art. 10; su reglamento en el art. 31; y, finalmente en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención en su art. 1, determinan claramente los documentos legalmente reconocidos para sustento de costos y gastos". El actor procede a transcribir la siguiente normativa: Ley de Régimen Tributario Interno: art. 10, Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus reformas: art. 25, Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención: arts. 1, 17, 18. Señala que los costos y gastos efectuados por su representada fueron efectuados con la finalidad de obtener, mantener y mejorar ingresos gravados de fuente ecuatoriana y no exentos del pago de dicho impuesto y fueron respaldados con los comprobantes de venta autorizados para el efecto en los cuales consta el IVA por separado y consecuentemente son deducibles para la determinación, liquidación y pago del impuesto a la renta del ejercicio en mención y consecuentemente el IVA pagado es crédito tributario amparado en lo establecido en el art. 66 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el art. 145 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno y los arts. 7, 17 y 18 del Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención. Alega que "de las disposiciones legales citadas, concluimos que de forma errónea el Servicio de Rentas Internas, hace hincapié en la no presentación de cheques, estados de cuenta y otros documentos, careciendo tales actos de sustento



legal que señale que lo requerido constituye bajo algún concepto un documento legal que soporte un gasto o costo como las disposiciones legales expresadas lo demuestran. Respecto al TIPO DE DETERMINA-CION señala que, el Servicio de Rentas Internas SRI, en su resolución niega el hecho de la determinación por el efectuada es de tipo mixta alegando que los valores enunciados en el Acta de Determinación No. RLS-ATRADD2008-0001, se basan únicamente en base a las declaraciones efectuadas, sin embargo podemos comprobar que esta afirmación no es real". Procede a realizar un detalle de requerimientos y concluye diciendo que, "del detalle que antecede se evidencia que esta determinación cumple con lo estipulado en el art. 93 del Código Tributario, por lo que cuenta con las características para ser considerada como una determinación de tipo mixta. En referencia a los PROVEE-DORES señala que, bajo ningún concepto, precepto legal y prosupuesto (sic) principio o disposición tributaria, Poligráfica C.A. es responsable por las acciones realizadas por sus empresas proveedoras, ya que estas de manera independiente (administración propia) deberán llevar su contabilidad y control sobre documentos emitidos. El Servicio de Rentas Internas, tiene la obligación de verificar los datos de sus contribuyentes, siendo este el caso de las empresas proveedoras que se encuentran registradas como NO UBICADAS, la administración en su resolución argumenta que por tal razón no pudieron haberse efectuado las compras o importaciones señaladas en el acta de determinación. Corresponde las referidas obligaciones, tales como estatus jurídico y ubicación del contribuyente a las entidades de control, en este caso será la Superintendencia de Compañías y el Servicio de Rentas Internas respectivamente". Procede a transcribir el art. 20 de la Constitución Política de la República e indica "que lo mencionado por la administración tributaria en su resolución al respecto de que no se pudo haber efectuado las compras o importaciones señaladas en el acta de determinación, por los motivos referentes a los estatus jurídicos y ubicación de sus proveedores es un absurdes (sic); que dicho de paso violenta una disposición constitucional". En atención al RECARGO DEL 20% procede a transcribir la siguiente normativa: Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador: art. 2, Constitución Política de la República: art. 257, Disposición transitoria Séptima de la Ley Tributaria, Código Tributario; arts. 90 y 93, e indica que ratifica su aseveración de que se trata de una determinación mixta y que existe una recarga ilegal del 20% sobre el valor determinado, acto que adicionalmente constituye una violación evidente de

los derechos contemplados en los artículos 24 y 257 de la Constitución Política del Ecuador. Respecto a la CADUCIDAD, transcribe la siguiente normativa sin hacer referencia al cuerpo legal al que pertenecen: arts. 68, 87, 88, 93, 94, 95, indica que, la forma de determinar el impuesto por parte de la administración tributaria es de forma mixta ya que la inicia el propio sujeto de la relación tributaria activo requiriendo información, por lo tanto y conforme al art. 94 numeral 3 es mecanismo de determinación caduca en un año contados de la notificación de los actos que demuestran el ejercicio de la facultad determinadora de la administración. Alega que, "al existir en le (sic) presente caso documentación emanada por la administración tributaria que pretenda determinar la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo, los cuales son los principios de una determinación tributaria (determinación mixta) y al haberse iniciado los mencionados actos con fecha 18 de noviembre del 2005 y haberse notificado la Orden de Determinación con fecha 07 de marzo del 2007, haciendo por lo tanto que el Acta de Determinación Tributaria No. RLS-ATRADD2008-0002, notificada con fecha 07 de marzo de 2008, no tenga validez alguna y continuando por lo tanto con los plazos de la caducidad, sea demostrado perfectamente que estos actos de determinación carecen de validez por haber caducado su facultad determinadora".

**7.1.3.-** Por su parte, la administración tributaria, en su contestación a la demanda (fs. 163 – 169) indica que, niega los fundamentos de hecho y de derecho alegados por el actor en su escrito de demanda y propone las siguientes excepciones: Que la compañía Poligráfica no aportó la documentación que sustente el pago realizado por uno de sus accionistas y contabilizado por la compañía como una futura capitalización; que la facultad determinadora, se encuentra contemplada en el Código Tributario, así como los sistemas de determinación, habiéndose practicado una determinación directa; que el recargo del veinte por ciento, establecido mediante Ley, sobre la obligación determinada es legal; que la administración tributaria ejerció su facultad determinadora dentro del plazo establecido en la Ley de la materia, por lo que no se ha verificado la caducidad. Señala además los siguientes fundamentos de derecho: "Respecto a la CUENTA DE APORTE PARA FUTURAS CAPITALIZACIONES, trascribe el texto del art. 20 de la Codificación del Código Tributario vigente al ejercicio fiscal 2004; y procede a señalar que la aseveración de la compañía, referente al pago que



hizo uno de sus accionistas, el señor Luis Chonillo a los proveedores de Poligráfica, registrando esta transacción (la compañía) en su contabilidad como aporte para futuras capitalizaciones, cabe indicar que el SRI le solicitó dentro del término de prueba, a la compañía Poligráfica C.A. la documentación sustentatoria de dicho pago realizado por el señor Ing. Luis Chonillo, siendo ésta la premisa fundamental de su alegación al registrar contablemente como un aporte hecho por el accionista para futuras capitalizaciones, sin embargo, Poligráfica C.A. no presentó ningún sustento que tuviera como antecedente dicha operación, más aún el señor Ing. Luis Chonillo en su comparecencia ante la autoridad tributaria, manifestó que no tiene ningún soporte de los pagos realizados". Por lo anteriormente expuesto, la administración tributaria verifica que dicha transacción registrada contablemente no está debidamente sustentada con los documentos justificatorios, pues resulta obvio que si el señor Luis Chonillo pagó a los proveedores de la compañía Poligráfica debía haber tenido documentación que permita verificar dicho pago, incluso para la propia verificación de la compañía actora. La compañía Poligráfica C.A. no ha dado cumplimiento con lo establecido en el art. 28 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus reformas, vigente al ejercicio fiscal 2004. Afirma que "es indispensable referirse a la pertinencia del gasto para que este pueda ser considerado deducible, pues para esto debe tener la certeza de los siguientes elementos: Que el gasto tenga relación con el giro del negocio de la compañía, es decir que debe propender a la obtención, mantenimiento o mejoramiento de la renta; que ese gasto haya sido efectivamente realizado y que pueda ser determinado; que el gasto tenga los soportes pertinentes para el registro en la contabilidad de la empresa". La compañía ha manifestado que ha registrado dicha operación en una cuenta de patrimonio y no de pasivo, abstrayéndonos por el momento de analizar sobre el registro en relación al tipo de cuenta, es imprescindible indicar que dicha operación (según lo alega el contribuyente Poligráfica C.A.), si fuera cierta, es una deuda que contrajo la compañía con uno de sus accionistas, siendo entonces necesaria que dicha deuda tenga antecedentes y pueda ser verificable, no solamente en virtud de las alegaciones vertidas por la parte actora, sino conforme a la realidad de las transacciones económicas y los documentos que la sustentan. El SRI requirió del señor Luis Chonillo la documentación que justifique los medios de pago con los cuales canceló las deudas contraídas por Poligráfica y posteriormente asumidas por él a lo que

manifestó: "en las adquisiciones efectuadas en los años 2004 a las compañías ANGUEL S.A., BARBALACE S.A., DOPRECEN S.A., HORRIPIT S.A., IMPLI-CIT S.A. y TEXSERV S.A. procedía a pagar dichas adquisiciones en efectivo y en consecuencia me veo imposibilitado de presentar cheques, estados de cuenta u algún otro medio de pago, por cuanto insisto dichos pagos fueron efectuados en moneda en curso legal dentro del territorio ecuatoriano. "Es importante precisar que el valor adeudado a dichas compañías asciende a USD. 1,378,020.60 (base imponible). Entonces, la administración se encuentra imposibilitada de corroborar efectivamente dicho pago según la propia alegación del señor Ing. Luis Chonillo. Si bien es cierto las operaciones deben estar debidamente contenidas en los comprobantes de venta, éstas deben también tener un sustento en cuanto a su pertinencia del gasto, que éste haya sido efectivamente realizado, que sea determinable; por lo que no basta simplemente con la emisión del comprobante de venta sino sobre la verificación de la existencia, pertenencia y realización de la transacción económica registrada contablemente; más aún cuando la propia normativa legal dispone que los sustentos de la contabilidad deberán ser conservados por los contribuyentes. Respecto al SISTEMA DE DE-TERMINACIÓN TRIBUTARIA APLICADO, transcribe el primer inciso del artículo 91 de la Codificación del Código Tributario; e indica que ha realizado la determinación de forma directa, la misma que concluyó con el Acta de Determinación Tributaria No. RLS-ATRADD2008-002. Respecto a la VERIFICACIÓN DE LOS PROVEEDORES transcribe el artículo 17 del Código Tributario, e indica que "en base a la facultad de la determinación tributaria de establecer cuál es la realidad de las operaciones económicas que tienen incidencia en la materia tributaria, es necesario que se realice la confrontación con los demás contribuyentes para establecer el verdadero hecho generador. En relación al RECARGO DEL 20% A LA OBLIGACIÓN DETERMINA-DA procede a transcribir el art. 90 de la Codificación del Código Tributario, e indica que resulta absurdo pensar que se está imponiendo el recargo de manera retroactiva, pues la Asamblea Constituyente aprobó la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, siendo ésta publicada en el Registro Oficial del 29 de diciembre de 2007, En atención a la CADUCIDAD alegada por el actor transcribe el numeral 1 del artículo 94 del código Tributario, e indica que la Orden de Determinación No. RLS-ATROOD2007-0008 fue emitida por parte de la administración tributaria el



día 28 de febrero de 2007 y debidamente notificada el 07 de marzo de 2007, en la que se verificaría el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al Impuesto a la Renta del año 2004. Desde el momento que fue notificada la orden de determinación No. RLS-ATROOD2007-0008 se interrumpió el plazo de caducidad otorgado por la Ley y descrita en el artículo 95 de la Codificación del Código Tributario, esto es, desde el 07 de marzo de 2007. Vale decir que los Requerimientos de información que cita la parte actora, han sido emitidos de conformidad a las facultades que tiene el Servicio de Rentas Internas, lo cual no significa que la determinación tributaria haya sido iniciada, pues tal como lo establece la Ley la determinación tributaria se inicia con la notificación de la orden de determinación al contribuyente."

7.1.4.- Trabada la litis, el Ing. Luis Chonillo Castro por los derechos que representa de Poligráfica C.A. dentro del respectivo término de prueba, solicitó la práctica de las siguientes diligencias: Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable a su representada, en especial los argumentos de hecho y de derecho constantes en la impugnación a la Resolución Administrativa No. 109012008RREC008373, emitida con fecha 07 de agosto de 2008; que impugna todo cuanto en autos fuere desfavorable, principalmente los escritos de contestación de la presente impugnación realizados por la administración tributaria; negativa pura y simple de todos los argumentos de hecho y de derecho presentados en los escritos de contestación a la impugnación de la presente causa; que con respecto a la contestación del Servicio de Rentas Internas a la presente causa, expresa que se ratifican en sus aseveraciones; que, adjunta: 1. Copia certificada por el contador de todas las facturas cuestionadas por parte del SRI del año 2004, 2. Copias certificadas por el contador de las declaraciones tanto de IVA, Renta, y Retenciones en la Fuente del ejercicio fiscal del 2004, 3. Copia certificada por el contador de los Mayores de Proveedores del ejercicio fiscal del 2004. 4. Copia certificada por el contador de los Mayores de las Retenciones del año del 2004, 5. Copia certificada por el contador de los Balances del año 2004, 6. Copia certificada por el contador de los mayores y detalles de las cuentas futuras capitalizaciones; que, se señale día y hora para que se realice una diligencia de inspección contable. Por su parte, el Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas dentro del respectivo término de prueba, solicitó la práctica de las siguientes diligencias: que, se tenga como prueba a

su favor lo dispuesto en el artículo 258 de la Codificación del Código Tributario; Que, se reproduzca a su favor el acto administrativo contenido en la Resolución No. 109012009RREC08373; que, se tenga a su favor que respecto a la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004 no había caducado la facultad determinadora; que, se tenga como prueba a su favor que la compañía Poligráfica dentro de la etapa de sustanciación del reclamo administrativo no presentó la documentación solicitada que le permita soportar la transacción realizada cargado a la cuenta "Aporte futuras capitalizaciones"; Que, se tenga como prueba a su favor lo manifestado en el art. 17 de la Codificación del Código Tributario; que, se señale día y hora a efectos que se realice una diligencia de exhibición de documentos; que, se reproduzca como prueba a su favor el acto administrativo contenido en el Acta de Determinación No. RLS-ATRADD2008-0002. 7.1.5.- Las piezas procesales que constan como prueba en el proceso son: Copias certificadas por el contador de las facturas, declaraciones de IVA, y retenciones en la fuente, de los Mayores de Proveedores, de los Mayores de las Retenciones, de los Balances, de los mayores y detalles de las cuentas futuras capitalizaciones (de fojas 184 a 516); acta definitiva de determinación tributaria No. RLS-ATRADD2008-0002 (de fojas 526 a 552), acta de diligencia de inspección contable solicitada por el actor (de fojas 568 a 569), posesionándose como peritos al Econ. Darwin Jiménez Vásquez y Econ. Carlos Moreno Chiriboga por el actor y demandado, respectivamente, para que respondan a los pliegos de preguntas que obran de fojas 566 y 567 de los autos; acta de exhibición de documentos solicitada por el demandado (de fojas 576 a 577), posesionándose como peritos al Econ. Carlos Moreno Chiriboga y Econ. Darwin Jiménez Vásquez por el demandado y actor, respectivamente, para que respondan a los pliegos de preguntas que obra de fojas 571 a 575 de los autos, informe pericial y anexos presentado por el Econ. Carlos Moreno Chiriboga (de fojas 591 a 661); observaciones que hace el actor, respecto del informe pericial presentado por la parte demandada (fojas 665 a 669); informe pericial y anexos presentado por el Econ. Darwing Jiménez Vásquez (fojas 670 a 675); observaciones que hace el demandado respecto del informe pericial presentado por la parte actora (fojas 678 a 679); peritaje dirimente y anexos realizado por el Econ. Manuel Solano Hidalgo (a fojas 767 a 833); observaciones que hace el demandado respecto del





informe pericial dirimente (fojas 836 a 838); observaciones que hace el actor respecto del informe pericial dirimente (fojas 839 a 843).

De lo antedicho, se procederá a realizar el análisis correspondiente:

**a.-** Respecto a las alegaciones del actor, como prioridad, en atención a que la facultad deteminadora se encontraría caducada por haberse realizado una determinación mixta; es preciso indicar lo que establecen los arts. 91 y 94 del Código Tributario al respecto:

"Art. 91.- Forma directa.- La determinación directa se hará sobre la base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos que posea, así como de la información y otros datos que posea la administración tributaria en sus bases de datos, o los que arrojen sus sistemas informáticos por efecto del cruce de información con los diferentes contribuyentes o responsables de tributos, con entidades del sector público u otras; así como de otros documentos que existan en poder de terceros, que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador." (El subrayado es de la Sala)

"Art. 94.- Caducidad.- <u>Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria</u>, sin que se requiera pronunciamiento previo:

1. En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo, en el caso del artículo 89;
2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte; y,

3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos." (El subrayado es de la Sala)

De la revisión del expediente se verifica que: la Orden de Determinación No. RLS-ATROOD2007-0008 se emitió con el objeto de verificar el Impuesto a la Renta del año 2004, dicha orden fue notificada al hoy actor con fecha 07 de marzo de 2007 y que su declaración de Impuesto a la Renta de dicho período fue realizada el día 12 de abril del año 2005, por lo que en atención a lo referido en el numeral 1 del art. 94 del Código Tributario ya citado, no cabe tal alegación de caducidad de la facultad determinadora.

No se puede considerar que el procedimiento llevado a cabo por la administración ha sido mixto ya que la norma claramente expresa que dicha determinación cabe únicamente cuando se trata de verificar un acto de determinación ya practicado por el sujeto activo, situación que no ha ocurrido en el presente caso.

**b.-** La *litis* se centra en la deducibilidad o no de los gastos, que a decir de la administración tributaria, si bien es cierto las operaciones deben estar debidamente contenidas en los comprobantes de venta, estas deben tener un sustento en cuanto a su pertinencia del gasto, que éste haya sido efectivamente realizado; y, que sea determinable. Por lo que ésta Sala procede a realizar el siguiente análisis.

Al respecto el art. 17 del Código Tributario señala:

"Art. 17.- Calificación del hecho generador.-Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen." El subrayado es de la Sala.

#### De acuerdo con Giuliani Founrouge:

"el fundamento del principio (refiriéndose al hecho económico) estriba en atender al contenido económico real de las circunstancias comprendidas, prescindiendo de las formas y estructuras inadecuadas. En otras palabras, refiere, que si los contribuyentes, por ignorancia, error o mala fe, cubren o exteriorizan sus propósitos efectivos, mediante apariencias formales distintas (por ejemplo encubren una compra venta bajo el aspecto de una donación), el fisco puede prescindir de esas apariencias y determinar la obligación tributaria según la realidad oculta, sin necesidad de demostrar la nulidad del acto jurídico aparente o accionar por la vía de la simulación"!.

En atención a lo dicho, para que un gasto sea considerado como tal debe tener una secuencia material que así lo justifique tales como la fuente de la obligación, el pago o desembolso efectivo, la correspondiente factura y la acreditación

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Carlos M. Giuliani Fonrouge, "Derecho Financiero". Depalma Ediciones 1962. Pág.: 169.



de tales valores a favor del beneficiario; de la revisión del expediente existen facturas, pero no existe constancia de recepción del pago por parte del beneficiario, hecho que no ha sido desvirtuado por la compañía actora, más aún cuando consta del mismo expediente administrativo que se requirió a través de la Superintendencia de Bancos al Banco de Machala copias de los microfilms de los cheques con los cuales el hoy actor agregó copias e indicó haber cancelado a proveedores, y de la información que ha proporcionado dicho Banco se ha verificado que todos los cheques materia de la controversia, han sido girados a nombre del señor Luis Chonillo Castro representante legal de la compañía actora. Al haberse simplemente limitado a justificar la existencia de las facturas y de las compañías que emitieron las mismas, elementos que como se ha dicho, no son suficientes para demostrar la secuencia material del gasto, el mismo deviene en no deducible ya que no se ha demostrado su materialidad.

c.- En atención al precedente jurisprudencial que consta en la Resolución de 4 de mayo de 2011 publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011, que establece en su parte medular: "El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con

anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008.", esta Sala considera pertinente dar de baja el recargo establecido en la Resolución No. 109012008RREC008373, cuyo antecedente es el acta de determinación tributaria No. RLS-ATRADD2008-0002, por corresponder al análisis del ejercicio fiscal 2004.

#### VIII.- DECISIÓN

- **8.1.-** En tal virtud, el accionante no ha podido justificar legalmente, por los medios de prueba establecidos en el Código Tributario, la certeza de los fundamentos de la demanda, razón por la cual, las pretensiones carecen de sustento jurídico.
- 8.2.- Por las razones expuestas, la Corte Nacional de Justica, Sala de lo Contencioso Tributario, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

#### **IX.- RESUELVE:**

- **9.1.-** Aceptar parcialmente la demanda de impugnación deducida por el Ingeniero Luis Moisés Chonillo por los derechos que representa de la COMPAÑÍA POLIGRÁFICA C.A., en contra del Director General y Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas conforme lo establecido en el acápite VII de la presente sentencia.
- **9.2.** Sin costas.
- **9.3.-** Actúa el Ab. Diego Acuña Naranjo de conformidad con el oficio No. 03-P-SCT-2014 de 8 de enero de 2014.- Notifíquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.
- 9.4.- Notifiquese, publiquese y devuélvase a la Sala de origen.
- f) Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta; Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional; Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.

#### **AMPLIACIÓN**

Juicio nro. 6-2012

Juez ponente: Dr. José Luis Terán Suárez



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-

Quito, a 23 de abril de 2014.- Las 11h00 **VISTOS:** Agréguense a los autos el anexo y escrito que anteceden, presentados por el Econ. Miguel



Avilés Murillo en su calidad de Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas conforme lo justifica con el nombramiento adjunto; téngase por ratificadas las gestiones realizadas por el Ab. Luigi De Angelis Soriano y la autorización concedida por el compareciente a favor de los abogados María Leonor Calero Pazmiño, Karem Pesantes Peláez, Velyalline Romo Molestina, Manuel Ávila Andino y Valeria Castro Aguilar. Incorpórense además los escritos presentados por el señor Chonillo Castro Luis Moises, representante legal de la compañía POLIGRÁFICA C.A. Téngase en cuenta la designación de sus nuevos abogados Darío Ávila, Héctor Yépez, Ricardo Ortega y Melchor Martínez, a quienes se les notificará en la casilla judicial No. 2109 de esta ciudad de Quito. Comuníquese a la abogada Lía Ochoa Dumas que ha sido sustituida en la defensa.- En lo principal, el Econ. Miguel Avilés Murillo en su calidad de Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, solicita ampliar la sentencia dictada por esta Sala el 27 de marzo de 2014, a las 14H00 y notificada el día 28 del mismo mes y año, fundado en las razones que expone en dicho petitorio. Con éste se ha corrido traslado a la contraparte mediante providencia de 3 de abril de 2014, a las 11H10, mismo que no ha sido contestado.

Con estos antecedentes, para resolver se considera: 1.- Para conocer la petición de ampliación presentada por el señor Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, conforme lo previsto en los arts. 274 del Código Tributario y 281 del Código de Procedimiento Civil, es competente esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. 2.- El art. 274 del Código Tributario establece que la ampliación tendrá lugar "...cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre multas, intereses o costas". 2.1.- En atención al pedido de ampliación de la Administración Tributaria, ésta Sala indica que, la sentencia en referencia resolvió todos los puntos controvertidos, más aún cuando se ha expedido una sentencia de mérito que resuelve todos y cada uno de los hechos controvertidos, como consta detalladamente motivado en el acápite VII de la sentencia emitida; por lo que, el pedido de que "...se sirvan ampliar la sentencia dictada el 27 de marzo de 2014, a las 14h00, notificada el día 28 del mismo mes y año, y, en función de lo que consta en la letra b.- del considerando 7.1.5.- del fallo de casación, en sentido de que se declare la nulidad de los documentos aportados por el actor en el juicio de instancia y en vía administrativa y, en consecuencia, remita al fiscal competente para que ejerza la acción penal correspondiente, al amparo del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 14 y 223 del Código Tributario", no procede; menos aun cuando consta de los recaudos procesales, tanto en fotocopias notariadas que ha adjuntado el actor (fs. 716 a 736) y en fotocopias simples adjuntas por el demandado (fs. 754 a 773), que existe una causa penal iniciada por imitación de cheques y uso doloso de documentos falsos, derivada de la auditoría realizada en el presente caso, en contra de los señores Luis Chonillo representante legal de la compañía Poligráfica C.A. y Alex Fernando Vera Villamar contador de la misma. Además, del texto de la norma invocada por el peticionario, se desprende claramente que, la declaratoria de la falsedad de un instrumento público, que no es aplicable al presente caso por tratarse de instrumentos privados (cheques), es competencia exclusiva de la jueza o juez de lo civil, cuya pretensión se ventilará en juicio ordinario y, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad o falsedad de un instrumento también puede pedirse como incidente de un juicio o como excepción, lógicamente dentro del respectivo enjuiciamiento civil. Por su parte, en materia penal, no puede haber indagación o instrucción fiscal, sin que previamente se formule la denuncia por la máxima autoridad tributaria y ésta sólo la puede presentar si existe un acto administrativo firme, resolución ejecutoriada o sentencia judicial asimismo ejecutoriada, en los que se establezca la presunción de la comisión de una defraudación tributaria; razón por la que se niega tal pedido y se ordena que el Actuario de esta Sala proceda a la devolución del proceso al Tribunal de origen, para los fines consiguientes. Notifíquese y devuélvase.-

f) Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta; Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional; Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.



### *III*

## Resolución nro. 191-2012 Juicio nro. 050-2011

Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Icaza y Francisco Lascano (Bananera Noboa) contra Servicio de Rentas Internas (SRI)

#### SÍNTESIS

La empresa actora interpone la demanda para que se le exonere del anticipo del impuesto a la renta correspondiente al ejercicio 2010. Esta pretensión es negada por el Tribunal de origen ya que en la etapa de prueba la Administración Tributaria sustentó sus aseveraciones conforme a la ley. Además es de anotar que en el presente proceso a más de pruebas documentales imperó la aplicación de las normas de derecho. Por no estar de acuerdo con esta decisión la empresa actora interpone recurso de casación. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia luego de analizar lo solicitado tanto por el sujeto pasivo como la posición del sujeto activo colige que el Tribunal de instancia ha indicado que el actor no tiene derecho a la exoneración solicitada por cuanto la normativa aludida por el demandante, no es la vigente para el periodo solicitado, por lo que RECHAZA el recurso interpuesto.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2011-0050

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL Nro. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL SEGUNDA SALA. Guayaquil, jueves 5 de enero del 2012, las 10h50. Agréguese a los autos el escrito con su respectivo anexo presentado por la parte actora con fecha 20 de octubre del 2011 a las 11h55, mediante el cual anexa la renovación de la garantía de seguros que respalda la caución del 10% por el valor de US\$ 112.268.81. Agréguese a los autos el escrito presentado por la parte actora con fecha 8 de noviembre del 2011 a las 16h24, mediante el cual presenta su informe en derecho.

VISTOS: En virtud de la razón actuarial, este proceso se radicó en la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, por lo que se avoca conocimiento y se encuentra en lo principal que: el señor ARTURO GERARDO ICAZA VEGA Y Eco. FRANCISCO LEOPORDO LASCANO YELA, dice: en nuestras calidades de Gerente General y Gerente Administrativo respectivamente, y por lo tanto representantes legales conjuntos de la compañía EXPORTADORA BANANERA NOBOA S.A. con RUC. XXXX, que lo acreditamos con las copias certificadas de los nombramientos que acompañamos, amparados en las disposiciones

contenidas en los artículos 229 y siguientes del Código Tributario respetuosamente comparecemos ante ustedes con la siguiente demanda de impugnación. DEMANDA: El acto administrativo objeto de la presente demanda, es la Resolución nro. 917012011rrev000036 emitida y notificada el 17 de marzo del 2011, por el Director General del Servicio de Rentas Internas, en la que resuelve confirmar el oficio nro. 109012010OREC008453, dictado por la Jefa del Departamento de Reclamos Administrativos del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas. Dentro de los términos señalados en el art. 229 del Código Tributario, amparados y basados en lo previsto en el art. 220 del mismo cuerpo legal, comparecemos, primero para proponer una demanda de impugnación a la Resolución precitada y segundo con la finalidad de que los señores jueces de este Honorable Tribunal, reconozcan nuestro derecho a la exoneración del anticipo del ejercicio 2010. ANTECEDENTES: La compañía insinuó un recurso de revisión del oficio nro. 109012010OREC008453, en el que Director regional del Servicio de Rentas del Litoral Sur, nos niega la exoneración del Impuesto a la renta del ejercicio 2010 solicitado por Exportadora





Noboa S.A., con trámite Bananera 1090120010042187 aplicando ilegalmente las reformas introducidas en la Ley de Régimen Tributario Interno y Reglamento de Aplicación, en el Suplemento del Registro Oficial nro. 94 el 23 de diciembre del 2009. Con Resolución nro. 917012011RREV000036 de 17 de marzo del 2011 el Director General del Servicio de Rentas Internas confirma el Oficio 109012010OREC008453 dictado por la Jefa del Departamento de Reclamos Administrativos Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, sobre la base de lo expuesto en el numeral 6 de la parte considerativa de la precitada resolución. La solicitud de exoneración se la hizo por cuanto la compañía suspendió sus exportaciones de frutas tropicales desde el mes de octubre del 2009, cuyo efecto inmediato fue disminuir los ingresos en el año 2009 y no tener rentas gravables en el 2010 y como consecuencia de ella una pérdida real generada por falta de actividad económica, que fue demostrada con la proyección de ingresos y gastos que adjuntamos en su oportunidad. El hecho de no haber exportado, generó una pérdida, en otras palabras las rentas gravables del año 2010 no solamente fueron inferiores a las obtenidas en el año 2009 sino que no tuvo ingresos por ese concepto, con un resultado negativo. En la Resolución nro. 91701211RREV00036 emitida por el Director General del Servicio de Rentas, con la que atendió el recurso de revisión que estamos impugnando en esta demanda, no consideró para negar la exoneración del pago del anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010, que ya emitió su criterio en el boletín de prensa del 25 de agosto del 2010 que las reformas a los gastos personales deducibles de Impuesto a la Renta establecido en el art. 34 del nuevo Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno son aplicables para el ejercicio fiscal 2011 de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1) del Código Tributario, aplicación que pese a solicitud expresa de la compañía en el numeral 10 del Recurso de Revisión, extrañamente no se la analiza, ni se la niega sino que se la ignora y no se atiende esta petición, produciéndose su aceptación tácita, al no resolver nada al respecto. La exoneración del anticipo del impuesto a la renta del ejercicio 2010, solicitada por la compañía estaba fundamentada en las disposiciones legales vigentes y aplicables para presentar la declaración Impuesto a la Renta del ejercicio 2009 y del anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010,

dispuesto en el art. 41 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, aspecto legal que a continuación analizamos, exponemos y comedidamente solicitamos a los señores Jueces que se apliquen y como resultado del mismo se reconozca nuestro derecho a la exoneración solicitada. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERE-CHO. PRIMERO. En la resolución impugnada en esta demandada, el Director General del Servicio de Rentas Internas sin motivación alguna, niegan nuestra solicitud de exoneración y ser impone el pago del anticipo del Impuesto a la Renta del año 2010 no establecido por la Ley de Régimen Tributario Interno. Decimos que no existe motivación por cuanto en la Resolución solamente se enuncian las disposiciones legales porque no hay una exposición razonada de los motivos por los cuales frente al hecho cierto de nuestra solicitud, no se dice en base a que norma legal expresa no tenemos derecho a la exoneración, en otras palabras el Servicio de Rentas no ha fundamentado jurídicamente que la compañía Exportadora Bananera Noboa S.A., no tenga derecho a la exoneración solicitada y tampoco se dice si las reformas de la Ley citadas por la compañía como argumento de la exoneración solicitada, son o no aplicables a la exoneración solicitada del pago del anticipo del 2010. Tampoco explica cuáles son las razones jurídicas por las cuales se desestiman los argumentos expuestos por la compañía Exportadora Bananera Noboa S.A., lo que demuestra que la resolución no tiene motivación. SEGUNDO. El señor Director Regional del Litoral Sur y el señor Director General del Servicio de Rentas Internas, no consideró en el oficio y resolución precitados, motivo de esta demanda, los siguientes aspectos legales: a. Que la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Registro Oficial 242 del 29 de diciembre del 2007, en la que consta la norma que se refiere a los Anticipos del Impuesto a la Renta, de acuerdo a los que dispone el inciso segundo del art. 11 del Código Orgánico Tributario, es un tributo cuya determinación o Liquidación debe realizarse por períodos anuales, en la declaración del año que la compañía debe efectuar, que en este caso corresponde al ejercicio 2009. b. La Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, que reformó el art. 41 fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 94 el 23 de diciembre del 2009, cuando terminaba el ejercicio fiscal 2009. c.



De acuerdo a las disposiciones legales y la doctrina, las leyes posteriores no tienen efecto retroactivo y como consecuencia no pueden alterar los derechos adquiridos por los contribuyentes por una Ley vigente durante todo el año que es reformado faltando unos pocos días para que termine el año en que se efectuó la reforma. Doctrina que es importante sea observada porque no puede en un ejercicio tributario aplicarse dos leyes distintas. d. El Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno publicado en el Suplemento del Registro Oficial nro. 337 del 15 de mayo del 2008, rigió hasta el 8 de junio del 2010, ya que fue derogado mediante la Disposición Final Primera del Reglamento publicado en el Suplemento del Régimen Oficial nro. 209 del 8 de junio del 2010 y entró en vigencia el nuevo reglamento, cuando ya había transcurrido 5 meses del año 2010, lo que significa que la forma de determinar el anticipo dispuesto en el art. 78 del nuevo reglamento, los sujetos pasivos no lo pudieron aplicar al realizar la declaración del Impuesto a la Renta del año 2009: primero, porque el plazo para declarar terminó en abril del 2010; segundo, porque los contribuyentes desconocían en los cuatro primeros meses del 2010, cuál era su contenido, debido a que el nuevo reglamento se dictó un mes y 8 días después de vencido los plazos para declarar, y tercero, porque el Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno dictado con Decreto 2209 publicado en el Suplemento del Registro Oficial nro. 337 del 15 de mayo del 2008, estuvo vigente hasta el 8 de junio del 2010, fecha en que entró en vigencia el Reglamento dictado con Decreto nro. 374 por el señor Presidente de la República, lo que quiere decir que en el año 2010 estuvieron vigentes dos reglamentos. e. Que tanto la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, como el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno precitados, contienen disposiciones que rigen para los ejercicios fiscales 2010 en adelante, en los casos en los cuales tiene que declararse el Impuesto a la Renta o sus anticipos. f. La disposición del segundo inciso del art. 11 del Código tributario, cuando dice se aplicará desde el primer día del siguiente año calendario significa que las disposiciones de la Ley y del Reglamento precitados son aplicables en este caso al efectuar la declaración, cálculo y liquidación del valor del anticipo del Impuesto a la Renta en la

declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010. G. El hecho de que la declaración del Impuesto a la Renta se lo pueda presentar hasta el mes de abril de cada año, no significa que se pueda aplicar las nuevas disposiciones legales y reglamentarias solo para declarar el cálculo del Anticipo y no para declarar el Impuesto a la Renta del año 2010. TERCERO. Según Berliri, la doctrina considera que la interpretación de la ley es siempre declarativa respecto de la voluntad del legislador, de ahí que el intérprete no puede ni extender ni restringir esa voluntad debiendo limitarse a fijar la extensión exacta de la misma. De lo anterior se desprende que el sistema que debe primar para interpretar la ley es aquel según el cual lo único admisible es interpretar la Ley en exclusivo beneficio de la Ley. CUARTO. La declaración, liquidación o cálculo y pago del Anticipo correspondiente al ejercicio 2010, se debía hacerlo sobre la base de los resultados del ejercicio 2009, fundamentado en las disposiciones vigentes para el año 2009, aplicando lo dispuesto en el inciso segundo del art. 11 del Código Tributario, por cuanto la Ley Reformatoria a la Ley de régimen Tributario Interno y a la Ley reformatoria para la Equidad tributaria del Ecuador regía a partir del año 2010, para hacer las declaraciones del Impuesto a la Renta y los Anticipos del ejercicio económico 2011 y no para el año 2009. QUINTO. El numeral 2 del art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, fue reformado por el art. 13 de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 94 de 23 de diciembre del 2009, esta reforma fue expedida cuando el ejercicio correspondiente al 2009 había discurrido casi en su totalidad, en otras palabras estaba próximo a concluir, en 8 días. El numeral 2 del art. 41 precitado, estableció dos normas aplicables para el cálculo del anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010, que se debe determinar en la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio anterior esto es del año 2009 en adelante, tal como lo estipula la disposición constante en el art. 11 del Código Tributario, en el cual se estatuye que cuanto se trata de impuestos de período anual como acto meramente declarativo, se ha de aplicar las reformas desde el primer día del siguiente año calendario. En este caso se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 300 (257) de la Constitución de la República del Ecuador, que manda no expedir leyes tributarias





con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. Es evidente que una reforma expedida el 23 de diciembre del 2009 que se aplique al propio ejercicio iniciado el 1 de enero del 2009, produce un efecto retroactivo, así como también es evidente, que la reforma al disponer el pago de los anticipos de acuerdo a las reformas causa perjuicio a los contribuyentes y afecta a sus derechos adquiridos por la ley en el año 2009, para liquidar, declarar y pagar los anticipos del año 2010. De todo lo manifestado se concluye que la reforma del numeral 2 del Art. 41 de la Ley precitada, riñe con el art. 300 (257) de la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual solicitamos respetuosamente a ustedes señores Jueces, facultados por los artículos 425 y 426 de la Constitución como norma suprema, apliquen para este caso concreto la disposición del art. 11 del Código Tributario y 300 de la Constitución. SEXTO. La inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva de las reformas del art. 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, en la resolución motivo de esta demanda, ha sido reconocida y constituye un antecedente y jurisprudencia de mucha importancia que respetuosamente solicitamos se tome en cuenta en este caso, contenido en pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Suplemento del Registro Oficial nro. 237 de 26 de enero de 1998 que suspendió por inconstitucional los efectos de la parte del art. 8 de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 120 de 31 de julio de 1997, que dispuso que la tarifa del Impuesto a la Renta de las sociedades, modificada en esa fecha se aplicaría al ejercicio 1997, modificación que el Tribunal consideró estaba en pugna con el principio constitucional de que no cabe dar efecto retroactivo a las leyes tributarias en perjuicio de los contribuyentes, Jurisprudencia que pese a ser citada en el Recurso de Revisión, no mereció por parte de la Administración ninguna explicación, comentario o fundamento jurídico para considerarla en la Resolución con la que se atendió este recurso. SÉPTIMO. Es indudable que el art. 13 precitado no guarda conformidad, con la disposición del art. 300 de la Constitución de la República del Ecuador que se refiere a los principios de igualdad, proporcionalidad y generalidad de la tributación. OCTAVO. Porque el Director General del Servicio de Rentas Internas como

autoridad administrativa, no consideró que su actividad se encuentra sometida fundamentalmente a la Constitución, a la Ley, a los reglamentos y a las reglas generales que la propia Administración ha creado, en este caso a la norma contenida en los artículos 11 del Código Tributario y 300 de la Constitución de la República del Ecuador, que disponen en forma expresa la retroactividad de la Ley como principio tributario. NOVENO. Que la reducción o exoneración del Impuesto a la Renta solicitada por la compañía se la podía pedirla por cuanto el literal l) del art. 96 que reformó al art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para declarar, liquidar el anticipo en la declaración del Impuesto a la renta del ejercicio 2009, señalaba que cualquier contribuyente en los que obviamente estaban incluidas las sociedades o personas jurídicas que también son contribuyentes podían solicitar la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta cuando demuestren que las rentas gravables para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta, cubran el monto del Impuesto a la Renta a pagar en el ejercicio. En el mismo artículo en el inciso de la opción b.2 disponía a la letra lo siguiente: En todos los casos, para determinar el valor del anticipo se deducirán las retenciones en la fuente que la hayan sido practicadas al contribuyente en el ejercicio impositivo anterior. Este resultado constituye el anticipo mínimo. Norma que establece que en la declaración del Impuesto a la Renta del 2010 la compañía no debe pagar ningún valor por concepto de las retenciones deducidas para el cálculo de los dos anticipos pagados en los meses de agosto y septiembre. DÉCIMO. Debido a que el Director General de Rentas en la Resolución que estamos impugnando en esta demanda no atendió la petición que la reproducimos a continuación, solicitamos respetuosamente a los señores jueces, que se aplique el contenido del Boletín de Prensa comunicado por la Administración Tributaria a los contribuyentes el 25 de agosto del 2010, que dice: INFORMACIÓN SOBRE GAS-TOS PERSONALES DEDUCIBLES DEL IM-PUESTO A LA RENTA. EL SRI recuerda que los nuevos límites a los valores que pueden utilizar todas las personas naturales como gasto deducible personal en los rubros: salud, educación, alimentación, vivienda y vestimenta, para determinar el Impuesto a la Renta, (establecidos en el artículo 34 del nuevo Reglamento de Aplicación de la Ley



de Régimen Tributario interno) son aplicables para el ejercicio fiscal 2011, de acuerdo a lo indicado en el artículo 11 del Código Tributario. Es decir que, para el ejercicio fiscal en curso no existen límites por gastos personales deducibles. PE-TICIÓN CONCRETA. Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos y por cuanto las leyes y reglamentos posteriores no tienen efecto retroactivo y no pueden alterar los derechos adquiridos, solicitamos comedidamente a los señores Jueces, se dignen dejar sin efecto la Resolución nro. 917012011RREV000036 motivo de esta demanda, reconociendo nuestro derecho a la exoneración del anticipo en base a los fundamentos de derecho expuestos y a las pruebas que serán presentadas dentro del término de prueba que solicitamos se nos conceda y como consecuencia de ello, también se reconozca que el anticipo correspondiente al ejercicio 2010, se debió declarar y calcular basándose en las disposiciones del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Entidad Tributaria del Ecuador, vigente para el ejercicio 2009. AU-TORIDAD DEMANDADA. La autoridad demandada es el Director General del Servicio de Rentas Internas, Eco. Carlos Marx Carrasco, por haber dictado el día 17 de marzo del 2011 la Resolución nro. 0917012011RREV000036 que nos fue notificada el 17 del mismo mes y año, además por ostentar la representación legal de dicha institución. Puesta al despacho del Magistrado de sustanciación se la admite a trámite por reunir los requisitos legales conforme consta de la providencia del 28 de abril del 2011, y se ordena citar con el contenido de la misma a la autoridad tributaria demandada. Comparece a contestar la demanda, la Ab. TAURA SABANDO ESPINALES, quien dice en lo principal: Ofreciendo poder o ratificación de gestiones del ECON. CARLOS MARX CARRASCO VICUNA, Director General del Servicio de Rentas Internas, conforme lo acreditó con el documento que en copia certificada adjunto a la presente, en mérito del cual solicito de declare (sic) legitimada la personería en el presente juicio como autoridad demandada, con relación al Juicio de Impugnación nro. 50-2011, iniciado por el señor Arturo Gerardo Icaza Vega y Econ. Francisco Leopoldo Lascano Yela, en calidad de Gerente General y Gerente administrativo respectivamente, representantes legales conjuntos de la Compañía EXPORTADORA NOBOA S.A., con RUC Nro. 0990045488001, en contra de la Administración Tributaria, de conformidad con lo

establecido en el artículo 243 del Código tributario, estando dentro del término previsto por el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, constó la demanda planteada en los siguientes términos. SOBRE LOS ACTOS LEGÍTIMOS: la Administración Tributaria en uso y aplicación de sus facultades y obligaciones, fundamenta sus resoluciones administrativas en el contenido de la Ley. Siendo el mandato expreso del que se da cumplimiento, el artículo 10 de la Codificación del Código Tributario antes expuesto. Este artículo califica a los actos de gestión en materia tributaria como actividad reglada, en concordancia a lo que dispone el artículo 5 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone que se cumple esta exigencia cuando los actos producidos por la Administración Pública se ajustan a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo. El artículo 74 del Código Tributario establece: procedimiento general y de excepción. "Los actos producirán por el órgano competente, mediante el procedimiento que este Código Establece el artículo 82 de Código Tributario establece: presunción del Acto Administrativo. (Reformado el segundo inciso por el art. 2 de la Ley 93; R.O. 764-5, 22-VIII-95). "Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados A CUM-PLIRSE..." De tal forma señores Magistrados el contribuyente debe acatar los actos de la Administración que como hemos indicado en la norma transcrita, gozan de presunción de LEGITIMI-DAD Y EJECUTORIEDAD. CONTESTA-CION DE LA DEMANDA. LOS FUNDA-MENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL ACTOR. PRIMERO: Respecto a la Falta de Motivación alegada El contribuyente alega que la Resolución nro. 917012011RREV000036 que impugna, fue emitida sin Motivación alguna porque consideran que no hay exposición razonada de los motivos de la Solicitud, señalando que no indica normas legales en las que sustente que n tienen derecho a la Exoneración. Contradice toda realidad jurídica y documental este ineficaz argumento del actor, por cuanto de la simple lectura de la Resolución nro. 917012011RREV000036 se constata la Existencia de la motivación, la enunciación de las normas, la exposición directa y concreta de la Razón de no atender el derecho pretendido; resultando en la confirmación del Oficio nro. 1090120100REC008459. La Administración





Tributaria expresa: la característica del Acto Administrativo es que contenga la voluntad de la Administración Tributaria, el Código Tributario lo define así en su artículo 81, que concuerda con lo establecido en la doctrina que señala: el acto administrativo es la "Declaración de voluntad de un órgano de la Administración Pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de crear, con eficacia particular o general, obligaciones, facultades, o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa. "Establece los siguientes elementos del acto administrativo: el sujeto; la voluntad; el objeto; el motivo; el mérito; y, la forma. Como podemos observar, por sus características y elementos, el acto administrativo, completo y podemos observar, por sus características y elementos, el acto administrativo, complejo y perfecto, tiene propia naturaleza definida que produce determinados efectos jurídicos, ocasionando la ejecución de las facultades de la Administración resolviendo, en este caso, la revisión que efectúa sobre la legalidad del contenido del oficio 109012010OREC008453 emitido por el Director regional de la Litoral Sur de Servicio de Rentas Internas. El medio jurídico que materializa la voluntad de la Administración ejecutada por su faresolutiva, fue la Resolución cultad 917012011RREV000036 de recursos de Revisión signado con trámite nro. 109012010042187, que como acto administrativo contiene los requisitos legales que sustentan su validez. Con el precedente jurídico que define el acto administrativo, la Administración aplica de forma obligatoria los presupuestos que conforman la calidad legal en este caso de la Resolución impugnada, que no adolece de la alegada falta de motivación a la que recurre el actor, como parte de sus argumentos, y que se encuentra desvirtuada en el texto, contenido y constitución del acto administrativo impugnado, que consta de dos partes: LA PARTE CON-SIDERATIVA Y LA PARTE RESOLUTIVA. Respecto a las consideraciones expuestas por el actor que señala no fueron consideradas en el Oficio y resoluciones: (NUMERALES segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la demanda). Del contenido de la demanda se aprecian en los numerales referidos, argumentos varios que pretenden sustentar la impugnación del actor, los cuales se remiten a la enunciación de varias normas contenidas en la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Registro Oficial 242 del 29 de

diciembre del 2007, el artículo 11 del Código Orgánico Tributario, la Ley de Régimen Tributario Interno y la de Equidad Tributaria que reformó el artículo 41, doctrina en general y el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. La Administración Tributaria señala: sobre la petición de exoneración del anticipo de impuesto a la renta del 2010 a) El trámite 109012010042187 de EXPORTADORA BA-NANERA NOBOA S.A., solicita la exoneración del anticipo de Impuesto a la Renta del año 2010, alegando que la compañía suspendió sus exportaciones de frutas tropicales desde el mes de octubre del año 2009, provocando la disminución de ingresos en el año 2009 y la no generación de rentas gravadas en el 2010, consecuencia de lo cual, conforme lo indicó el contribuyente, registran pérdida real por falta de actividad económica que refieren contenida y demostrada en una proyección de ingresos y gastos. NEGATIVA PURA Y SIMPLE DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO. Niego los fundamentos de hecho y de derecho presentados por el actor en su demanda en la parte que desfavorezca a la Administración Tributaria. No me allano a las nulidades existentes o las que sobrevivieren en el proceso. PETICIÓN. Por lo expuesto, solicito Señores Jueces, solicito que se sirvan desechar la improcedente demanda presentada por la Compañía EXPOR-TADORA NOBOA S.A., ratificando la validez de la Resolución nro. 917012011RREV000036. Trabada la litis, concluido el término de prueba, encontrándose con autos para resolver se considera: PRIMERO. La Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, con sede en Guayaquil, tratándose de demanda de Impugnación, es competente para resolver, de conformidad con lo previsto en el art. 220, de la Codificación del Código Orgánico Tributario. De los arts. 156, 157 y 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, De las Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo y 6 de octubre de 1992, además del literal h) del art. 11 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; y, el literal e) del art. 3 de las Normas de Procedimiento para el Ejercicio de las Atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás Reglas Secundarias le conceden al Consejo de la Judicatura para el Período de Transición, publicado en el Registro Oficial nro. 493 del 22 de diciembre del 2008. **SEGUNDO**. En la sustanciación del proceso no se ha incurrido en omisión de formalidades legales



no hay causal de haberse violentado la ritualidad sustancial, se encuentra legitimada la personería de las partes, y se ha observado los procedimientos constitucionales del debido proceso, siendo por tanto necesario declarar que el proceso es válido. **TERCERO**. Que en la demanda el actor plantea su pretensión que ha de ser materia principal de la controversia. Esta Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, procede al análisis de lo siguiente: a) que el artículo 272 de la Codificación del Código Tributario en vigencia, establece que al tiempo de dictar la sentencia "el Tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la resolución, y declarará tal nulidad siempre que los vicios que la motiven hubieren influido en la decisión del asunto. En caso contrario, entrará a resolver la causa sobre lo principal" CUARTO. De conformidad con lo que dispone el art. 258 de la Codificación del Código Orgánico Tributario al actor le corresponde la carga la Prueba, a este respecto la actora alega, que la baja productividad y disminución de las utilidades, tiene como causa principal, la disminución de los precios internacionales así como el aumento de los costos de producción como consecuencia del incremento de los precios del petróleo, el incremento de la mano de obra que participa en la producción y las pérdidas que se originan en los hechos fortuitos de origen climáticos. Además invoca el art. 41 de la Ley de Régimen Tributario. La compañía actora en escrito presentado durante la etapa de prueba presenta como anexo una documentación contable que no se encuentra conforme con la Ley de Régimen Tributario Interno y con los reglamentos. Consecuentemente no constituyen justificantes de la exoneración que solicita incluyendo medios magnéticos, durante la etapa de prueba la demandada presentó como argumento en la etapa de prueba para que sean valoradas en derecho para resolver, el art. 11 del Mandato Constituyente nro. 16 publicado en el Registro Oficial nro. 393, el 30 de julio del 2008, prescribe en lo principal. Los contribuyentes que prevea acogerse total o parcialmente al beneficio del que trata este Mandato, podrán abstenerse en la misma proporción, del pago del anticipo del Impuesto a la Renta calculado en su declaración del ejercicio económico anterior "La Disposición Final de este Mandato reza". En lo que no se encuentre previsto en el presente Mandato se aplicarán las normas de la Ley de régimen Tributario Interno y del Código Tributario" A este respecto el art. 96 de la Ley innumerada

publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial nro. 242, del 29 de diciembre del 2007, en el numeral 2, literal l) agregado al art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece quienes pueden acogerse a este beneficio. El contribuyente podrá, solicitar al Servicio de Rentas Internas, la reducción o exoneración del pago del anticipo del Impuesto a la renta cuando demuestre que las rentas gravadas para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del Impuesto a la renta cubrirán el monto del Impuesto a la Renta a pagar en el ejercicio. En ese caso quiere decir que la Resolución Obligatoria de la NAC-DGECCGC10-00007, publicada en el Registro Oficial nro. 154, del 19 de Marzo del 2010, expedida por el Director General de Rentas, de naturaleza reglamentaria guarda armonía con la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno, y la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 94 del 23 de Diciembre de 2009 que de acuerdo al art. 11, de la Codificación del Código Tributario era aplicable para las declaraciones de los ejercicios 2009, en adelante en las que se debía declarar el anticipo de impuesto a la renta del año 2010, lo que pone de manifiesto que en el año 2010, estuvieron vigente dos Reglamentos. En consecuencia la empresa actora no tiene derecho a la exoneración que le concede el entonces vigente numeral 2, literal l del art. 41 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Se deja constancia de que en la etapa de prueba la Administración Tributaria sustentó sus aseveraciones conforme a la ley. Además es de anotar que el presente proceso a más de pruebas documentales imperó la aplicación de las normas de derecho. QUINTO. El art. 270 de la Codificación del Código Orgánico Tributario reza en lo pertinente: "A falta de prueba plena, el tribunal decidirá por las semiplenas, según el valor que tengan dentro del más amplio criterio judicial o de equidad. Podrá también establecer presunciones, que deducirá de los documentos y actuaciones producidos por las partes y de todas las pruebas que hubiere ordenado de oficio, inclusive de aquellos que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros.". Las Pruebas deben de aportar en la solución de la causa, por ello deben de estar incorporadas para someterlas a la valorización crítica, el juzgador al expedir el fallo debe exponer las razones y fundamento que la





determinan, por ello la prueba debe ser suficientemente conforme a las reglas de la lógica, en la que se integran la norma y la experiencia, debe presentar un contenido objetivo capaz de soportar el juicio de suficiencia que supone analizar o examinar su eficacia, es decir su fuerza y valor probatorio, y ello no solo en su aspecto formal sino fundamentalmente en su aspecto material, de manera que haya eliminado cualquier duda racional y uno de los deberes del juzgador es realizar la debida fundamentación de sus resoluciones ya que así lo disponen los arts. 274, 275, 276 y 280 del Código de Procedimiento Civil, los arts. 75 y 82 de la propia Constitución de la República del Ecuador, para que el sistema procesal haga efectiva las garantías del debido proceso: **SEXTO**. Así también el art. 130, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que "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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos "Hablando sino alegada la invalidez de los procedimientos administrativos normas legales sustantivas y de proceso aplicable a la materia, el art. 139, en la Codificación del Código Tributario, establece que los actos administrativos son nulos cuando al momento de la emisión, hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya optado el derecho de defensa, y que la autoridad competente lo invalidará de oficio o a petición de parte, y la no motivación de los actos administrativos, con fundamentos de hecho y de derecho por parte la Administración Tributaria, siendo la demandada de impugnación, la materia de controversia en esta litis sobre lo que debe pronunciarse, y en mérito a los considerandos anteriores esta Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2 con sede en Guayaquil, ADMINISTRANDO JUS-TICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBE-RANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**, declara sin lugar la demanda de impugnación interpuesta por el señor Arturo Gerardo Icaza Vega y Econ. Francisco Leopoldo Lascano Yela por los derechos que representan de la Compañía Exportadora Bananera Noboa S.A. en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas; y, declara la validez de la Resolución nro. 917012011RREV000036, emitida el 17 de marzo del 2011, reconociendo a la Administración Tributaria, todos sus derechos. Con todos los efectos jurídicos que de ello se deriva. Notifíquese. f) Pedro Jiménez Avelino, Juez.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 191-2012

Juicio contencioso tributario propuesto por Arturo Icaza y Francisco Lascano (Bananera Noboa) contra Servicio de Rentas Internas (SRI)

#### Juez ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Quito, a 29 de abril de 2014. Las 11H15

#### **VISTOS:**

#### I.- JURISDICCIÓN

1.1.- Conocemos la presente causa en virtud de la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura, Resoluciones Nos. 7-2012 y 03-2013 de 27 de junio de 2012 y 22 de julio de 2013, respectivamente, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Oficios Nos. 2398-SG-CNJ-IJ y 2399-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013 expedidos por

el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y del sorteo que consta en el proceso.

#### II.- ANTECEDENTES

2.1.- Los señores Arturo Gerardo Icaza y Francisco Leopoldo Lascano Yela en sus calidades de gerente general y administrativo, respectivamente, de la compañía EXPORTADORA BANANERA NOBOA S.A., mediante escrito de 11 de enero 2012, interponen recurso de casación en contra de la sentencia de 5 de enero de 2012, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 2011-0050 deducido por la



compañía EXPORTADORA BANANERA NO-BOA S.A., en contra de la administración tributaria.

**2.2.-** Los representantes legales de la compañía EXPORTADORA BANANERA NOBOA S.A., fundamentan su recurso en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del art. 3 de la Ley de Casación.

En atención a la causal segunda, indican que la Segunda Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 al expedir su sentencia, no consideró que el Oficio No. 109012010OREC008453 emitido ilegalmente por la Jefa del Departamento de Reclamos Administrativos del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur que se encuentra en el proceso de fojas 64 a 66, era un acto administrativo nulo de pleno derecho de acuerdo a lo dispuesto en el art. 139 de la Codificación del Código Tributario por haber sido expedido por una autoridad manifiestamente incompetente, producido por un vicio inconvalidable, por haber emitido y suscrito el oficio precitado sin tener facultad para atender, sustanciar y resolver la petición de exoneración del anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010, por cuanto su monto era de US\$ 1.122.688,07 superior a los diez mil dólares de los Estados Unidos de América dispuesto en el literal a) de la Resolución No. RLS-JURRDF109-00012 publicado en el Registro Oficial No. 33 de jueves 24 de septiembre del 2009, que nunca produjo efecto jurídico alguno, razón por la cual los señores jueces debieron declarar al mismo de pleno derecho nulo que presupone su ilegitimidad. En la sentencia recurrida los señores jueces en una errónea interpretación del artículo 11 del Código Tributario, no aplicaron el segundo inciso del mismo, solicitado por la compañía sin considerar que el valor del anticipo del ejercicio 2010 se lo debía hacer en la declaración del ejercicio 2009 en base a los resultados y cifras correspondientes al ejercicio anterior que era del año 2009 y no del 2010 en el que se declara el anticipo del 2011.

Referente a la causal cuarta indican, que "la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 94 el 23 de diciembre del 2009, de acuerdo a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 11 del Código Tributario rigió a partir de las declaraciones del impuesto a la renta del ejercicio 2010". "El art. 78 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno publicado en el suplemento

del Registro Oficial No. 209 del 8 de junio del 2010, los sujetos pasivos no lo pudieron aplicar al realizar la declaración del Impuesto a la Renta del año 2009, porque el plazo para declarar las personas jurídicas terminó en 30 de abril de dicho año". "La declaración, liquidación o cálculo y pago del anticipo correspondiente al ejercicio 2010, se debía hacerlo sobre la base de los resultados del ejercicio 2009, fundamentando en las disposiciones vigentes para el año 2009, aplicando lo dispuesto en el inciso segundo del art. 11 del Código Tributario, por cuanto la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador rigió a partir del año 2010, para hacer las declaraciones del Impuesto a la Renta y los anticipos del ejercicio económico 2001 y no para el año 2009". "La reforma del numeral 2 del art. 41 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, riñe con el art. 300 (257) de la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual solicitamos a los señores Jueces, facultados por los artículos 425 y 426 de la Constitución como norma suprema, apliquen para este caso concreto la disposición del art. 11 del Código Tributario y 300 de la Constitución". "La inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva de las reformas del art. 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, en la Resolución motivo de esta demanda, ha sido reconocida y constituye un antecedente y jurisprudencia de mucha importancia que respetuosamente solicitamos se tome en cuenta en este caso, contenido en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Suplemento del Registro Oficial No. 237 de 26 de enero de 1998 que suspendió por inconstitucional los efectos de la parte del art. 8 de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 120 de 31 de julio de 1997, que dispuso que la tarifa del impuesto a la renta de las sociedades, modificada en esa fecha se aplicaría al ejercicio 1997, modificación que el Tribunal consideró estaba en pugna con el principio constitucional de que no cabe dar efecto retroactivo a las leyes tributarias en perjuicio de los contribuyentes". "Que la reducción o exoneración del Impuesto a la Renta solicitada por la compañía si se podía pedirla por cuanto el literal i) del art. 96 que reformó al art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para declarar, liquidar el anticipo en la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio 2009, señalaba que cualquier





contribuyente en los que obviamente estaban incluidas las sociedades o personas jurídicas que también son contribuyentes podían solicitar la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta cuando demuestren que las rentas gravables para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del impuesto a la renta, cubran el monto del impuesto a la renta a pagar en el ejercicio". Solicitan a los señores Jueces que apliquen el contenido del boletín de prensa comunicado por la administración tributaria a los contribuyentes el 25 de agosto de 2010 que dice información sobre gastos personales deducibles del Impuesto a la Renta.

Relativo a la causal primera señalan, falta de aplicación en la sentencia del literal i) del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. La disposición vigente de acuerdo al segundo inciso del art. 11 del Código Tributario era la del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador para declarar el valor del anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio 2010 en la declaración del impuesto a la renta del ejercicio 2009 y el derecho a pedir su exoneración del mismo y no el art. 13 de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria que de acuerdo al art. 11 precitado recién entró en vigencia en el año 2010 para declarar el valor del anticipo del ejercicio 2011.

En atención a la causal primera indica, que los señores Jueces al ignorar las pruebas que se encuentran de folios 101 a 200, 269 a 283, 284 a 302, 402 a 414, 414 a 449, 504 a 551, 552 a 575 y 576 a 501, al no referirse en ningún sentido en la sentencia, significa que estas pruebas no fueron valoradas de acuerdo a lo que dispone el art. 270 de la Codificación del Código Tributario, irrespetando el principio de legalidad de la prueba que el art. 121 del Código de Procedimiento Civil establece. En cuanto a la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación transcriben las siguientes jurisprudencias: "(1997) Requisitos del yerro en la valoración de las pruebas"; "24-IV-2000 (Res. 182-200 (sic), R.O. 83 de 23 – V – 2000)"; "Registro Oficial No. 238-5 de enero de 2001. Pág. 32". Por lo expuesto pide que se declare aceptada la casación de la sentencia. **2.3.-** El 5 de julio de 2012, las 10h07, es admitido a trámite el recurso; y fue puesto en conocimiento de las partes la recepción del proceso para que se cumpla lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de Casación.

2.4.- El economista Carlos Marx Carrasco Vicuña en su calidad de DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, dentro de tiempo (fs. 12 - 14 del cuadernillo de casación) manifiesta lo siguiente: La causal segunda no se ha configurado en la sentencia objeto del recurso de casación, conforme se aprecia de la lectura de la misma y de la revisión de los autos, en los que se ha evidenciado la legitimidad en la actuación de la Jefa Regional del Departamento de Reclamos de la Litoral Sur, emitiendo el Oficio informativo No. 109012010OREC008453 que por su contenido jurídico se manifiesta como una herramienta administrativa adecuada para informar, estableciendo el hecho de informar la normativa que ocasiona la improcedencia que no permitió sustanciar el pedido, caso que es el actual; atendiendo a que se trata de una petición y no de un pago en exceso que es aquel que la norma, de forma estricta y restrictiva limita su contexto completo, a un valor de diez mil dólares para ser resuelto por el Jefe Regional de Reclamos, es decir, el límite de diez mil dólares es únicamente para la atención de pagos en exceso. No existe errónea interpretación del artículo 11 del Código Tributario, la norma se aplicó de acuerdo a la oportunidad correspondiente de la aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno que incluía la reforma publicada el 23 de diciembre del 2010, esto que fue previo a la fecha del pago del anticipo del Impuesto a la Renta del año 2010, regulando el pago antes de su fecha de vencimiento, además de que el impuesto ya se había generado en el ejercicio anterior a su pago, debiendo el contribuyente en su calidad de administrado atender el contenido normativo sin modificar de manera arbitraria la intensión de la norma, pretendiendo aludir una errónea interpretación cuando en realidad lo actuado obedece una aplicación de normas en vigencia considerando el anticipo del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal 2010, que debe someterse al pago de su impuesto generado y determinado para ese período. Respecto a la causal cuarta, indica que la sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 cumple en su contenido con todas las normas necesarias, analizando aquellos puntos controvertidos que fueron objeto de la litis y que de manera motivada son expuestos en los considerandos de la sentencia, estableciendo que no existe irretroactividad de la Ley en el cobro del anticipo del Impuesto a la Renta del año 2010, recalcando que la administración tributaria dejó claro que el contribuyente



no tiene derecho a la exoneración de conformidad a las normas indicadas en el oficio informativo, y que, la presunta irretroactividad que refiere el actor en el escrito de casación, no se ha producido, sin existir como se ha puesto de manifiesto omisión de algún punto de la *litis*, así lo demuestran los siete numerales que en su texto exponen la motivación jurídica de la sentencia objeto del presente recurso. La administración tributaria ha establecido que no se produce ni se produjo aplicación retroactiva de la Ley, lo que dispone la norma se aplica para lo venidero por cuanto el anticipo del Impuesto a la Renta de acuerdo a su vigencia, es un Impuesto anual que se vuelve exigible de acuerdo a las fechas de pago, y que una vez determinado por el propio sujeto pasivo en su declaración de Impuesto a la Renta, lo obliga por la ley, a realizar el pago del anticipo en base al impuesto causado ya contenido en la declaración que previamente realizó el contribuyente. Por lo expuesto pide que se deseche el recurso de casación interpuesto.

2.5.- El Tribunal juzgador considera que la compañía actora en el escrito presentado durante la etapa de prueba presenta como anexo una documentación contable que no se encuentra conforme con la Ley de Régimen Tributario Interno y con los reglamentos, consecuentemente no constituyen justificantes de la exoneración que solicita, incluyendo medios magnéticos. La Resolución obligatoria No. NAC-DGECCGC10-00007, publicada en el Registro Oficial N° 154 del 19 de Marzo del 2010, expedida por el Director General de Rentas, de naturaleza reglamentaria guarda armonía con la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno, y la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 94 del 23 de Diciembre del 2009 que de acuerdo al art. 11 de la Codificación del Código Tributario era aplicable para las declaraciones de los ejercicios 2009 en adelante en las que se debía declarar el anticipo del impuesto a la renta del año 2010, lo que pone de manifiesto que en el año 2010, estuvieron vigentes dos Reglamentos. En consecuencia la empresa actora no tiene derecho a la exoneración que le concede el entonces vigente numeral 2, literal i del Art. 41 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Por todo lo expuesto la Sala juzgadora declara sin lugar la demanda de impugnación interpuesta por la compañía EXPORTADORA BANANERA NO-BOA S.A. en contra del DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.



**3.1.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 1 de la Codificación de Ley de Casación y el numeral 1, segunda parte, del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### IV.- VALIDEZ PROCESAL

**4.1.-** En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.

## V.- PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

**5.1.-** El recurrente formula los siguientes cargos, en contra de la sentencia 5 de enero de 2012, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en Guayaquil.

**Cargo 1:** Normas infringidas contenidas en los arts. 139 y 272 del Código Orgánico Tributario, art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, art. 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno sin especificar el vicio en que incurren.

Cargo 2: "errónea interpretación y falta de aplicación" del art. 11 del Código Tributario, y menciona simplemente el art. 272 del referido código (causal segunda).

Cargo 3: "omisión de resolver" sobre la irretroactividad de normas legales en atención al art. 11 del Código Tributario, 78 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, numeral 2 del art. 41 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, 300, 425 y 426 de la Constitución, 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno literal i) del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador (causal cuarta).

**Cargo 4: "falta de aplicación"** del literal i) del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador (causal primera).

**Cargo 5:** Manifiesta que las pruebas no fueron valoradas de acuerdo a lo que dispone el art. 270 de la Codificación del Código Tributario, irrespetando el principio de legalidad de la prueba que el art. 121 del Código de Procedimiento Civil (sic) (causal tercera).

# VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

**6.1.** El recurso de casación es un medio de impugnación, extraordinario, limitado y formalista que





busca tutelar el derecho, a través de una correcta aplicación de la norma jurídica en las sentencias o autos resolutivos, alcanzando la supremacía de los valores de la seguridad jurídica.

**6.2.**- Respecto a lo manifestado, en atención a las normas infringidas contenidas en los arts. 139 y 272 del Código Orgánico Tributario (causal segunda), art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, art. 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno (causal primera), al realizar el análisis del recurso de casación presentado se observa que los recurrentes han identificado las normas de derecho que estiman infringidas así como han fundado su recurso en las causales segunda y primera, en su parte pertinente, del artículo 3 de la Ley de Casación pero omiten establecer el vicio en que incurren las normas aludidas en la sentencia, no pudiendo esta Sala llenar este vacío que le correspondió definir al recurrente. La doctrina jurídica expresa que: "La ley exige que cada vicio se exprese en forma separada. Esto justifica por la necesidad de individualización concreta y precisa del agravio, por lo que su inobservancia ocasiona el rechazo del recurso". (DE LA RÚA 1968, PÁG. 225). Por lo tanto, el recurso de casación es extremadamente formalista y al no permitirle al juzgador analizar las normas infringidas, por un error de los recurrentes, ésta Sala no se puede pronunciarse al respecto.

**6.3.-** En atención a la causal segunda alegada por el recurrente, es preciso señalar lo que manifiesta el art. 3 de la Ley de Casación: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;". Esta causal se refiere a la violación de normas procesales o también llamados errores in procedendo, la doctrina y la jurisprudencia han manifestado, que no toda violación de procedimiento es nulidad, para que se configure la misma, deben cumplirse los principios de especificidad, es decir, que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y, el de transcendencia, que se refiere a que esa omisión debe ser de tal importancia que incida en la decisión de la causa. Esta Sala observa que el recurrente en su escrito alega errónea interpretación y falta de aplicación del art. 11 del Código Tributario, más es preciso señalar que dentro de la misma causal no pueden alegarse de manera concomitante la presencia de

dos vicios respecto a una misma disposición o norma ya que resulta contradictorio, pues en el caso que nos ocupa se debió precisar con exactitud si existió errónea interpretación o falta de aplicación, no pudiendo esta Sala llenar este vacío que le correspondió definir al recurrente; en atención a la mención del art. 272 Código Tributario, no se advierte del escrito contentivo del recurso de casación, que se haya alegado algún vicio en tención a la norma mencionada, por lo que esta Sala no entrará en el conocimiento de dicha causal.

6.4.- Referente a la causal cuarta alegada por el recurrente, es preciso mencionar lo que señala el art. 3 de la Ley de Casación: "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis", el doctor Santiago Andrade en su libro la Casación Civil en el Ecuador, menciona que "(...) la causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o minima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita". El recurrente indica que la Sala juzgadora ha omitido resolver sobre la irretroactividad de normas legales en atención al art. 11 del Código Tributario, 78 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, numeral 2 del art. 41 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, 300, 425 y 426 de la Constitución, 13 de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno literal i) del Art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. Una vez analizado el contenido del fallo de instancia se observa que el mismo no adolece de ningún vicio en los que podría configurase la causal cuarta (mínima o citra petita), más aún cuando de su texto consta: "(...) CUARTO: (...) La compañía actora en el escrito presentado durante la etapa de prueba presenta como anexo una documentación contable que no se encuentra conforme con la Ley de Régimen Tributario Interno y con los reglamentos, Consecuentemente no constituyen justificantes de la exoneración que solicita, incluyendo medios magnéticos. (...) En este caso quiere decir que la Resolución obligatoria No. NAC-DGECCGC10-00007, publicada en el Registro Oficial Nº 154- del 19 de Marzo del 2010, expedida por el Director General de Rentas, de naturaleza reglamentaria guarda armonía con la Ley reformatoria a la Ley de Régimen Tributa-



rio Interno, y la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 94 del 23 de Diciembre del 2009 que de acuerdo al Art. 11, de la Codificación del Código Tributario era aplicable para las declaraciones de los ejercicios 2009 en adelante en las que se debía declarar el anticipo del impuesto a la renta del año 2010, lo que pone de manifiesto que en el año 2010, estuvieron vigentes dos Reglamentos. En consecuencia la empresa actora no tiene derecho a la exoneración que le concede el entonces vigente numeral 2, literal i del Art. 41 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.", en consecuencia, al haberse considerado todos los puntos sobre los cuales se trabó la *litis*, esta Sala no observa que se haya configurado la causal cuarta invocada por el recurrente.

**6.5.-** En atención a la causal primera alegada por el recurrente, es preciso indicar, lo que el art. 3 de la Ley de Casación expresa: "1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva". La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Dicha causal, tiene relación con lo que se denomina vicios in iudicando ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho o precedentes jurisprudenciales, en el presente caso, los recurrentes han alegado específicamente falta de aplicación del literal i) del art. 96 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre de 2007, que a la letra dice:

**Art. 96.-** En el Art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno introdúzcanse las siguientes reformas:

(...)

i) El contribuyente podrá solicitar al Servicio de Rentas Internas, la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta cuando demuestre que las rentas gravables para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del impuesto a la renta cubrirán el monto del impuesto a la renta a pagar en el ejercicio."

En atención a lo dicho, hay que tener en claro que lo solicitado por el actor es la exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta del ejercicio económico 2010 mismo que fuera calculado en la declaración de Impuesto a la Renta del año 2009, por lo que en la atención de dicha solicitud, las partes deben regirse a la legislación en la que efectivamente debería realizarse el pago de dicho anticipo que es el año 2010; es importante precisar que el art. 78 del Reglamento para la Aplicación a la Ley de Régimen Tributario (aplicable para el caso) establece los casos en los cuales puede solicitarse exoneración o reducción del anticipo, y menciona claramente que son aquellos referidos en el literal a) del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno que a la letra dice:

"Art. 41.- Pago del impuesto.- Los sujetos pasivos deberán efectuar el pago del impuesto a la renta de acuerdo con las siguientes normas:

1.- El saldo adeudado por impuesto a la renta que resulte de la declaración correspondiente al ejercicio económico anterior deberá cancelarse en los plazos que establezca el reglamento, en las entidades legalmente autorizadas para recaudar tributos;

2.- Las personas naturales, las sucesiones indivisas, las sociedades, las empresas que tengan suscritos o suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual, deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas: a) Las personas naturales y sucesiones indivisas no obligadas a llevar contabilidad, las empresas que tengan suscritos o suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual:

*(...)*"

De lo detallado anteriormente y la normativa aplicable al caso, se colige que acertadamente el Tribunal de instancia ha indicado que el actor no tiene derecho a la exoneración solicitada por cuanto la normativa por el aludida no es la vigente para el período solicitado, por lo que esta Sala no observa que se haya configurado la causal primera invocada por el recurrente.

**6.6.-** En atención a la causal tercera, el recurrente manifiesta que las pruebas no fueron valoradas de acuerdo a lo que dispone el art. 270 de la Codificación del Código Tributario, irrespetando el principio de legalidad de la prueba que el art. 121 del Código de Procedimiento Civil (sic), en atención a lo dicho, esta Sala procede a señalar lo que





a la letra señala la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación: "3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;" en atención a lo transcrito, la causal aludida se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva y contempla varias situaciones jurídicas que no pueden darse simultáneamente y que deben ser individualizadas para su pertinente demostración en cada caso. La valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente la valoración de la prueba. En esta virtud, el recurrente para que prospere el recurso de casación por la causal tercera debe cumplir las siguientes exigencias, que requiere la técnica jurídica: 1.- Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2.- Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 3.-Demostrar con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; 4.- Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutiva de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por la trasgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba. En el presente caso, de la

lectura del recurso, no concurren ninguno de los requisitos exigidos para que prospere la causal alegada, por lo que esta Sala Especializada no puede realizar análisis al respecto.

#### VII.- DECISIÓN

7.1.- Como se evidencia, la decisión tomada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en Guayaquil el 5 de enero de 2012, no incurre en los vicios alegados por el recurrente.

7.2.- Por estas consideraciones, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República.

#### **VIII.- RESUELVE:**

- **8.1.- RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por los señores Arturo Gerardo Icaza y Francisco Leopoldo Lascano Yela en sus calidades de gerente general y administrativo, respectivamente, de la compañía EXPORTADORA BANANERA NOBOA S.A., con base en las consideraciones puntualizadas en el acápite VI de la presente sentencia.
- **8.2.** Sin costas.
- **8.3.-** Actúa el Ab. Diego Acuña Naranjo de conformidad con el oficio No. 03-P-SCT-2014 de 8 de enero de 2014.
- **8.4.-** Notifíquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.
- f) Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta; Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional; Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.

#### **AMPLIACIÓN**

Juicio nro. 191-2012

Juez ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Quito, a 05 de junio de 2014. Las 11h40.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito y anexo que antecede presentado por la Econ. Ximena Amoroso Iñiguez, Directora General del Servicio de Rentas Internas, calidad que la justifica con la copia certificada adjunta del Decreto No. 256 expedido por el Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, instrumento en mérito del cual se declara legitimada la personería de la citada Directora. Téngase por ratificada y aprobada la actuación de la Dra. Alexandra Naranjo Naranjo dentro del presente recurso, así como la autorización para que intervenga a nombre de la Administración Tributaria, a quien se le notificará en el casillero judicial No. 2424. En



lo principal, el Ab. Roberto Jorge Ponce Noboa, en calidad de Presidente y como tal representante legal de la compañía EXPORTADORA BANANERA NOBOA S.A., solicita ampliar la sentencia dictada por esta Sala el 29 de abril de 2014, a las 11h15, fundado en las razones que expone en dicho petitorio. Con éste se ha corrido traslado a la contraparte mediante providencia de 6 de mayo de 2014, las 13h35, el que ha sido contestado oportunamente.

Con estos antecedentes, para resolver se considera: 1.- Para conocer la petición de ampliación presentada por la empresa actora, conforme lo previsto en los arts. 274 del Código Tributario y 281 del Código de Procedimiento Civil, es competente esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. 2.- El art. 274 del Código Tributario establece que la ampliación tendrá lugar "...cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre multas, intereses o costas". Por su parte el art. 282 del Código de Procedimiento Civil dice que: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas..." 3.- La Sala considera que en atención al indicado pedido, la sentencia en referencia resolvió todos los puntos controvertidos relacionados con los cargos materia del recurso de casación y en relación al pedido de que "...se me indique si se analizaron todos los fundamentos planteados en la etapa contenciosa como parte del sustento de la parte actora a la impugnación de la Resolución Nº 917012011RREV000036 dictado por el Señor Director General del Servicio de Rentas Internas que confirma el Oficio Nº 109012010OREC008453 dictado por la Jefa del departamento de Reclamos Administrativos del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, a la sentencia dictada por la Sala del Tribunal, por parte de la Sala de Casación", esta Sala recuerda al peticionario que el recurso extraordinario de casación limita las facultades de la Sala al examen de la sentencia recurrida exclusivamente por los aspectos y en relación de los cargos en que se funda su interposición. La actividad del Tribunal de Casación se circunscribe a revisar la sentencia solamente por las causales que el recurrente invoque, no puede pronunciarse sino en función de la causal o causales en las que se fundamenta el recurso, lo cual se ha cumplido a cabalidad en el presente caso; es decir, no existe por parte de esta Sala la omisión de resolver alguno de los puntos controvertidos, por lo que al no proceder la ampliación solicitada, se niega tal pedido, máxime que de llegarse aceptar el mismo en la forma en que se encuentra planteado, tal situación conllevaría a alterar el sentido de la sentencia, mecanismo modificatorio de las decisiones judiciales, que para el caso de sentencias le está prohibido efectuar al juzgador, en aplicación de lo señalado en el art. 281 del Código de Procedimiento Civil. Por lo anotado, al rechazarse el pedido de la parte actora, las partes procesales estarán a lo señalado y dispuesto en la sentencia de marras. Notifiquese.f)Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta; Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional; Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.





## IV Resolución nro. 019-2013 Juicio nro. 2011-0125

Juicio contencioso tributario propuesto por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. en contra de Servivio de Rentas Internas (SRI)

#### SÍNTESIS

Los representantes de la empresa demandante comparecen con el fin de que se les reconozca el crédito tributario por importaciones realizas que, según su criterio, tendrán derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios; Luego de un análisis pormenorizado de las alegaciones de la parte actora y de la argumentación de la administración tributaria, el Tribunal habiéndose evidenciado que la importación y el pago fueron realizados por la compañía, y que por tanto, existió el derecho a dicho crédito tributario en base a esto deja sin efecto la glosa respecto a importaciones de bienes a nombre de terceros. El director Regional del SRI Litoral Sur interpone el recurso de casación para ante la Corte Nacional por no estar de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal de instancia, la Sala especializada de lo Contencioso Tributario con un criterio contrario al del Tribunal de instancia, casa parcialmente la sentencia y confirma la glosa "glosa respecto a importaciones de bienes a nombre de terceros" por considerar que: "la empresa, habiendo recibido el reembolso de tales valores, mal puede pretender utilizarlos como crédito tributario, primero porque no fue el sujeto pasivo del IVA y, segundo porque, de hacerlo, equivaldría a un doble beneficio.".

#### PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL. SEGUNDA **SALA.** Guayaquil, viernes 19 de octubre del 2012, las 09h13. Agréguese a los autos el escrito, presentado por la actora con fecha 20 de septiembre del 2012 a las 14h50. Agréguese a los autos el escrito presentado por la actora con fecha 25 de septiembre del 2010 a las 14h47, proveyendo el mismo, tómese en cuenta la casilla judicial nro. 524 para notificaciones. Agréguese a los autos el escrito presentado por los señores Thiao de Paula Ribeiro y Geraldo Luis Pereira de Souza en sus calidades de apoderados de la parte actora, con fecha 1 de octubre del 2012 a las 09h37, proveyendo el mismo, téngase por legitimada la comparecencia del señor Thiago de Paula Ribeiro como apoderado de la compañía CONS-TRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (CNO) con quien se contará en adelante; y, téngase por ratificadas las gestiones del doctor Jorge David Uribe Reyes en la audiencia de estrados realizada.

VISTOS: En mérito del sorteo realizado el 13 de septiembre del 2011 que consta a fojas 22 de los autos, este proceso se radicó en esta Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, por lo que se avoca conocimiento y se encuentra en lo principal que: A fojas 6 a 21 el doctor Jorge David Uribe Reyes, y los abogados José Gabriel Vivar Ampudia y Álvaro Felipe Cárdenas Zambonino, ofreciendo poder o ratificación de los señores Ricardo Vieira y Geraldo Luiz Pereira de Souza, en su calidades de apoderados de la Compañía CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (CNO), con domicilio en la ciudad de Guayaquil, comparecieron a presentar demanda de acción de impugnación a la resolución nro. 109012011RREC022088, emitida por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas con fecha 17 de agosto de 2011, presentado los siguientes argumentos: Que su representada tiene por objeto social la realización de actividades de ingeniería civil, por lo



que se constituye en sujeto pasivo del impuesto al Valor Agregado, impuesto que grava al valor de la transferencia de dominio, o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, así como a los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos, y al valor de los servicios prestados; que su representada ha presentado derechos conexos, y al valor de los servicios prestados; que su representada ha presentado mensualmente en forma completa las declaraciones y pagos sobre dicho impuesto, sin embargo, el 11 de febrero del 2010 se le notificó con la orden de determinación nro. 2010090035 con el objeto de verificar las obligaciones tributarias correspondientes al IVA correspondientes a los meses de enero, febrero. marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto septiembre, octubre, noviembre y diciembre del ejercicio 2007; que el 23 de diciembre de 2010 se levantó el acta borradeterminación NRO. RLS-ATRA-DBG10-00052, en la cual constan las glosas que ascienden a un valor total de USD 6'150.444.65 el cual se genera puesto que: a) se desconoce el crédito tributario por las importaciones realizadas por su representada en el período de enero a diciembre de 2007, b) se establece una diferencia en las ventas realizadas por su representada ya que no se reconoce una Nota de Crédito, y, c) no se reconoce el crédito tributario que arrastraba su representada desde diciembre del año 2006; que con fecha 17 de agosto de 2011, el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas emitió la Resolución nro. 109012011RREC022088, por lo cual niega el reclamo administrativo interpuesto por su representada en contra del acta de determinación tributaria nro. 0920110100118, y por tanto ratificando a todas las glosas en ellas contenidas; que uno de los derechos consagrados por la Constitución vigente, es aquel señalado en el art. 23 numeral 26, es la seguridad jurídica; que debe entenderse por seguridad jurídica, a la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro, limitando así, la posible arbitrariedad de la Administración Pública; que los arts. 2 y 3 del Código Tributario, corroborando lo dispuesto en la Constitución, establecen lo siguiente: "Art. Supremacía de las Normas Tributarias. Las disposiciones de este Código y de las demás Leyes Tributarias, prevalecerán sobre toda otra normas de leyes generales, y, art. 3. Poder tributario. Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer,

modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes; que al tenor lo que dice el art. 7 del Código Tributario, concordante con lo que manda el 147 núm. el 147 núm. 13 de la Constitución, con respecto a la potestad del Presidente de la República, le corresponde expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración, adicionalmente ningún reglamento podrá modificar o alterar el sentido de la ley ni crear obligaciones impositivas o establecer exenciones no previstas en ella, además la ley reconoce un límite a esta facultad, en el artículo 7 del Código Tributario; que con respecto a la interpretación de las normas tributarias el artículo 13 del Código Tributario, dispone: "Cuando una misma Ley Tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación". Y el Código Tributario en el art. 89, al hablar de la determinación realizada por el propio sujeto pasivo establece: "La declaración así efectuada, es definitiva y vinculante para el sujeto pasivo, peo se podrá rectificar los errores de hecho o de cálculo en que se hubiere incurrido, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la Administración; que de conformidad con lo que disponen las normas constitucionales y legales citadas, se desprende que ningún funcionario de la Administración Tributaria, tiene la facultad de contravenir lo que dispone una normas legal, menos aún crear modificar o extinguir impuestos; que con respecto al impuesto al valor agregado, la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para el ejercicio fiscal 2007, señalaba: "Art. 66. Crédito tributario. El uso del crédito tributario se sujetará a las siguientes normas: los sujetos pasivos del impuesto al valor agregado IVA, que se dediquen a: la producción o comercialización de bienes para el mercado interno gravados con tarifa doce por ciento (12%) a la prestación de servicios gravados con tarifa doce por ciento (12%), o a la exportación de bienes y servicios, tendrán derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA, pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo; o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios; que el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, disponía: "Art. 121.





Sustento del crédito tributario. El proveedor de bienes y servicios a quien se le haya retenido el IVA, tiene derecho a crédito tributario. Únicamente los comprobantes de retención en la fuente del IVA, emitidos conforme con las normas de la Ley de Régimen Tributario Interno y del Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención, originales o sus copias certificadas, justificarán el crédito tributario de los contribuyentes, que lo utilizarán para compensar con el IVA pagado, según su declaración mensual. El contribuyente deberá mantener en sus archivos dichos documentos por el período establecido en el art. 94 del Código Tributario. Los sujetos pasivos registrarán en su contabilidad, los respectivos auxiliares que formen parte de la cuenta de mayor, para el registro de crédito tributario por retenciones del IVA, así como también del detalle completo de las retenciones efectuadas; que en relación con las glosas determinadas por concepto del impuesto al valor agregado por el período de enero a diciembre del ejercicio fiscal 2007 en la resolución nro. 109012011RREC022088, la actora señala lo siguiente: a) Improcedencia de la Glosa respecto a Ventas Netas de Bienes gravados con tarifa 12% de IVA: la Administración Tributaria, dentro del numeral 9.1 de la Resolución impugnada, señala lo siguiente: "Al no haber soportado el contribuyente la nota de crédito 004 del mes de julio del año 2007, el monto total de ventas del mes de julio aumenta al total de USD \$ 6,346,342.83..." que ante lo expuesto podemos afirmar que la Administración Tributaria no reconoce el reverso de la operación por la cual se emitió la Nota de Crédito 004, argumentando que CNO no ha presentado el documento físico de la misma, sin embargo dentro del proceso de determinación y en atención a los requerimientos de información cursados por parte de la Autoridad Tributaria, su representada ingresó documentación que soporta la realidad de la operación y en su caso la reversión de la misma; que se solicitó dentro del reclamo, que se verifique en la base de datos que la Administración Tributaria posee si la referida nota de crédito se encuentra reportada, ya que en aplicación de lo dispuesto en el art. 91 del Código Tributario, la información que el SRI posea pueda formar parte de la determinación directa y en este sentido, la misma sirve para establecer glosas o abstenerse de hacerlo; que dentro del reclamo se presentó la copia de la factura nro. 2344 por el valor de USD 56.000,00 y asientos diario mediante el que se anuló la operación

registrada con la citada factura, documentos que en efecto justifican que se anuló dicha operación y que por tanto la glosa no se justifica; b) Improcedencia de la Glosa respecto a importaciones de bienes: la Administración Tributaria, dentro del numeral 9.2, de la Resolución impugnada, señala lo siguiente: " Que los fundamentos de derecho específicos para el tratamiento de esta glosa consisten en los siguientes artículos para el ejercicio fiscal 2007 (...) tal como consta en las página de la 17 a del acta de determinación 0920110100118 (...) "Cómo parte del análisis se verificó el detalle de importaciones con los físicos proporcionados por el propio contribuyente; así también, se comparó la información obtenida de la base de datos de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, con lo que se pudo validar que existen, de acuerdo al detalle proporcionado por el contribuyente, documentos aduaneros únicos que no estaban registrados en la base de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, razón por la cual se solicitó los físicos de los documentos aduaneros únicos (...) para verificar la razón social a la cual estaban registradas las importaciones. De la revisión se detectó que las mismas están registradas a nombre de los siguientes contribuyentes: Compañía de Generación Hidroeléctrica Agoyán, Hidropastaza S. A., Omnibus BB Transporte S. A. Consecuentemente siendo que el contribuyentes Constructora Norberto Odebrecht S.A. no documentó la transferencia de bienes importados y la parte correspondiente al impuesto al valor agregado... los valores por el IVA causado en estas importaciones, que a su vez se constituyeron en crédito tributario para la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A. se consideran no sustentados (...) Por las razones expuesta, esta Administración Tributaria en uso de sus facultades procedió a negar el valor de USD \$277,958.96 (doscientos setenta y siete mil novecientos cincuenta y ocho con 96/100 dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de impuesto al valor agregado por importaciones de bienes que el contribuyente incluyó en sus declaraciones mensuales de IVA durante el período de enero a diciembre del 2007..."; que la Administración Tributaria no reconoce que las importaciones fueron asumidas en su totalidad por parte de CNO, tal como se lo estipuló en los contratos para la realización de la obra pública que suscribió con diversos entes pertenecientes al sector público, argumentando que los documentos de importación que soportan las transacciones se encuentran



emitidos a nombre de otros beneficiarios, argumento que no es válido de acuerdo a lo que señalan los arts. 64 y 66 de la Ley de Régimen Tributario Interno art. 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; que de acuerdo a los artículos antes mencionados y tomando en cuenta que los documentos de importación que se otorgaron para sustentar la adquisición de los bienes importados por CNO constan con el nombre de Hidropastaza S.A., e Hidroeléctrica Agoyán, entidades con la cual su representada celebró contratos para la realización de obra pública y la razón social de Constructora Norberto Odebrecht S.A., hay que recalcar, que no existe prohibición alguna, legal ni reglamentaria que disponga que no puede constar el nombre de dos entidades diferentes, por lo tanto la Administración Tributaria asume y establece un criterio que no se encuentra amparado en norma legal alguna; que al haber pagado el IVA su representada por dichas importaciones, esta puede considerar el mencionado crédito tributario tal como lo establecía la norma que regía para este año fiscal, datos que claramente se comprobaron por estar apegados a la realidad económica reflejada en la contabilidad de CNO; que es necesario mencionar que existe un contrato de obra pública suscrito entre Hidropastaza y CNO, dentro del cual se establece claramente que las importaciones se deben realizar de la manera determinada contractualmente; es decir al nombre de la entidad del Estado (Hidropastaza S.A.) y CNO, con el fin de abaratar y no encarecer la obra pública a realizarse, se aclara que por disposición contractual con el Estado ecuatoriano, de manera que si Constructora Norberto Odebrecht realizaba la importación de otra manera, hubiese caído en un incumplimiento de contrato, dando como consecuencia las respectivas responsabilidades administrativas, civiles y penales que hubiere podido determinar la Contraloría General del Estado, que de esta manera justifica la forma de obrar por parte de su representada, en sentido de haber realizado las importaciones de manera conjunta, incluyendo los nombres de las entidades estatales y el suyo propio dentro de los documentos de importación; que es necesario recordar que el contrato al que se hace mención, fue debidamente aprobado y revisado tanto por la Contraloría General como por la Procuraduría General del Estado; por lo que resulta sumamente contradictorio el hecho que el propio Estado sea el que mediante dos de sus órganos tenga control sobre el contenido de los mencionados contratos y

que posteriormente el mismo Estado, a través del SRI, establezca una glosa observando los términos contractuales que el propio Estado pactó, con el fin de beneficiar la obra pública, pues como se desprende delos contratos, el obrar de CNO deviene de las estipulaciones contractuales; que por lo antes señalado consideran que su representada ha justificado la glosa levantada por el SRI, ya que la importación fue realizada a nombre de la entidad estatal correspondiente y CNO conjuntamente, es decir los comprobantes de importación contienen el nombre de ambos contribuyentes, y no solo de Hidropastaza, como equivocadamente señala la Administración Tributaria, lo que avala la operación y el derecho a utilizar el crédito tributario por parte de su representada, más aun cuando de la realidad económica y financiera se desprende con una claridad meridiana que fue CNO quien asumió el pago del impuesto al valor agregado; que con respecto a la presente glosa es necesario recordar al Principio de Esencia sobre la Forma, reconocido por las Normas Ecuatorianas de Contabilidad, que señalan: "13. Esencia sobre la forma. La contabilidad y la información financiera se basan en la realidad económica de las transacciones la contabilidad financiera enfatiza la sustancia o esencia económica del evento, aun cuando la forma legal pueda diferir de la sustancia económica y sugiera diferentes tratamientos"; que debido a ello, es que se debe considerar que incluso en el supuesto no consentido de que los documentos de importación no tuvieran el nombre de CNO, situación que no es cierta, el SRI debió considerar que por la modalidad contractual prevista por el propio Estado (avalada por sus órganos de control público), el pago del gasto y del IVA respectivo lo asumió por completo CNO, y no Hidropastaza ni Hidroeléctrica Agoyán, por lo que se puede concluir lo siguiente: El pago del IVA por parte de CNO fue real y se efectuó en el marco de una negociación que beneficiaba al propio Estado ecuatoriano; que no existe limitación alguna en la Ley de Régimen Tributario Interno en cuanto a que pueda constar en los DUI tanto el nombre de Hidropastaza e Hidroeléctrica Agoyán como el de CON; (sic) que el derecho al uso del crédito tributario de IVA, está amparado en la Ley, sobre la base del principio de legalidad recogido en la Constitución, y por lo tanto, un reglamento no puede distorsionar o modificar su sentido y esencia, mediante requisitos o procedimientos que condicionan ese derecho al cumplimiento de meras formalidades reglamentarias; que el SRI actúa como si se tratase





de una presunción en derecho que no admite prueba en contrario, al suponer que los DUI están solo a nombre de Hidropastaza e Hidroeléctrica Agoyán, lo cual viola todo precepto constitucional y legal; que el no permitir el uso legítimo del crédito tributario atenta contra los principios de capacidad contributiva, neutralidad del IVA y transferencia al consumidor final, ya que CNO pagaría el IVA sin haberlo podido trasladar a quien en realidad era el consumidor final; que no se puede sacrificar la justicia y equidad tributaria por la mera omisión de formalidades, máxime en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el que vive el Ecuador, en donde corresponde a los jueces apartarse de posturas extremadamente formalistas con el propósito de emitir un fallo justo en un caso concreto; que otro hecho relevante dentro del presente escrito que vale la pena reiterar, es el referente a la afirmación de la Administración Tributaria de que los DUI's están a nombre de un tercero y no de CNO, hecho que carece de verdad puesto que de la documentación justificativa presentada por su representada, se evidencia que los Documentos Únicos de Importación presentados consta el nombre de Constructora Norberto Odebrecht SA., por lo que la razón social de su representada si se halla dentro de los DUI's observados por el Servicio de Rentas Internas; que este caso se presenta por el cumplimiento de los diversos contratos que tiene CNO con entidades estatales y de origen o capital estatal (HIDROPASTAZA E HIDROELÉCTRI-CA AGOYÁN), puesto que en ellos se acordó que las importaciones se realicen de esta manera, es decir lo que está haciendo es observar las disposiciones contenidas en los contratos celebrados y cumplir con sus obligaciones contractuales; que ellos se celebraron (sic) de conformidad con la normativa de contratación púbica vigente a ese tiempo, es decir cuentan con los informes tanto de Procuraduría como de Contraloría, organismos que avalan las obligaciones contractuales manifestadas; que los contratos suscritos por CNO con empresas del sector público contienen una cláusula que señala lo siguiente: "Todos los equipos, accesorios, materiales y demás insumos extranjeros que el contratista requiera para las obras materia de este contrato deben ser importadas por el contratista a nombre de la entidad pública, para obtener las exoneraciones que por Ley le corresponden. El contratista se encargará de todos los trámites y gestiones burocráticas correspondientes. El contratista se obliga a realizar todas las gestiones necesarias para la

tramitación de los permisos de importación y las exoneraciones y reducciones de impuestos a que tuviere derecho la entidad pública. La entidad pública no realizará ningún pago o desembolso alguno por este concepto."; que el contrato suscrito entre CNO e Hidropastaza S.A. (Contrato que sustenta las operaciones realizadas por Hidroagován); señala entre otras cosas: En la cláusula 32 referente a los impuesto en donde se establece textualmente que: "...la concesionaria obtendrá o hará que el concedente obtenga oportunamente según el cronograma la exención de impuesto, tasas, comisiones, aranceles de aduana y otros cargos complementarios para la importación al Ecuador de toda la maquinaria, equipos, herramientas, materiales y demás insumos requeridos para la construcción del proyecto, sean éstos de uso permanente o temporal"; que así mismo en la cláusula 12 referente al suministro para las obras, se establece lo siguiente: "El Consorcio será responsable por todas las adquisiciones requeridas para la ejecución de las OBRAS, bajo las condiciones especificadas en este documentos, (sic) incluyendo los costos de cotización, adjudicación, seguimiento, trasporte hasta el sitio de las OBRAS, trámite aduanero y almacenaje. El precio del contrato no incluye ningún tipo de impuestos, tasas, comisiones, aranceles y otros relacionados con la importación de los bienes e incorporarse al provecto por el contrario, si hubiera necesidad de incurrir en cualquier tipo de impuestos, tasas, comisiones aranceles y otros con relación a la importación de bienes a incorporarse a las OBRAS, estos valores serán reembolsadas al Consorcio como parte de las mediciones mensuales y en la moneda que corresponda"; que como es de conocimiento público, toda la industria de la construcción, minera y petrolera ha actuado bajo este procedimiento desde hace muchos años, sin que se observe su tratamiento fiscal; tan cierto es lo que señalamos en estas líneas que los procedimientos de la CAE en muchas ocasiones (por ejemplo para regímenes especiales) obligan a los importadores registrar en sus declaraciones aduaneras, en el campo que contiene el nombre del importador, el nombre de la entidad estatal seguido del nombre del contratista; que la razón de que este esquema se presente a nivel contractual (con el Estado) y procedimental (por parte de la CAE) es que el propio Estado obtenga un beneficio y que no se encarezca la obra pública; que esta figura que se ha contemplado dentro de los diversos contratos celebrados para la consecución de obra pública, no afecta ni



menoscaba los principios del Derecho Tributario Ecuatoriano, ya que la consecución del bien común se asocia con la protección de los bienes estatales; y empresas como su representada, siempre han declarado como parte de su IVA en compras, el impuesto generado en las importaciones de materia prima e insumos necesarias para cumplir el objeto de tales contratos; que de hecho están sustentados en los DUI's o facturas, que determinan la existencia del egreso de las arcas de CNO, por tales importaciones inherentes al cumplimiento del objeto social de la compañía y al buen desempeño de las obligaciones contractuales; que ante este hecho, CNO ha impugnado este errado criterio de la Administración, el mismo que se repite en esta glosa, y ha obtenido en varios casos sentencias favorables por parte de los órganos de Administración de Justicia del Ecuador, el cual se ha reconocido que en los DUI si consta el nombre de CNO, así como que la realidad financiera y contractual demuestra que CNO es quien asumió el gasto, así como el pago del IVA en las importaciones de cada año glosado; que como muestra, dentro del juicio nro. 09504-2010-0139 tramitado ante la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, en el cual se resolvió mediante sentencia las glosas correspondientes al impuesto a la renta del año 2006, la sentencia dice: "Por lo tanto la Sala determina que el actor es quien realizó la importación y el pago de los equipos componentes y materiales para la construcción de la Central San Francisco, y que es materia de la litis. Los referidos contratos cuentan con los informes de la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado: en razón de lo expuesto, se concluye que el contribuyente CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRE-CHT, si tiene derecho a deducir los gastos realizados en todas las importaciones, del período fiscal 2006"; que en el mismo sentido, dentro de la glosa por concepto de Impuesto a IVA renta 2004, en el juicio nro. 09503-2009-0934 se emitió sentencia por parte de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, sobre este mismo concepto glosado por el SRI, en los siguientes términos: "En cuanto a las compras netas locales de materia prima (casillero 716) glosa emitida por importaciones sin DAU y facturas a nombre de otra razón social, la información presentada dentro del proceso que consta no pudiéndose constatar o verificar la emisión de facturas por este concepto a favor de otras personas naturales o jurídicas que sea precisamente la compañía accionante del ejercicio económico

2004, por lo que se desvanece la glosa elaborada por la Administración Tributaria; que dentro del juicio nro. 09501-2009-0109 en el cual se resolvió respecto de las glosas de Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio 2005 la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2 estableció: "Respecto a las referidas importaciones, constan copias certificadas de los documentos de importación realizados por el contribuyente Constructora Norberto Odebrecht S. A., hecho que es corroborado con la información de libros mayores, donde se registran dichas importaciones: adicionalmente, se observan contratos uno con HIDROPASTAZA (...) de la revisión de los documentos de importación se pudo constatar se pudo observar que todas las facturas emitidas por el proveedor del exterior se encuentran a nombre de Constructora Norberto Odebrecht S.A. En razón de lo expuesto, se concluye que el contribuyente CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, si tiene derecho a deducir los gastos realizados en todas las importaciones, del período fiscal 2005"; que los fallos precedentes, son importantes toda vez que estos tribunales de justicia han fallado en contra del criterio del SRI, en el sentido de que la mera formalidad del documento único de importación, supuestamente solo a nombre de Hidropastaza, no es razón suficiente para cuestionar el gasto, y por este hecho tampoco debería serlo para cuestionar el derecho al crédito tributario de IVA durante el año 2007; por todo lo expuesto, solicitan se dé de baja la presente glosa; y, c) Improcedencia del desconocimiento del crédito tributario de la Compañía en el mes anterior: la Administración Tributaria, dentro del numeral 9.3, de la Resolución impugnada, señala lo siguiente: "El contribuyente...dentro de su proceso de determinación de impuesto al valor agregado de los meses de enero a diciembre del ejercicio fiscal 2006 fue informado mediante el acta de determinación tributaria nro. 0920090100350... que el crédito tributario para el mes de diciembre del año 2006 no correspondía al calcularlo por el contribuyente y que se determinó un impuesto a pagar USD \$ 345,159.666... Que consecuentemente en virtud de lo expuesto en los numerales precedentes y de las normas legales y reglamentarias concernientes, se puede concluir que la compañía.... Dentro de la instancia del reclamo administrativo signado con trámite nro. 109012011015748, no ha aportado sustento adicional ni suficiente en justificación a la glosa por concepto de "Crédito Tributario del mes anterior", establecida mediante el





Acta de Determinación nro. 0902011010118, a través de nuevos fundamentos legales o alegatos adicionales válidos que permitan desvirtuarla, razón por la cual, Administración Tributaria procede a ratificar el saldo del crédito tributario determinado en la declaración del impuesto al valor agregado correspondiente al mes de enero del ejercicio fiscal 2007...y consecuentemente, el saldo del crédito tributario determinado en las declaraciones del Impuesto al valor agregado correspondiente a los meses de febrero a diciembre de mismo ejercicio fiscal"; que respecto del Acta de Determinación 0920090100350 correspondiente a las supuestas diferencias establecidas por parte del Servicio de Rentas Internas en contra de su representada por los meses de enero a diciembre el ejercicio fiscal 2006, señala que con fecha 13 de enero del 2010 presentó un reclamo administrativo en contra del mencionado acto de determinación tributaria dentro del respectivo término legal, cuya resolución fue impugnada ante el Tribunal Distrital de los Fiscal nro. 2, cayendo en conocimiento de la Primera Sala y signado con el nro. 09501-2010-079; que por lo expuesto aquella acta de determinación no ha quedado firme todavía, conforme los arts. 247 del Código Tributario y 263 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, a tal punto que la propia Administración Tributaria no ha iniciado la coactiva respectiva, hecho que no se ha dado por la falta de ejecutividad de la determinación que establece las supuestas diferencias; y que es importante analizar que mientras no hay una sentencia que dictamine la validez de las glosas referidas el acto administración carece de ejecutividad puesto que aún no se haya (sic) en firme y por tanto la Autoridad Tributaria no puede dar por ciento su argumento, como para que determine que el saldo de crédito tributario que se tenía al cierre del año 2006, era distinto al que utilizó su representada para el cálculo del IVA en el año 2007. Señala la accionante como pretención que se deje sin efecto dicho acto administrativo impugnado, y por tanto deje sin efecto las glosas en ellas contenidas, toda vez que se ha justificado que la actuación de su representada ha estado regida completamente por el derecho. Por lo expuesto no era imprescindible contar en esta causa con el Procurador General del Estado. A fojas 23 a 54 comparecen los señores Ricardo Vieira y Geraldo Luiz Pereira de Souza, en sus calidades de apoderados de la compañía CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. (CNO), legitimando sus

personería y ratifican todo lo actuado por el doctor Jorge David Uribe Reyes, y los abogados José Gabriel Vivar Ampudia y Álvaro Felipe Cárdenas Zamboninio. Puesta al despacho del Magistrado de sustanciación tanto la demanda como el escrito posterior con sus anexos, éste la admite a trámite por reunir los requisitos legales como consta de la providencia que obra en autos a fojas 55, por lo que se dispone que la actora cumpla con el afianzamiento y ordena citar tanto al Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur. A fojas 57 a 58 de los autos la compañía actora cumple con el afianzamiento del 10% a través de una póliza de seguro. A fojas 89 a 93 de los autos comparecen a contestar la demanda, los abogados Emilio José Aguayo y Cristel Quirola ofreciendo ratificación de gestiones del Ec. Juan Miguel Avilés Murillo en su calidad de Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur señalando, entre otros aspectos: Que mediante Acta de Determinación nro. 0920110100118 de fecha 7 de febrero de 2011, notificada el 8 de febrero del mismo año, se establecieron glosas por un total de USD \$ 6,150,444.65 (seis millones ciento cincuenta mil cuatrocientos cuarenta y cuatro 65/100 dólares de los Estados Unidos de América, por concepto de impuesto al valor agregado del ejercicio económico 2007; que en la misma acta se estableció un monto por recargo equivalente al 20% de la obligación determinada, mismo que asciende a la suma de USD \$ 1,230,088.93 (un millón doscientos treinta mil ochenta y ocho 93/100 dólares de los Estados Unidos de América); que dentro del proceso de determinación se le requirió al contribuyente CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (CNO), que presente varias notas de crédito, incluyendo los respectivos comprobantes de venta a los que se hacía referencia; que a pesar de lo anterior, el contribuyente nunca proporcionó el físico de la nota de crédito NC 004 y por tanto no se pudo verificar que esa nota de crédito soportara una devolución, descuento o bonificación; que por su parte, dentro del mismo proceso de determinación, también se verificó que el contribuyente Hidropastaza S. A., a quien se le emitió la nota de crédito NC 004 no la reportó en sus anexos de declaraciones presentadas; que as su vez, en el proceso de determinación realizado por el SRI y a solicitud de la compañía CONSTRUC-TORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., se revisó dentro de la base de información con la que cuenta la administración tributaria los anexos



reportados por HIDROPASTAZA S.A., y así se determinó que el contribuyente no reporta dicha nota de crédito en sus anexos de las declaraciones presentadas, razón por la cual la Administración Tributaria no pudo hacer el descargo de la nota de crédito correspondiente; que por las razones antes expuestas y debido a que la Compañía Constructora Noberto Odebrecht S.A. no justificó ni en el proceso de determinación, ni en el proceso de reclamo administrativo presentado el físico de la nota de crédito NC 004, solicita que se ratifiquen las glosas por concepto de "Ventas Netas de Bienes Gravados con Tarifa 12%"; que con respecto a las importaciones de bienes a nombre de terceros, la compañía CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. realizó importaciones efectuadas a nombre de: Compañía de Generación Hidroeléctrica Agoyán, Hidropastaza S.A., Omnibus BB Transporte S.A. que fueron contabilizados por CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRE-CHT S.A., y que se deben a que durante el período fiscal 2007 CONSTRUCTORA Norberto Odebrecht S.A., está ejecutando proyectos estatales, motivo por el cual para poder obtener las exenciones de derechos arancelarios estas importaciones fueron realizadas a nombre de la Compañía antes indicadas, sin embargo, la aplicación de dicho procedimiento se contrapone a lo estipulado en el artículo 36 del Código Tributario, el cual establece: "Prohibiciones. Prohíbase a los beneficiarios de exenciones tributarias tomar a su cargo las obligaciones que para el sujeto pasivo establezca la ley; así como extender, en todo o en parte, el beneficio de exención en forma alguna de los sujetos no exentos"; que ello atenta contra la teoría de los actos propios y dicha teoría es un principio de derecho universalmente aceptado que se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia: Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 28-05-1996 R. O. 24 de 12 de septiembre de 1996 suscrito; Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, expediente nro. 266-99, R. O. nro. 320 de 19 de mayo de 1999. Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia 17-5-2001. R. O. 363 6 de julio de 2001 que lo receptiva y se adhiere a la tesis que "es inconcuso el principio de derecho universal de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos -venire con ira factum propirum». El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra desposeído de todo poder

de impugnación frente al acto o contrato que concluye, por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en que participó..."; que en conclusión, la actuación de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. de pretender utilizar los beneficios de una compañía pública y luego trasladarlos a una compañía privada para beneficiarse del crédito tributario, atenta contra la teoría de los actos propios y así contradice ilegalmente su actuación; que respecto al crédito tributario del mes anterior, la administración tributaria tiene profundas diferencias con las alegaciones de la actora, pues los actos administrativos se presumen legítimos y más allá de que se ha solicitado judicialmente se declare la invalidez del acta de determinación tributaria nro. 0920090100350 notificada el 21 de diciembre del 2009. Mientras esta invalidez no se efectivamente declarada judicialmente el acto se considera válido y puede ser considerado fuente de derechos y obligaciones; que la administración tributarias no ha ejecutado el acto administrativo de determinación tributaria, lo único que ha hecho es utilizarlo como fuente de derechos en base a la presunción de legitimidad, para determinar el IVA del contribuyente Constructora Norberto Odebrecht S.A. durante los períodos de enero a diciembre de 2007 y estarse a los dispuesto en el artículo 82 del Código Tributario: "Art. 82. Presunción del acto administrativo. Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados (...)"; que así el artículo establece una clara diferencia entre la ejecutividad y la legitimidad del acto que lo que la administración está realizando en el presente caso no es ejecutar el acto administrativo sino utilizarlo con su presunción de legitimidad para determinar el posterior período que en este caso es el de enero a diciembre de 2007; que más aún, si el Servicio de Rentas Internas no tomaría este criterio, vulneraría su facultad determinadora y dejaría de cumplir las funciones que por ley le corresponden para el cobro de los tributos; y, que en conclusión, niega todos los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y solicita que se ratifiquen todas las glosas establecidas en la Resolución nro. 109012011RREC022088, emitida el 17 de agosto del año en curso. Posteriormente a fojas 95 a 155 consta la copia certificada del tanto del acto determinativo como de la resolución impugnada, y legitima su personería, el





economista Elvis Robayo Nieto en su calidad de Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur y ratifica las gestiones de los abogados comparecientes. A fojas 156 el juez de sustanciación, califica la contestación de la demanda de clara y completa. Trabada así la litis, concluido el término de prueba, encontrándose la causa con autos para resolver según providencia de fecha 4 de septiembre del 2012 y notificada el mismo día, sin que exista observaciones al respecto (fojas 1247), existiendo incluso la realización de una audiencia en estrado, donde participaron las partes procesales (fojas 1250), se considera: PRIMERO: La Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, con sede en Guayaquil, tratándose de demanda de impugnación, es competente para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 220, de la Codificación del Código Orgánico Tributario, de los arts. 156, 157, y 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, de las Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo y 6 de octubre de 1993, además del literal h) del art. 11 de la Lev Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; y, el literal e) del art. 3 de las Normas de Procedisuento (sic) para el Ejercicio de las Atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás Reglas Secundarias le conceden al Consejo de la Judicatura para el Período de Transición, publicado en el Registro Oficial nro. 493 del 22 de diciembre del 2008 SEGUNDO: En la sustanciación del proceso, se encuentra legitimada personería de las partes, no se ha incurrido en omisión de formalidades legales no hay causal de haberse violentado la ritualidad sustancial, y se ha observado los procedimientos constitucionales del debido proceso, siendo por tanto necesario declarar que el proceso es válido. TERCERO: Que en la demanda la parte actora plantea la impugnación de la nro. 109012011RREC022088, emitida por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas con fecha 17 de agosto de 2011, con respecto al impuesto al valor agregado referente a los meses del ejercicio económico 2007 referente a tres glosas: 1. Respecto a ventas netas de bienes gravados con tarifa 12%. 2. Respecto a importaciones de bienes a nombre de terceros; y, 3. Por crédito tributario de la Compañía del mes anterior, basándose en: a) describir la transgresión de las normas y principios constitucionales; b) denunciar la manera en que la Administración Tributaria pasa por alto la supremacía de la Constitución de la República, cuando desconoce que los contratos suscritos

con el aval de la Contraloría del Estado y de la Procuraduría del Estado guardan y tienen los mismos privilegios de los tratados, convenios y acuerdos internacionales; y c) la validez y vigencia de las importaciones realizadas en convenio con otras firmas que forman parte del Consorcio, y, d) sobre la falta firmeza de los actos administrativos al existir impugnación; mientras que en la contestación de la demanda la Autoridad señala, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho propuestos en la demanda, basándose en la falta justificación documental de las transacciones, sobre la aplicación de la teoría de los actos propios, y en señalar la diferencia entre la ejecutividad y la legitimidad del acto por lo que lo que la administración está realizando en el presente caso no es ejecutar el acto administrativo sino utilizarlo con su presunción de legitimidad. En consecuencia, la Sala considera que se ha trabado la litis respecto a la existencia de tres glosas. 1. Respecto a ventas netas de bienes gravados con tarifa 12%. 2. Respecto a importaciones de bienes a nombre de terceros; 3. Por crédito tributario de la Compañía del mes anterior, que la Administración Tributaria no considera por existir un acto determinativo practicado por el sujeto activo que no lo prevee. CUARTO: Cumpliendo con lo que dispone el art. 258 primer inciso de la Codificación del Código Orgánico Tributario al actor le corresponde la carga de la prueba. La parte actora en la etapa probatoria, entre otros, reprodujo el escrito de demanda, y presentó abundante documentación contable y de contratos suscritos con Hidropastaza, así como certificaciones dadas por dicha Empresa, y solicitó que la Administración Tributaria presentará copia certificada del expediente administrativo. Por otro lado, la Autoridad demandada, entre otros, reprodujo el acto determinativo, la resolución impugnada y la contestación de la demanda, y solicitó la exhibición de documentos del expediente administrativo, diligencia que se realizó el 2 de mayo del 2011 y en la cual las partes insinuaron peritos (fojas 1215 a 1216). El informe del perito CPA. Jorge Miguel Góngora Núñez, insinuando por la actora consta a fojas 1221 a 1226 y su ampliación a fojas 1231 a 1239, y el informe de la perito economista Patricia Parra Chávez, insinuado por la autoridad demandada consta a fojas 1227 a 1229 de los autos. La autoridad demandada también solicitó como prueba que la actora presenta cierta documentación como la nota de crédito nro. 004 y los contratos suscritos, la misma que la actora cumplió



parcialmente pues no presentó el físico de la referida nota de crédito, sino la factura nro. 2344 y los asientos contables, así como los contratos y otra documentación, tal como consta a fojas 1203 y 1204 de los autos con la documentación anexada. QUINTO. Que es obligación de los jueces valorar la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica según lo prescrito en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil. Que uno de los deberes del juzgador es realizar la debida fundamentación de sus resoluciones dispuesto en los arts. 274, 276 y 280 del Código antes mencionado (C.P.C.) y de acuerdo a lo contemplado en los arts. 75 y 82 de la Constitución de la República, que disponen que el sistema procesal debe hacer efectivas las garantías del debido proceso, según lo dispuesto en los arts. 11.4 y 76.7 literal L), en concordancia con el art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el art. 272 Código Orgánico Tributario. En tal sentido se interpretarán las normas tributarias con los métodos respectivos en cuanto al sentido técnico, usual y jurídico, a excepto (sic) cuando se las haya definido expresamente su aplicación. SEXTO: En relación a la diligencia de exhibición de documentos solicitada por la autoridad tributaria demandada, ésta se realizó el 2 de mayo del 2012. En la misma, las partes insinuaron peritos contables, para que presenten sus informes. Es criterio de esta Sala que la exhibición y pericia solicitada por el SRI respecto de los documentos que constan en el expediente administrativo no son considerados como pruebas únicas y definitivas pertinentes para desvirtuar o ratificar las glosas establecidas en el acta de determinación impugnada, ya que este Tribunal se encuentra en plenas facultades de analizar nuevas pruebas que se aporten en la fase judicial y no sólo limitarse a la información presentada en la fase administrativa. Es necesario establecer que el acto pericial comprende un análisis exhaustivo de la documentación completa, por lo que los peritos necesariamente deben constituirse en las oficinas contables de la empresa y revisar aquellos documentos que siendo parte del expediente administrativo han pedido sean considerados dentro de la diligencia de exhibición de documentos. La Sala una vez presentados los informes de los peritos insinuados por las partes en la diligencia de exhibición de documentos contables, observa: en el informe pericial de la economista Patricia Parra Chávez, perito de la parte demandada expresa que se tomó como base únicamente la documentación presentada por la

demandada en la diligencia. El CPA Jorge Miguel Góngora Núñez, perito de la parte actora presenta un informe en el que se deja entrever que se constituyó en las oficinas contables de la actora y consecuentemente su análisis de la documentación es más amplio y consistente, cuyas aseveraciones se corrobora con la documentación que se encuentra dentro del proceso agregada por la parte actora. SÉPTIMO: Del análisis del proceso y como se indicó en el considerando Tercero se colige que tres son las glosas levantadas a nombre de la Constructora Norberto Odebrecht dentro del proceso de determinación del impuesto al valor agregado IVA, por los meses de enero a diciembre del año 2007 por parte de la Administración Tributaria, y estas glosas son: 1. Glosa respecto a importaciones de bienes a nombre de terceros; 2. Glosa respecto a ventas netas de bienes gravados con tarifa 12% de IVA; y 3. Glosa por crédito tributario de la compañía del mes anterior (saldo a diciembre del 2006). 7.1. En relación a la GLOSA RESPECTO A IM-PORTACIONES DE BIENES A NOMBRE DE TERCEROS. Esta glosa es emitida por cuanto la Administración Tributaria afirma que las importaciones realizadas por la Compañía contribuyente se hicieron a nombre de terceros y no a su nombre. Del análisis de los documentos exhibidos y presentados, y de aquellos que constan en el expediente del acto administrativo, se puede evidenciar claramente que en los documentos de importación existe participación de la Constructora Norberto Odebrecht. La particularidad que se observa es que no consta únicamente su nombre sino también en la mayoría de los casos el nombre de la Empresa Estatal Hidropastaza, como también la de Hidroagoyán, junto al de la actora, más si se revisa el contrato debidamente suscrito se puede observar que el Estado ecuatoriano es quien establece esta forma de importación a fin de abaratar costos en relación a los derechos arancelarios, pues lo que está de por medio es el interés general, y no el particular como expresamente como en el caso que lo prohíbe el art. 36 del Código Tributario, al señalar la prohibición de extender el beneficio de la exención. Sin embargo, el crédito tributario por el IVA pagado nace como un derecho establecido en la Ley, en el art. 66 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que no puede desconocerse, más si se ha justificado que la actora ha asumido el IVA de importación, y la empresa pública señala que se registran contablemente los equipos luego de recibir las facturas de medición de obra correspondiente de la actora, ya





sea como activo fijo, inventario o materia prima (fojas 1171 y 1172). El hecho de que la Compañía realizaba contratos estatales fue de conocimiento público y es señalado también expresamente por la misma Administración Tributaria. La compañía constructora ha evidenciado a lo largo del procedimiento administrativo y también en el judicial, el pago del IVA por el cual nace su derecho a la utilización del crédito tributario, pago y beneficio que no realizó ni se tomó la empresa estatal tal como lo afirma la contribuyente, y la certificación dada por el Gerente General de Hidropastaza constante a fojas 1171 de los autos, lo que no ha sido desvirtuado por la Administración Tributaria que en todo caso hubiera podido negar el derecho a la utilización del crédito tributario a la compañía actora, si éste hubiera sido ejercido por otra compañía. El hecho de que en los documentos referidos consten los nombres de otras empresas, no invalida el documento, ni los fines para los cuales se emite, tanto así, que la CAE, otra Institución de la Administración Tributaria Central, en su momento, los dio por válidos sin problema alguno. Por lo expuesto y habiéndose evidenciado que la importación y el pago fueron realizados por la compañía, y que por tanto, existió el derecho a dicho crédito tributario, la Sala deja sin efecto la presente glosa; 7.2 En relación a la GLOSA RESPECTO A VENTAS NE-TAS DE BIENES GRAVADOS CON TARIFA 12% DE IVA. La Administración Tributaria aduce que el contribuyente no soportó la nota de crédito 004, del mes de julio, sin embargo dentro del proceso de determinación y en atención a los requerimientos de información, por parte de la administración tributaria, consta que el contribuyente ingresó la documentación que soporta la realidad de la operación y en su caso la reversión de la misma, tal como se reflejó en sus asientos contables en donde se menciona a la referida nota de crédito (fojas 162 y 163), pero sin embargo, como se señaló en el considerando Cuarto anterior, la actora no presentó el físico de la referida nota de crédito, sino únicamente la factura nro. 2344 y los asientos contables, por lo que la Sala al no poder observar dicho documento, no puede señalar si esta cumple con los requisitos señalados en el art. 14 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. Por lo señalado, la Sala mantiene la presente glosa; y, por último. C. GLOSA POR CRÉDITO TRIBUTA-RIO DE LA COMPAÑÍA DEL MES ANTE-RIOR. La Administración Tributaria basa su errada glosa en la presunción de legitimidad y

ejecutoriedad de los actos administrativos, considerando que el acto determinativo por el ejercicio fiscal 2006 realizado a la Compañía es válido, sin embargo, se olvida de que esta presunción es relativa pues es susceptible de impugnación, y por lo tanto no es firme, tal como lo señala el art. 82 del Código Tributario. Dicho acto administrativo fue impugnado oportunamente, inclusive de acuerdo a lo señalado por la Compañía actora en la audiencia en estrados realizada el día 20 de septiembre del 2012, y que consta en su escrito de alegato en derecho constante a fojas 1224 a 1278 del proceso y sin que haya habido objeción alguna por parte de la Administración Tributaria, la referida impugnación al acto determinativo por el 2006, obtuvo sentencia favorable a la Compañía actora en contra del SRI. Esta situación invalida aún más la glosa en discusión. La diferencia establecida en un acto determinativo distinto y que no se encuentra firme, jamás pudo servir de referente para arrojar un nuevo saldo de crédito tributario, esto atenta contra todo principio de impugnación la materia de controversia en esta litis y por tanto, sobre lo que debe pronunciarse y en mérito a los considerandos anteriores, esta Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 2, con sede en Guayaquil, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA. Declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por Ricardo Vieira y Geraldo Luiz Pereira de Souza, por los derechos que representan en sus calidades de apoderados de la Compañía CONSTRUCTO-RA NORBERTO ODEBRECHT S.A. en contra Resolución Administrativa 109012011RREC022088, emitida el 17 de agosto del 2011 emitida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, con todos los efectos jurídicos que de ello se deriva, en función de lo expuesto en el considerando Séptimo y Octavo anteriores. Se deja constancia que al final del proceso, quienes comparecen como apoderados de la actora son los señores Thiago de Paula Ribeiro y Geraldo Luiz Pereira de Souza. Actúe la abogada Lucrecia Fuentes como secretaria Relatora (e) conforme la acción de personal nro. 5261-UARH-KZF de fecha 1 de octubre del 2012. Notifíquese y Cúmplase.

f) Ab. Corina Navarrete Luque, Juez. Ab. Héctor Robalino Soria, Juez. Ab. Rommel Ramírez Palma, Conjuez.



#### CASACIÓN

Juicio nro. 19-2013

Juicio contencioso tributario propuesto por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. en contra de Servivio de Rentas Internas (SRI)

#### Juez ponente: Dr. Juan Montero Chávez

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-

Quito, 07 de mayo de 2014. Las 15h00.

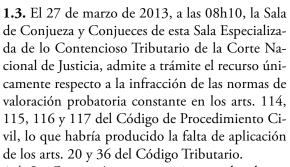
#### **VISTOS:**

Conocemos de la presente causa en virtud de la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura, Resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013 de integración de Salas Especializadas dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como el acta de sorteo electrónico de causas de 16 de abril de 2013; y, por los oficios Nos. 1887-SG-CNJ-IJA, 1888-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013 y 2398-SG-CNJ-IJ, 2399-SG-CNJ-IJ, de 23 de diciembre de 2013, expedidos por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

#### I. ANTECEDENTES

1.1. El doctor Carlos Ordeñana Carrión, Director Regional del Litoral Sur Subrogante del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, el 19 de octubre de 2012, a las 09h13 dentro del juicio de impugnación No. 0125-2011, interpuesto por la compañía CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (CNO), en contra de la Administración Tributaria.

1.2. La Administración Tributaria a través de su representante, fundamenta su recurso en la causal tercera del art. 3 de la Codificación de la Ley de Casación; considera que con relación a la "GLO-SA POR IMPORTACIONES DE BIENES A NOMBRE DE TERCEROS", se han infringido los artículos 4, 13, 17, 20 y 36 del Código Tributario; los artículos 115, 116, 117, 119, 120, 206, 244, 257, 260 y 262 del Código de Procedimiento Civil; mientras que respecto a la glosa "POR CRÉDITO TRIBUTARIO DE LA COMPAÑÍA DEL MES ANTERIOR" sostiene que se han infringido los artículos 114 del Código de Procedimiento Civil, 82 y 259 del Código Tributario.



**1.4.** La Compañía actora por intermedio de sus Apoderados señores Geraldo Luiz Pereira de Souza y Thiago de Paula Ribeiro, contestan el recurso el 5 de abril de 2013, quienes luego de referirse a los antecedentes que precedieron la interposición del recurso de casación, manifiestan respecto a la "Glosa Respecto a Importaciones de Bienes a Nombre de Terceros" que el Servicio de Rentas Internas al mantener el argumento de la Compañía Norberto Odebrecht S.A., no tenía derecho al crédito tributario por la importación de bienes, en virtud de que en los documentos de sustento supuestamente no consta como importador, sin tomar en cuenta como lo ha ratificado la sentencia de instancia que toda la documentación probatoria, entre otras, los documentos de importación incluyen a la Compañía como importador, siendo ésta quien efectivamente efectúo la importación y canceló el IVA que legítimamente tomó como crédito tributario; solicitan se tome en cuenta que el pago del IVA por parte de su representada fue real y se efectuó en el marco de una negociación que beneficiaba al propio Estado; que no existe limitación alguna en la Ley de Régimen Tributario Interno en cuanto a que pueda constar en los DUI tanto el nombre de Hidropastaza e Hidroeléctrica Agoyán como el de la Compañía Norberto Odebrecht S.A. (CNO); que el derecho de uso del crédito tributario está amparado en la Ley, sobre la base del principio de legalidad recogido en la Constitución y que por tanto un reglamento no puede distorsionar o modificar su sentido y esencia mediante requisitos o procedimientos que condicionan ese derecho al cumplimiento de meras formalidades reglamentarias; que el SRI actúa





como que se tratase de una presunción en derecho que no admite prueba en contrario, al suponer que los DUI están sólo a nombre de Hidropastaza e Hidroeléctrica Agoyán, lo cual viola todo precepto constitucional y legal; que de toda la documentación presentada en el juicio y considerando la realidad contractual, económica y financiera, se desprende que la compañía actora fue quien asumió el pago del Impuesto al Valor Agregado por el año 2007, por tanto tenía derecho a utilizar el crédito tributario respectivo. Con relación a la Glosa "Desconocimiento de Crédito Tributario de la compañía del mes anterior (saldo a diciembre de 2006)", sostiene que la Administración Tributaria no reconoce como válido el crédito tributario que la compañía había declarado a diciembre de 2006, argumentando que la Compañía Norberto Odebrecht S.A. fue informada y notificada de la supuestas diferencias mediante Acta de Determinación Tributaria levantada por los meses de enero a diciembre del año 2006, que respecto del Acta de Determinación Tributaria No. 0920090100350, correspondiente a las supuestas diferencias establecidas por parte del SRI por los meses de enero a diciembre del ejercicio fiscal 2006, con fecha 13 de enero de 2010, presentaron un Reclamo Administrativo, el cual fue negado mediante Resolución No. 109012010RREC014920, emitida por el SRI el 1 de julio de 2010, notificada el 2 del mismo mes y año, habiendo presentado el 27 de julio de 2010 acción contenciosa tributaria en contra de dicha resolución la misma que fue asignada con el No. 09501-2010-0079 resuelta a favor de la compañía por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, cuya sentencia fue impugnada vía casación; que conforme el Código Tributario, los actos administrativos se encuentra firmes y ejecutoriados en atención a los arts. 83 y 84 del referido Código, por lo que el acto administrativo en el cual el SRI se basa para la presente glosa, al momento de establecerla se encuentra impugnado y no había quedado en firme todavía, por la interposición de los recursos de casación y que por tanto se suspendió la ejecutividad del acto; que ya existen pronunciamientos por otras salas de los tribunales distritales respecto a esta glosa en otros ejercicios económicos; menciona además que, con respecto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, causal que es alegada por el SRI para impugnar la decisión del Tribunal de instancia, el SRI no ha presentado suficiente prueba, pues sólo se dedicó a ratificar sus

propias actuaciones al solicitar que se reproduzca como prueba el acta de determinación, su resolución y la contestación a la demanda, lo cual no constituye prueba, que la Corte Nacional de Justicia califica el recurso por la causal tercera sólo por la supuesta vulneración de los arts. 114 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil y de los arts. 20 y 36 del Código Tributario, concluyendo su argumentación respecto a las normas que la Sala de Conjueces de esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ha admitido a trámite en el auto de admisibilidad.

1.5. El Tribunal de instancia, en la sentencia, declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta en contra de la resolución Administrativa No. 109012011RREC022088, emitida el 17 de agosto de 2011, por el Director Regional de Servicio de rentas Litoral Sur. Pedidos los autos para resolver, se considera:

#### II. COMPETENCIA

2.1. La Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución, artículo 1 de la Codificación de Ley de Casación y numeral primero de la II parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### III. VALIDEZ PROCESAL

**3.1.** No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y menos aún actuación que afecte las garantías constitucionales relativas al derecho al debido proceso; por tanto, no existe nulidad alguna que declarar.

#### IV. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

- **4.1.** El cuestionamiento a la sentencia admitido por el Tribunal de Conjueces de la Sala, formulado al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, está relacionado con la presunta vulneración de normas de valoración probatoria, (arts. 114, 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil), lo que habría producido la falta de aplicación de los arts. 20 y 36 del Código Tributario, relacionados con la "GLOSA POR IMPORTACIONES DE BIENES A NOMBRE DE TERCEROS".
- **4.2.** Al respecto el recurrente manifiesta que el hecho de que la economista Patricia Parra Chávez (perito insinuada por la Administración) haya utilizado información presentada en la exhibición de documentos solicitada por la propia Administración, no genera unívocamente la conclusión de que el informe presentado por el perito insinuado



por la parte actora posee mayor valor probatorio; que en el texto de la sentencia que transcribe consta un claro indicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; que en la sentencia el Tribunal de instancia da mayor valor probatorio al informe del perito CPA Jorge Miguel Góngora Núñez en desmedro del elaborado por la economista Parra, sin considerar los importantes aportes del informe elaborado por esta última respecto a la información exhibida durante la diligencia que, solicitada por la Administración, sirvió de insumo para que el SRI concluya que el contribuyente debía ser glosado; que en la sentencia se evidencia que el Tribunal no realizó una valoración de todas las pruebas, que la valoración de un informe pericial en detrimento de otro ocasiona un desbalance en la apreciación de la referida prueba; que el informe del CPA Góngora basó su análisis en la documentación no exhibida por lo que la Sala evidencia una defectuosa técnica de valoración de la prueba, que el análisis de la documentación adicional degenera la naturaleza de la exhibición de documentos y de la pericia que nace de ella; que sólo la prueba legalmente actuada hace fe en juicio y por lo tanto erró el Tribunal a quo al no valorar el informe de la perito Parra, y sólo considerar el informe del perito Góngora, lo cual produjo como consecuencia el desconocimiento de los hechos de los cuales la Sala hubiera advertido, ocasionando la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los art. 115, 116, 117 del Código de Procedimiento Civil, lo que produjo la falta de aplicación de los arts. 20 y 36 del Código Tributario.

# V.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

5.1. En lo referente a la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, la doctrina la denomina violación indirecta de la norma sustantiva y contempla varias situaciones que no pueden darse simultáneamente y que deben ser individualizadas para su pertinente demostración en cada caso. La aplicación indebida es la atribución equivocada de una disposición legal o precepto jurídico a un alcance que no tiene, la falta de aplicación es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la errónea interpretación, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma o

precepto jurídico aplicado, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador. A ello se agrega que respecto a esta causal es necesario cumplir con las siguientes condiciones recurrentes en la doctrina y jurisprudencia: i) Identificación en forma precisa del medio de prueba que a su juicio ha sido erróneamente valorado en la sentencia; ii) Establecimiento con precisión de la norma procesal sobre valoración de prueba que ha sido violada; iii) Demostración con lógica jurídica en qué forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y, iv) Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido aplicada a consecuencia del yerro en la valoración probatoria.

**5.2.** En la especie, el recurrente se refiere a la falta de aplicación de los arts. 114, 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil, (admitidas a trámite por la Sala de Conjueces), de estas el art. 115 se refiere a la valoración de la prueba, lo que habría producido la falta de aplicación de los arts. 20 y 36 del Código Tributario, haciendo constar en sus alegaciones las condiciones en las que se ha elaborado el informe del perito insinuado por la empresa actora, tomando en cuenta documentación no presentada en la diligencia de exhibición de documentos y la no consideración del informe de la perito insinuada por la Administración Tributaria, elementos que permiten concluir que la causal alegada cumple con las condiciones de formulación, por lo que se procede atender tales cuestionamientos.

**5.3.** En el considerando Sexto de la sentencia, la Sala de instancia, realiza un análisis de los informes periciales, dando mayor valor al del perito insinuado por la empresa actora por las razones que allí expone, sin referir las razones por las que desecha el informe de la perito insinuada por la Administración Tributaria, produciéndose la falta de valoración de esta prueba alegada por el recurrente.

**5.4.** Ahora bien, lo que está en discusión en el presente caso es la posibilidad de tomar, por parte de la Compañía Norberto Odebrecht S.A. (CNO), el crédito tributario de IVA generado en importaciones del período de enero a diciembre de 2007, IVA que fue cancelado por la empresa actora, pese a que la importación, por disposición contractual, la realizó la empresa contratante, por lo que para resolver se considera:

**5.4.1.** El artículo 20 del Código Tributario, aplicable al período en discusión, disponía:





"Estipulaciones con terceros.- Las estipulaciones contractuales del sujeto pasivo con terceros, no pueden modificar la obligación tributaria ni el sujeto de la misma. Con todo, siempre que la ley no prohíba la traslación del tributo, los sujetos activos podrán exigir, a su arbitrio, la respectiva prestación al sujeto pasivo o a la persona obligada contractualmente."; (el subrayado es de la Sala).

**5.4.2.** El artículo 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno, aplicable al período en discusión, a la letra, disponía: "SUJETOS PASIVOS.- Son sujetos pasivos del IVA: a. En calidad de agentes de percepción: 1. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente efectúen transferencias de bienes gravados con una tarifa; 2. Quienes realicen importaciones gravadas con una tarifa, ya sea por cuenta propia o ajena; y, 3. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente presten servicios gravados con una tarifa..."; (los subrayados corresponden a la Sala).

**5.4.3.** Del contenido del art. 20 del Código Tributario se desprende que una estipulación contractual no puede modificar ni la obligación tributaria ni el sujeto de la misma; y, el art. 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno dispone que el sujeto pasivo del IVA será el importador, ya sea por cuenta propia o ajena, por tanto en el presente caso, el importador, conforme los documentos analizados en la sentencia de la Sala de instancia es HIDRO-PASTAZA S.A., empresa que por cuenta ajena realiza la importación, (se entiende que la importación es realizada por cuenta ajena, toda vez que por estipulación contractual, las importaciones se debían realizar a nombre de HIDROPASTAZA S.A., las mismas que no las registraba en su contabilidad y tampoco las pagaba); la estipulación contractual mencionada no puede modificar el sujeto pasivo de la obligación tributaria, por lo que el sujeto pasivo de IVA, en este caso es HIDROPASTAZA S.A., la que además tiene derecho a tomar el crédito tributario de este impuesto. La estipulación contractual no hizo extensiva una exención, por el contrario obligó a realizar las importaciones a HIDROPAS-TAZA S.A., por lo que la Compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A. deja de constituirse en beneficiaria del IVA causado por las importaciones. Por otra parte el art. 36 del Código Orgánico Tributario, textualmente señala: "Prohibiciones.-Prohíbase a los beneficiarios de exenciones tributarias tomar a su cargo las obligaciones que para el sujeto pasivo establezca la Ley; así como extender, en todo o en parte, el beneficio de exención en forma alguna

a los sujetos no exentos. Cuando en actos o contratos intervengan en una parte beneficiarios de exención y de otra, sujetos no exentos, la obligación tributaria se causará únicamente en proporción a la parte o partes que no gozan de exención.", Al ser Hidropastaza el sujeto pasivo del IVA y conforme lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno, aplicable al período fiscal 2007, el cual dice: "Crédito Tributario.- El uso del crédito tributario se sujetará a las siguientes normas: 1. Los sujetos pasivos del Impuesto al Valor Agregado IVA, que se dediquen a: la producción o comercialización de bienes para el mercado interno gravados con tarifa doce por ciento (12%), a la prestación de servicios gravados con tarifa doce por ciento (12%), o a la exportación de bienes y servicios, tendrán derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA, pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo; o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios necesarios para la producción y comercialización de dichos bienes y servicios;..." (los subrayados corresponden a la Sala), por lo que conforme con esta norma, es el sujeto pasivo del IVA quien tiene el derecho a tomar el crédito tributario de las importaciones de bienes, en este caso HIDROPASTAZA S.A., por lo que mal podría haber tomado la compañía CONS-TRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (CNO), cuando no era el sujeto pasivo del tributo en cuestión, pese a que contractualmente estuvo obligado al pago de la importación, sin olvidar que, contractualmente también tenía derecho a reembolso de los valores que erogaba por tales conceptos, por lo que no puede hacer uso de crédito tributario por el IVA pagado, cuando recibió tales valores vía reembolso, lo que permite concluir que la empresa, habiendo recibido el reembolso de tales valores, mal puede pretender utilizarlos como crédito tributario, primero porque no fue el sujeto pasivo del IVA y, segundo porque, de hacerlo, equivaldría a un doble beneficio.

### VI.- DECISIÓN

6.1. Por las razones expuestas La Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

### VII. RESUELVE

**7.1.** CASAR parcialmente la sentencia y confirmar la "GLOSA POR IMPORTACIONES DE



BIENES A NOMBRE DE TERCEROS" objeto de análisis en el presente recurso.

**7.2.** Actúa el abogado Diego Acuña Naranjo como Secretario Relator de conformidad con oficio No. 03-P-SCT-2014 de 08 de enero de 2014. **Notifiquese, publíquese y devuélvase.** 

f) Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta; Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional; Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.



# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



# Resolución nro. 27-2014 Juicio nro. 619-2013

Jucio penal por injurias propuesto por Alex Fernando Larenas Schettini, contra Juan Antonio Chávez Pesántez y otros

### SÍNTESIS

Alex Femando Larenas Schettini presenta acusación particular en contra de Juan Antonio Chávez Pesantez y otros, donde expresa que ha sido injuriado por los antes mencionados, en un escrito donde contestan a la reconvención de los cónyuges Fabrizio Capelo y Jacqueline Vargas dentro de un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. El Juzgado Octavo de lo Penal de Pichincha acepta la querella propuesta por el querellante, por lo cual dictó sentencia condenatoria en contra de los querellados, imponiéndoles la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, conforme lo dispone el Art. 495 del Código Penal. De conformidad con el Art. 82 del Código Penal se deja en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta. La Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, revoca la sentencia en todas sus partes y declara el estado de inocencia de todos los querellados. La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el Dr. Fernando Larenas, por cuanto no se ha demostrado ninguno de los preceptos contenidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO OCTAVO DE GARANTÍAS PENA-LES DE PICHINCHA. Quito, Miércoles 6 de febrero 2013

VISTOS: Mgs. Víctor Iván Merchán Aguirre, Juez titular del Juzgado Octavo de Garantías Penales de Pichincha, con acción de personal Nº 2943-DNP de fecha 25 de julio del 2012, avoco conocimiento de la presente causa, en lo principal el Juzgado Octavo de lo Penal de Pichincha acepta a trámite la acusación particular presentada por el señor ALEX FERNANDO LARENAS SCHETTINI, la misma que dice: El día martes 26 de agosto del 2011, a eso de las 09h22 en las ventanillas de recepción de escritos correspondientes al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha del Palacio de Justicia de Quito, ubicado en la calle 6 de Diciembre N°15-69 y Piedrahita de esta ciudad de Quito, los señores Dr. Juan Antonio Chávez Pesantez en calidad de actor y procurador común de sus hermanos Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, ha presentado un escrito suscrito por todos los anteriormente mencionados

actores en el que contestan a la reconvención de los cónyuges Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, juicio principal N°369-2011 WZ dirigido al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha. En este juicio civil no es parte procesal, ni abogado de ninguna de las partes. En este escrito dirigido al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha se le imputa una serie de injurias calumniosas e injurias calumniosas graves y que pese a no haber estado presente en la firma de las escrituras, pese a que jamás conoció a la señora Rosaura Pesantez y pese a no ser parte procesal presuntamente se le injuria así: "A nuestra difunta Madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron he hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió y el pago del justo precio pactado. Por ello, al notar el engaño del que fue objeto" "Por ello señor Juez están ENGAÑANDO a la administración de Justicia al decir que nuestra Madre Rosaura Pesantez les



entregó la posesión (del lote168)..." "Las mentiras y el dolo NO DAN DERECHOS, los actores de la reconvención no cumplen con el elemental requisito de la posesión y mucho peor del ánimo de señores y dueños si desde la fecha de suscripción de la fraudulenta escritura, para no pagar SE ESCON-DIERON, cómo y cuándo pudieron hacer actos de señores y dueños?...". Que le han proferido todas estas injurias sin ser parte procesal, sin haber estado presente en la firma de las escrituras, sin que se le haya iniciado juicio penal correspondiente o exista sentencia ejecutoriada en que se haya resuelto que la escritura a la que hacen referencia los Chávez Pesantes sea fraudulenta, que su persona y el notario le hayan hecho firmar dicha escritura a la señora Rosaura Pesantez, que haya engañado a la administración de justicia, que haya tenido el ánimo de perjudicar a una mujer ingenua, que la haya engañado, que la haya hecho creer que le iban a dar letras de cambio, títulos que según dicen nunca recibió.-Con anterioridad el 22 de marzo del 2011, los señores Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez han presentado una demanda de resolución de contrato por falta de pago dirigido al señor Juez de lo Civil de Pichincha en contra de Fabricio Carlos Alberto Capelo Recalde y Jacqueline Cecilia Vargas Charry, en este escrito igual le profieren una serie de injurias calumniosas y no calumniosas graves, como son : "...Vemos que a la misma se incorpora una sentencia de divorcio y no una partida de matrimonio marginada con el divorcio de nuestra Madre, todos los abogados sabemos que sólo a partir de la inscripción del divorcio y la cédula de casada de la vendedora, error del Abogado Fernando Larenas y del Notario. Más aún, hay otra falsedad, dícese en la escritura..." que en el juzgado noveno se tramita una demanda de liquidación de la sociedad conyugal", hecho que nunca sucedió, lo que demuestra también el afán de engañar al Notario, a la sociedad y a la vendedora..."; "Otra prueba de mala fe es que, de manera premeditada se hace constar al comprador sólo como Frabizio Capelo Recalde, cuando debió constar como Fabricio Carlos Alberto Recalde, con sus nombres completos como se debe hacer constar en todo instrumento público. Se dice además que éste ciudadano es de estado civil casado, debió decir casado con Jacqueline Cecilia Vargas Charry, pero como indico, hay afán premeditado de engañar y confundir a la vendedora..."; "...Un abogado serio y

responsable, jamás debió presentarse para elaborar una minuta de este tipo y peor un Notario, capaz, permitir se suscriba la matriz de esta escritura, pues la costumbre en el país es que al momento de firmar las escrituras se paga la totalidad del precio o se presenta al Notario el documento privado con los títulos ejecutivos, documentos que nunca se entregaron a la vendedora y la cédula de divorciada o al menos la partida de matrimonio con la marginación del divorcio, en todo hay mala fe, nunca hubo liquidación de la sociedad conyugal..."; "... Sólo su abogado Alex Fernando Larenas Schettini presenta de manera esquiva, documentos falsos como el recibo presentado e la Segunda Sala de los Civil de la Corte Superior de Justicia, recibo por cinco millones de sucres que resultó ser falso poque se falsificó la firma de Rosaura Etelvina Pesantez después que falleciera...": "... El 21 de diciembre del 2004 y luego de que la vendedora falleciera presenta (REFIRIÉN-DOSE A MI) en segunda instancia un FALSO RE-CIBO que el Instituto de Criminología de la Universidad Central del Ecuador estableció que la firma constante en ese falso recibo es de ..." DIFEREN-TE PUÑO ESCRIBIENTE, es decir, que los demandados o su Abogado pretendiendo engañar a la administración de justicia, falsificaron la firma de una persona fallecida. Así señores jueces y magistrados actúa "la viveza criolla" de los compradores...". Es claro que por la fuerza de la defensa se pueden decir o escribir de pronto cosas impropias entre las partes procesales, más no en contra del Abogado que no es parte procesal y quien es únicamente Mandatario del cliente, por tanto, aquellos comentarios ofensivos o calumnias deben ser sancionadas ya que no es excusante o eximente la conducta de los acusados para proferir estas series de injurias. Los acusados no han presentado ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra por las injurias emitidas en su contra, además el Art. 497 del Código Penal dice que al acusado de injuria no calumniosa no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones. Los acusados no han mencionado ningún artículo legal que sustente sus afirmaciones, como tampoco han presentado las exceptionveritatis, que de acuerdo a la doctrina y a las múltiples sentencias de casación, es la única prueba de descargo, es decir, sentencias condenatorias ejecutoriadas anteriores en su contra.. su condición de ofendido por el hecho de que fue injuriado en forma calumniosa y no calumniosa públicamente sin ningún motivo por parte del señor Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José





Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez mediante escrito de contestación a la reconvención formulada por los cónyuges Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas quienes proceden a ofender a su persona imputándole delitos que no ha cometido, perjudicando considerablemente sus causándole un irreparable daño moral, desacreditándole y deshonrándole como profesional del derecho ante el personal de la función judicial, personal de sorteos de los Juzgados, señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, secretario, oficial mayor, actuario de dicha Judicatura, personal de archivo, colegas profesionales, clientes y público en general, motivo por el cual se querella civil y penalmente contra de los señores Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, por el delito de injurias calumniosas y no calumniosas graves, tipificado y sancionado en el Art. 490 numerales 2 y 3 y 491 del Código Penal, a fin de que en sentencia se les imponga el máximo de las sanciones de prisión y multa, así como al pago de daños y perjuicios que asciende a ciento cincuenta mil dólares, atento el descrédito público al que ha sido semetido.- Propuesta la acusación particular por parte del señor ALEX FERNANDO LARENAS SCHETTINI, la misma que consta a fs. 1 a 7 del proceso, se acepta a trámite y se ordena se cite a los querellados JUAN ANTONIO CHÁVEZ PE-SANTEZ, TEOBALDO EFRAÍN CHÁVEZ PE-SANTEZ, JOSÉ BENJAMÍN CHÁVEZ PESAN-TEZ, MANUEL JESÚS SALOMÓN CHÁVEZ PESANTEZ y ROSA MARGARITA CHAVEZ PESANTEZ, los mismos que comparecen a juicio mediante escrito de fecha 18 de enero del 2012, 09 y 25 de febrero del 2012, constantes a fs. 171 a 172 vta., 503 a 504 vta., 523 a 524 vta., del proceso, luego de haber sido citados.- Dentro del plazo de prueba se han evacuado algunas diligencias y concluido dicho plazo se ha realizado la audiencia de conciliación conforme lo establece el Art. 373 del Código de Procedimiento Penal, y encontrándose la causa en estado de resolver, se considera: PRI-**MERO:** A la causa se le ha dado el trámite previsto en los Arts. 372 y 373 del Código de Procedimiento Penal.- SEGUNDO: Que el delito acusado es el de injurias.- De conformidad con los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria del Código de Procedimiento Penal, las partes debían y estuvieron obligados a probar los

hechos propuestos afirmativamente y negados respectivamente.- TERCERO: De autos se observa la siguiente prueba aportada en la causa por parte del querellante o Acusador Particular: A fs. 16 a 17 del proceso constan fotocopias certificadas del escrito presentado al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha el 26 de agosto del 2011, a las 09h22 por los querellados Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, en el que entre otras cosas dice: "...2. A nuestra difunta Madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron he hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió...".-A fs. 18 a 24 del proceso constan fotocopias certificadas de la notificación efectuada a los señores Frabizio Carlos Alberto Capelo Recalde y Jacqueline Cecilia Vargas Charry en el casillero judicial Nº 3416 perteneciente al Dr. Alex Fernando LarenasSchettini, corriéndoles traslado la demanda propuesta por Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez.- A fs. 36 a 164 del proceso constan fotocopias certificadas del juicio ordinario signado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha con el Nº 369-2011, propuesto por los señores Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, en contra de los señores Frabizio Carlos Capelo Recalde y Jacqueline Cecilia Vargas Charry.- A fs. 192 a 499 del proceso constan copias certificadas del juicio ordinario tramitado en el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha signado con el Nº 1993-1798-FV que sigue Juan Antonio Chávez Pesantez y otros en contra de Fabricio Capelo Recalde.- A fs. 534 del proceso consta un oficio suscrito por la Secretaria General (e) de la Corte Suprema de Justicia, en el que se indica que revisado el libro de ingresos de denuncias y peticiones para la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, desde el año 1993 hasta la fecha, el Dr. Alex Fernando LarenasSchettini no ha sido sancionado por la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de la profesión de abogado.-A fs. 555 vta. del proceso consta el acta de inspección judicial realizada por esta Judicatura el 15 de



junio del 2012 en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha.- A fs. 559 a 561 del proceso consta el informe pericial de reconocimiento del lugar de los hechos suscrito por el Dr. Vicente Rubén Oña, perito, quien entre otras cosas concluye entre otras cosas que en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha se verifica que existe el expediente signado con el número 369-2011, en el que se encuentra el escrito de contestación a una reconvención de demanda, el mismo que fue verificado al momento de la pericia.- A fs. 565 a 566 del proceso consta fotocopia certificada del escrito presentado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha.- A fs. 692 a 694 del proceso consta el acta de audiencia final efectuada el 27 de agosto del 2012, a las 09h00.- Los documentos que han sido presentados en la audiencia final por parte de los querellados no se los toma en cuenta por cuanto fueron presentados fuera del plazo de prueba.- **CUARTO:** El Art. 116 del Código de Procedimiento Civil norma supletoria del Código de Procedimiento Penal dice: "Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio", La acción privada exige solemnidades sustanciales y procesales tanto en la calificación del tipo penal, como para la prosecución penal de tal suerte que la irrogación probatoria tiene congruencia con los presupuestos que acusa el sujeto pasivo, en este sentido solo la prueba legal y lícita es la que puede ser calculada en el acervo para hacer efectivo el instituto probatorio y verificar con imparcialidad si la conducta expuesta o puesta a conocimiento por el querellante cumple con los elementos constitutivos de delito necesarios para sancionar y aplicar la capacidad punitiva del estado; y, en el presente caso el asunto que se litiga y los hechos sometidos al juicio son las injurias que dice el querellante le han proferido los querellados JUAN AN-TONIO CHAVEZ PESANTEZ, TEOBALDO EFRAIN CHAVEZ PESANTEZ, JOSÉ BENJA-MÍN CHÁVEZ PESANTEZ, MANUEL JESÚS SALOMÓN CHÁVEZ PESANTEZ y ROSA MARGARITA CHÁVEZ PESANTEZ, en el escrito presentado al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha el 26 de agosto del 2011, a las 09h22 por los querellados Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, en el que entre otras cosas dice: "...2. A nuestra difunta Madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que

denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron he hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió...".- Para determinar el animus injuriandi, este exige exteriorización es decir la imputación deshonrosa, que consiste en proferir injusta o dolosamente, expresiones que atenten contra el honor, la honra y el decoro de una persona, cuyo elemento fundamental en el presente caso es el de ofender la integridad moral de otro. En este sentido es necesario tener en cuenta que la injuria no calumniosa, consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto, conducta que se ha verificado a través de los escritos remitidos por los querellados, de los cuales no puede inferirse la imputación de un delito sino más bien de la falta de probidad del querellante frente a su trabajo, situación que se ha justificado en la presente causa. Como lo prescribe el "Art 490.- Las injurias no calumniosas son graves o leves: Son graves: ... 20.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; ...." Elementos sobre los cuales debe versar el análisis de la motivación requerida en este sentido dentro del instituto probatorio practicado en la Audiencia correspondiente se ha determinado, el día, hora y lugar, así como la relación motivada de los hechos, esto es El día martes 26 de agosto del 2011, a eso de las 09h22 en las ventanillas de recepción de escritos correspondientes al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha del Palacio de Justicia de Quito, ubicado en la calle 6 de Diciembre N°15-69 y Piedrahita de esta ciudad de Quito, en cuanto a la configuración objetiva y subjetiva, en la etapa probatoria se ha demostrado que efectivamente los querellados suscribieron el documento en el cual se hace referencia el escrito de 26 de agosto de 2011, pues se realizan imputaciones que racionalmente merecen la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor, cuyo estado no es el de defensa como se ha argumentado, tomando en cuenta lo prescrito en el Art. 500 del Código Penal, pues no hay, la prueba sustanciada se considera legítima. Es necesario indicar que la integridad moral es un estado al que tiene derecho toda persona en su categoría natural y jurídica, para conservar el uso y goce de sus sentimientos íntimos de





dignidad, disfrutar o complacerse de buena fama conquistada por ella y aun transmitirla a otros, más aún en el ejercicio del derecho. La injuria es también el acervo de cualidades que conforman éticamente a cada uno y que, la gravedad de la injuria no depende por tanto solamente de la susceptibilidad del ofendido ni de la interpretación que éste haga de la supuesta imputación deshonrosa sino de su verdadero contenido y alcance, en forma tal que se traduzca en expresiones, términos o frases que constituyan una afrenta al patrimonio moral, la honra y el honor del querellado pues se le ha imputado que el querellado en forma premeditada a engañado y confundido a la vendedora, tomando en cuenta que se trata de un profesional del derecho, además se hace referencia a la utilización de documentos falsos. Del análisis y valoración de la prueba se considera que del proceso aparece prueba plena de que los querellados haya cometido han incurrido en la conducta descrita por el querellante, es decir no se puede desprender un animus corrigendi; jocandi; consulendi; defendendi o retorquendi que no den lugar a la comisión de la conducta analizada, situaciones de carácter fáctico que no han podido ser demostradas por los querellados.- Por lo expuesto habiéndose cometido el delito de injurias no calumniosas graves por escrito, ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL **ECUADOR** Y

AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS **LEYES DE LA REPÚBLICA**, se acepta la querella o Acusación Particular propuesta por el querellante señor ALEX FERNANDO LARENAS SCHET-TINI, por lo cual dicto SENTENCIA CONDE-NATORIA en contra de los querellados JUAN ANTONIO CHAVEZ PESANTEZ, TEOBAL-DO EFRAIN CHAVEZ PESANTEZ, JOSÉ BENJAMÍN CHÁVEZ PESANTEZ, MANUEL JESÚS SALOMÓN CHÁVEZ PESANTEZ y ROSA MARGARITA CHÁVEZ PESANTEZ, imponiéndoles la pena de prisión TRES MESES DE PRISION, conforme lo dispone el Art. 495 del Código Penal, con las costas procesales en la cantidad de USD \$ 150 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, daños y perjuicios.- Por cuanto el delito cometido por los querellados, cuya pena no excede de seis meses de prisión correccional y tomando en cuenta la personalidad integral de los querellados que han sido condenados, la naturaleza del delito y las circunstancias que rodearon al mismo, de conformidad con el Art. 82 del Código Penal se deja en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta.- Cuentese con la Dra. Mariana Flores Hinojosa en calidad de Secretaria Encargada de esta Judicatura.- Cúmplase y notífiquese.

f) Mgs. Víctor Iván Merchán Aguirre. Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha.

### **APELACIÓN**

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PI-CHICNCHA. Quito, 17 de abril del 2013.

VISTOS.- Los señores CHÁVEZ PESÁNTEZ JOSÉ BENJAMÍN, CHÁVEZ PESÁNTEZ ANTONIO, CHÁVEZ PESÁNTEZ JUAN ROSA MARGARITA, CHÁVEZ PESÁNTEZ TEOBALDO EFRAÍN y CHÁVEZ PESÁNTEZ MANUEL JESÚS (querellados) y ALEX FER-NANDO LARENAS SCHETTINI (querellante) interponen el recurso de apelación de la sentencia dictada el miércoles 6 de febrero del 2013, las 15h26, por el Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha, en la cual acepta la querella propuesta por el querellante señor ALEX FERNANDO LA-RENAS SCHETTINI, por lo cual dicto sentencia condenatoria en contra de los querellados JUAN ANTONIO CHÁVEZ PESÁNTEZ y OTROS, imponiéndoles la pena de TRES MESES DE PRI-SIÓN, conforme lo dispone el Art. 495 del Código Penal, con las costas procesales en la cantidad de USD \$ 150 dólares de los Estados Unidos de América, daños y perjuicios. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO: COMPETENCIA DE LA SALA. La suscrita Corte pluripersonal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes procesales, con fundamento en los Arts. 343, 344 y 345 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: VALIDEZ DE LA CAUSA.- Al delito de Injurias Calumniosas se le ha dado el trámite que según su naturaleza le corresponde y no se aprecia omisión de solemnidades sustanciales que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se la declara válida.- TERCERO: EXPOSICIÓN DE LO RECU-RRENTES A TRAVÉS DE SU ABOGADO DE-FENSOR DR. ROLANDO BUSTOS ÁVILA



Dr. Rolando Alcíbar Bustos Ávila, en lo principal manifiesta: Hemos recurrido en apelación por cuanto consideramos que el fallo del Juez A quo no se ajusta a la realidad procesal y legal, este juicio empieza hace muchos años atrás, cuando existe una litigación por un terreno ubicado en la zona norte y la madre del señor Juan Chávez PESÁN-TEZ, cuando vivía era la propietaria, los señores Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas pretendían comprar el 50% del terreno, luego de la muerte se inició varios juicios de reivindicación emprendida por los señores Capelo y Vargas una vez que muere su madre los hijos emprenden acciones de lesión enorme, juicios ordinarios, y un juicio de resolución de contrato por cuanto los actores en esa causa no pagaron la deuda, todo comienza por un juicio de resolución de contrato, en el juicio en la contestación al juicio ordinario los señores Capelo y Vargas contestan a la demanda con una reconvención, exigen el derecho de posesión adquisitiva de dominio, que se ven forzados los demandados a contestar la reconvención en primera instancia, el Dr. Larenas presente emprende una acción también por daños y perjuicios por el juicio ordinario al principio de resolución de contrato esta demanda es conocida por el Juez Primero de Garantías Penales de Pichincha en su resolución da la prescripción de las acciones, luego aparece otra demanda pero ya no fundamentada en ese juicio de resolución de contrato sino en la contestación de la reconvención, en esta contestación a la reconvención supuestamente los señores Chávez le injuriaron al Dr. Larenas, sin que él sea parte procesal en este juicio, pero la contestación a la reconvención a la cual hace alusión el Dr. Larenas como abogado y parte procesal se fundamenta en lo siguiente: dice que las injurias han sido contra él, este es un juicio contestación a la demanda que va en contra de Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas a ellos le contestan los señores Chávez de la siguiente manera: " a nuestra difunta madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al señor doctor Fernando Larenas y notario se les ocurrió, una escritura llena de errores y arbitrariedades que denotan el animo de perjudicar a una ingente mujer, la enganaron le hicieron creer que inmediatamente le iban a firmar letras de cambio, títulos que nunca recibió y el pago del justo precio y peor del precio pactado, al notar del engaño del que fue objeto inmediatamente demandó lesión enorme Juicio No.1798 año 1993 y resolución de falta de pago Juicio No.239-94, en la parte más abajo y

pertinente dice: por ello señor juez están engañando, más abajo, por tanto es falso que los actores de la reconvención estén en posesión pacífica,... ratificamos e invocamos el principio universal del derecho que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, esto la contestación a la reconvención en contra Carlos Fabricio Capelo Recalde y Jacqueline Vargas contestando la reconvención porque se hace mención al señor Dr. Fernando Larenas y al Notario porque dentro de estos juicios se hizo una escritura esa minuta fue suscrita por el Dr. Larenas por eso se le menciona, pero nunca se le injuria al, cuando hablan de que la engañaron y la hicieron firmar y no le entregaron los títulos solicitados, hablamos del señor Fabricio Capelo y su cónyuge Jacqueline Vargas, eso denota que nunca existió el delito por tanto sorprende que el señor Juez A quo emita la sentencia lo cual causa sorpresa, en esta demanda lo que no es tomado en cuenta por el juez a quo es que en la contestación a la demanda existen rúbricas firmas de los que contestaron la reconvención pero es obvio que para aceptar una demanda es necesario que exista un reconocimiento de firmas lo cual no hizo, contraviniendo lo estipulado en el Art.196 del CPC norma supletoria que hace relación el juez en su sentencia; por otro lado dice la ley -las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio- según Art.116 del Código de Procedimiento Civil pero lo que suscita en este juicio y hace alusión el Juez en la sentencia el documento que era la demanda ordinaria de resolución de contrato es un documento de cosa juzgada, porque ese fue el objeto principal del Dr. Larenas para proponer la primera demanda que fue declarada prescrita por el Juez Primero de Garantías Penales, en su sentencia y para la valoración de la prueba hace un examen y una valoración de este juicio, de cosa juzgado por tanto no hace exclusivamente de este escrito de contestación de la resolución lo cual, por mandato de la ley estaba obligado el señor Juez, si examina otros documentos no son prueba, se fundamentó la querella en la contestación de reconvención y tenía que ser objeto solo de prueba, en esta contestación a la reconvención no existe injurias en contra del Dr. Larenas que no era parte proceso ese escrito estaba realizado era contra los contrarios en ese juicio; otra inconsistencia y que obviamente tiene que ver con la experiencia, en una demanda penal tengo que hacer constar un solo delito por cada demanda un delito o por cada delito una demanda, pero en esta demanda el





Dr. Larenas acusa de dos delitos injurias calumniosas y la otra injurias no calumniosas graves, el CPP Art.5 único proceso debe presentar una demanda por un delito o un delito por cada demanda para que no se haga problemas el juez al momento de dictar sentencia o en la sustanciación o en la audiencia de conciliación que prevé el Código de Procedimiento Penal, acusa de dos delitos y el señor juez a quo escoge entre uno de los dos y se decide por el injurias no calumniosas, fundamentado en ello emite su sentencia, en este escrito de contestación a la reconvención no existe injurias en contra del abogado de los señores Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas, se le contesta al actor de la causa y el actor era Fabricio Capelo y su Jacqueline Vargas, contra ellos es la contestación a la reconvención no contra el Dr. Larenas, tan solo porque él fue como abogado suscribió la minuta que dio lugar a la escritura de la compra del 50 % del terreno mencionado anteriormente. EXPOSI-CIÓN DEL DR. JUAN ANTONIO CHÁVEZ PESÁNTEZ (PROCURADOR COMÚN DE LOS QUERELLADOS) Dr. Juan Antonio Chávez PESANTEZ, en lo principal manifiesta: Lastimosamente este problema del contrato suscrito por nuestra madre mencioné que la engañaron va durando 20 años no porque no hayamos probado el no pago y la lesión enrome, probamos todo eso, presentamos documentos en la Corte Provincial de que el ciudadano Fabricio Capelo Recalde en el Ecuador hasta 1996, esta escritura se firmó en 1993, hasta 1996 el no constaba como casado, entonces estos compradores logran presentar documentaciones y pienso que inscribieron más tarde acá el matrimonio celebrado en Colombia y presentan una marginación de casado con Jacqueline Vargas, todo el proceso que llegó hasta la Corte Nacional de Justicia y nos dieron la oportunidad de presentar una nueva demanda, nos dan esa libertad para presentar una nueva demanda, no ha sido por falta de aclaración de que los señores Fabricio Capelo Jacqueline Vargas si pagaron sino por otras circunstancias el hecho de que estemos todavía en este litigio por el terreno de nuestra madre, en relación a la presentación de pruebas por parte de Dr. Fernando Larenas, el mismo nos da razón cuando manifiesto que si fue abogado desde el inicio hasta la presente fecha de Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas en su escrito de querella y de alegatos niega ser abogado de ellos pero en el primero cuerpo pág. 39 a 42 y de la 51 a 61 consta la escritura que motiva este litigio en el séptimo

cuerpo entre las páginas 641 y 650 consta la escritura y en ella consta la minuta elaborada por el Dr. Fernando Larenas y en los demás documentos que el mismo Dr. Larenas, un alegato en la Corte Nacional de Justicia, demanda en el Juzgado 11 de lo Civil de Pichincha; presenta una apelación en el Juzgado 11 de lo Civil de Pichincha es decir en 1993 firma la minuta 15 años después en el 2008 suscribe el alegado presentado en la Corte Nacional de Justicia 17 años después presenta una demanda de reivindicación patrocinando a los que perjudicaron a mi madre, con esto pruebo de que miente tanto en sus alegato y en su querella que no es abogado de quienes nos perjudicaron, debo indicar en estos 20 años jamás hemos conocido a Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas en las audiencias de contestación, juntas de conciliación, inspecciones judiciales y en las confesiones judiciales jamás los compradores del 50 % de los derechos y acciones a nuestra madre se presentaron, como he sido el único de la familia vinculado con estos procesos me he ido dando cuenta la forma de redacción, es la forma como el Dr. Larenas expresa en todo el proceso, cierto es sigo el trámite de resolución por falta de pago y ahí ya van seis abogados patrocinando a Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas y aún se mantiene como abogado el Dr. Larenas firmado por otros abogados seguramente, ese es un detalle para que se den cuenta el por qué la vinculación del Dr. Larenas, otra verdad es que en estos 20 años nunca se presentaron a decir tengo pagado y aquí está la prueba, presentamos un requerimiento judicial por la prensa hasta el dos mil cuatro es decir doce años después presentan un recibo falso, pido al Instituto de Criminología de la Universidad Central que verifique ese documento y dice que es diferente, lo que denota y está presentado por el mismo doctor Larenas como pruebas de que ese recibo de que supuestamente le pagaron a mi madre es una firma que no le corresponde a mi madre, para esa época ya había fallecido (año 2000) y lo presentan en el 2004, en este juicio en el 2011 en la junta de conciliación consignan 663 USD por un terreno de 5.000mts que vale mínimo 300.000 USD pido se tome en cuenta la excepción de cosa juzgada que expusimos al contestar la demanda porque el Dr. Larenas en las dos querellas en la primera en el Juzgado Primero de Garantías Penales y en esta actual Juzgado Octavo narra todo lo concerniente en mi demanda inicial no lo que dice la contestación a la reconvención si en la primera fase el juicio en el Juzgado



Primero de Garantías Penales ya lo declaró prescrito eso es cosa juzgada solo debe hacerse alusión a la contestación a la reconvención y no existe ningún delito cometido por nosotros. CUARTO: EX-POSICION DEL QUERELLANTE DR. ALEX FERNANDO LARENAS SCHETTINI Dr. Alex Fernando Larenas Schettini, en lo principal manifiesta: En primer término me refiero a la iniciación de la acusación particular en la cual se presenta un escrito contestando reconvención tomando las palabra del colega en la ventanilla del Juzgado Sexto de Civil el 26 de agosto del 2011 a eso de las 09:22, contestando a un juicio principal No. 369-11 WZ dirigido al señor Juez Sexto Civil de Pichincha en ese escrito los procesados admiten que manifestaron por escrito "a nuestra difunta madre la engañaron le hicieron firmar lo que al Dr. Fernando Larenas y al notario se les ocurrió una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron y la hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió el pago del justo precio pactado por ello al notar el engaño de que fui objeto..- adicionalmente debo indicar que los procesados no presentaron ninguna prueba y de acuerdo a la sentencia de casación tenían la obligación de presentar una sentencia condenatoria ejecutoriada del delito que se me está imputando, esto es el Art.563 tipificado en el CP, lo que se si se probó fue el acta documental en la que asistió la señora Juez y Secretario, posteriormente hubo la diligencia de juzgamiento pero el perito no compareció, consta en el proceso en la que se verifica el documento en la cual se me injuria; en cuanto a la autoría o contenido del documento los procesados jamás impugnaron por consiguiente no fue necesario realizar la experticia grafológica del documento por lo cual la responsabilidad de los procesados consta que encuentra demostrada en cuanto lo que manifiesta el señor abogado que ha habido varios juicios si en verdad, es dentro de esos juicios que datan de hace diez años manifiesta el procesado en uno de los escritos "Solo a su abogado Alex Fernando Larenas presenta de manera esquiva, documentos falsos como el recibo presentado en la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia, recibo por 5 millones de sucres que resultó ser falso porque se falsificó la firma de Rosaura Etelvina PESANTEZ después de que falleciera, en el supuesto no consentido si hubiera sido así los procesados entiendo que si tuvieran la razón, hubieran seguido alguna acción

penal, en el proceso consta en autos que jamás he tenido una acción penal en mi contra, sin embargo me injurian de esa manera no he sido ni abogado por mucho tiempo del señor Fabricio Capelo, he vivido en Australia aquí está mi pasaporte, he venido continuamente de Ecuador a Australia y he regresado pero no significa que los 18 años he sido abogado, por otro lado en cuanto a la actuación de la otra parte, ellos justamente en una de las citaciones de la demanda, la última demanda del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha ponen que al señor Fabricio Capelo Recalde se cite en el casillero judicial mío lo cual es improcedente, cual acarrea la nulidad, esa es la manera de proceder de los acusados; en el primer reconocimiento del lugar uno de los acusados se permitió injuriarme, me dijo maricón para mala suerte de uno de ellos, estuvo presente el doctor Jimmy Moreno, Director de Política Criminal de Fiscalía General del Estado al cual le constó la falta de respeto por parte de uno de los acusados, de tal manera que no es la única vez que se me injuria, se me falta al respeto, quiero puntualizar, dentro del proceso consta que ellos manifiestan que yo he sido el agresor, que he gritado, me permití solicitar un parte policial en la cual dos policías aseveraron que no he faltado al respeto, la declaración del Dr. Jimmy Moreno, de esa manera debo indicar que la otra parte me ha injuriado con injurias calumniosas graves al imputarme un delito que jamás he cometido por lo cual solicito se sancione a los procesados con el máximo de la pena, tal como manifiesto en mi escrito de apelación. QUINTO: FUNDAMENTACIÓN DOG-MATICA DE LA SEGUNDA SALA DE GA-RANTIAS PENALES DE PROVINCIAL SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN Escuchados que han sido los sujetos procesales, sobre la base de los principios de ratio cognoscendi y ratio descidendi, razón de conocer y razón de decidir y el principio de congruencia entre la motivación fáctica y jurídica, la Sala expide el consiguiente pronunciamiento: La Sala para resolver considera relevante analizar lo que constituye el honor, que es el bien jurídico tutelado al respecto, Maurach Schóeder manifiesta: "el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho Penal y por tanto el menos eficazmente protegido". Por su parte el tratadista Edgardo Donna, entiende por Honor: "...la suma de todas las cualidades, incluidos no sólo los atributos morales, sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales





valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos, o la buena opinión y fama que tienen los terceros respecto de uno mismo". De tal modo, existen dos aspectos del "honor", uno subjetivo que "es la propia ponderación que tiene toda persona de sí misma", es decir, es un concepto propio e íntimo que cada uno realiza, con independencia de lo que consideren los demás, y otro objetivo, entendido como "la reputación social o mérito que otros hacen de la personalidad del sujeto, condicionada por el momento histórico dado". En pocas palabras, es el crédito que una persona tiene como consecuencia de la valoración social que realizan los terceros. Estos dos aspectos se encuentran relacionados, ya que el honor es inherente a la persona y forma parte de la dignidad humana, pero puede sufrir variaciones según las circunstancias de tiempo, modo y lugar..." (las cursivas son nuestras). El delito es necesariamente un comportamiento contrario al orden jurídico; desde una perspectiva más técnica se lo define como una acción típica, antijurídica, culpable y penada por la ley, de ahí que si la acción realizada es acorde con los postulados del orden jurídico, el comportamiento es lícito, en tanto, si la conducta transgrede esos postulados se califica de ilícita; mediante la elaboración del tipo legal; el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de las que no son, en este sentido el tipo cumple una función discriminadora, por lo tanto desde un punto de vista jurídico penal será todo comportamiento humano susceptible de ser subsumido en un tipo penal, por lo que el concepto de acción debe ser entendido como fuerza causal o como orientación a un fin; la determinación de la conducta humana, el Animus responde al propósito, a la intención de producir el resultado. En este sentido es el elemento intencional de toda situación jurídica, que determina su significado y naturaleza dentro del campo del derecho; por el Animus se valora la voluntad del sujeto y se conoce su intención. En el Derecho actual se considera elemento fundamental para calificar jurídicamente la conducta humana; de este modo se le considera requisito indispensable para la validez de ciertos actos o negocios jurídicos, en el derecho privado. Así mismo es un elemento o condición esencial para la tipificación de una conducta ilícita o antijurídica". El Art. 66. 18 de la Carta Constitucional reconoce de forma expresa, el derecho al honor y al buen nombre; la protección dispensada a este valor se fundamenta en el reconocimiento que se

confiere a su titular a no ser deshonrado ante él mismo o ante los demás, atacando su prestigio como valor vinculado a la persona humana con la finalidad de descrédito o pérdida de estimación pública. La Teoría General del Delito estima que en la consumación del tipo penal, hay dos momentos, uno interno y otro externo; en el interno el sujeto activo piensa la conducta, decide la conducta para luego en el universo externo materializarla hasta volverla penalmente relevante. De acuerdo a la teoría de la acción final de donde su autor parte de la máxima que no hay voluntad en el ser humano que no persiga un fin, pues la acción antecedida de la voluntad y la voluntad del pensamiento demuestra la existencia del dolo, luego dicha voluntad persigue un fin que se materializa mediante un curso causal. Los elementos objetivos del tipo son los resultados o condiciones objetivas de punibilidad de la conducta del tipo penal el elemento subjetivo es el dolo o la culpa, pues el elemento objetivo es el resultado de la verificación del elemento subjetivo, de ahí que quien piensa con dolo termina actuando con dolo. La estructura dogmática o positiva del delito o tipo penal, contiene elementos objetivos y subjetivos necesarios para su concurrencia. Los elementos objetivos refieren a las circunstancias fácticas que comportan la conducta punible generada por el sujeto activo, circunstancias fácticas que desde luego pendiendo de cada tipo penal están descritas en los articulados del Código Sustantivo Penal. Los elementos subjetivos, lo constituyen el dolo o la culpa. En tratándose de la injuria, el dolo emerge del animus injuriandi, generador de las expresiones proferidas por los agentes activos, es decir, tratamos de un delito de resultado, cuya conducta es materialmente antijurídica, en razón que las expresiones injuriosas lesionen el bien jurídico de la honra; Alfredo Etcheverry, las que determina, cuando expresa que: "Los autores alemanes dan este nombre a ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda entrar a aplicarse una pena. Lo que caracteriza a las condiciones objetivas de punibilidad es el hecho de tratarse de circunstancias que no forman parte de la acción del agente, ni son de las que se supone indispensables para la plena configuración del hecho ...sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para castigar la conducta..". Nuestro Código Penal, ha establecido en el Libro Segundo, Título VII, "DE LOS DELITOS CONTRA LA HONRA", y en el



Capítulo Único sobre "LA INJURIA". A este respecto el Art. 489 del Código Penal, dice: La injuria es: "Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto"; sin embargo, dentro de las injurias calumniosas, la misma legislación las establece de la siguiente manera: Art. 490, dice: que "son graves: 1.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado; 2.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 3.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y, 4.- Las bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra". Este derecho se encuentra reconocido también en el Artículo 66 numeral 18 de la Constitución de la República del Ecuador, que hace referencia "El derecho al honor y al buen nombre...". Art. 495: El reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el Art. 491, será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América; y en las circunstancias del Art. 492, con prisión de quince días a tres meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. Por otra parte, se debe mencionar que la doctrina y la jurisprudencia, reconocen y recalcan que, en estos delitos el bien protegido es la honra de las personas, y no es fácil como señala Soler que el concepto del honor, tanto en el sentido vulgar como en sentido jurídico, tiene una genérica referencia "a la valoración integral de una persona en sus relaciones ético-sociales", valoración que asume diversos aspectos. En el sentido restringido el honor es la suma de valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo; y, desde el punto de vista objetivo es la estimación u opinión que los demás tienen de nosotros. Es el patrimonio moral que deriva de la consideración ajena y que se define por un término comprensivo, esto es la reputación. El honor es en suma tanto la propia opinión como la consideración y estimación ajena.", la Sala de consuno y al unísono expide el consiguiente pronunciamiento. EN TORNO A LA DISQUISICIÓN FÁCTICA

DEL TIPO.- A la consumación del tipo, concurren circunstancias tanto objetivas como subjetivas, circunstancias de formación o concreción del tipo, presupuestos fácticos de tiempo lugar y modo; en cuanto a la circunstancia fáctica de tiempo, ésta alecciona al juzgador, el momento ex ante, presente y ex post de la consumación del tipo; en el caso, el hecho punible se trata de un escrito de reconvención presentado en las ventanillas del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha del antiguo Palacio de Justicia de Quito, ubicado en la calle 6 de Diciembre N°15-69 y Piedrahita de esta ciudad de Quito, con fecha 26 de agosto del 2011; En el caso, la conducta presumiblemente irrogada por el presunto sujeto activo consiste en la consumación de un hecho factico identificado como la INJURIA NO CALUMNIOSA, INJURIAS CA-LUMNIOSAS, ya que según versión incriminatoria del querellante; los sujetos activos los señores Dr. Juan Antonio Chávez PESÁNTEZ en calidad de actor y procurador común de sus hermanos Teobaldo Efraín Chávez PESÁNTEZ, José Benjamín Chávez PESÁNTEZ, Manuel Jesús Salomón Chávez PESÁNTEZ y Rosa Margarita Chávez PESANTEZ, ha presentado un escrito suscrito por todos los anteriormente mencionados actores en el que contestan a la reconvención de los cónyuges Fabricio Capelo y Jacqueline Vargas por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, juicio principal N°369-2011 WZ dirigido al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha. En este juicio civil no es parte procesal, ni abogado de ninguna de las partes. En este escrito dirigido al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha se le imputa una serie de injurias calumniosas e injurias calumniosas graves y que pese a no haber estado presente en la firma de las escrituras, pese a que jamás conoció a la señora Rosaura PESANTEZ y pese a no ser parte procesal presuntamente se le injuria así: "A nuestra difunta Madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron he hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió y el pago del justo precio pactado. Por ello, al notar el engaño del que fue objeto" "Por ello señor Juez están ENGANANDO a la administración de Justicia al decir que nuestra Madre Rosaura PESÁNTEZ les entregó la posesión (del lote168)..." "Las mentiras y el dolo NO DAN DERECHOS, los actores de la reconvención





no cumplen con el elemental requisito de la posesión y mucho peor del ánimo de señores y dueños si desde la fecha de suscripción de la fraudulenta escritura, para no pagar SE ESCONDIERON, cómo y cuándo pudieron hacer actos de señores y dueños?...". Que le han proferido todas estas injurias sin ser parte procesal, sin haber estado presente en la firma de las escrituras, sin que se le haya iniciado juicio penal correspondiente o exista sentencia ejecutoriada en que se haya resuelto que la escritura a la que hacen referencia los Chávez Pesantes sea fraudulenta, que su persona y el notario le hayan hecho firmar dicha escritura a la señora Rosaura PESÁNTEZ, que haya engañado a la administración de justicia, que haya tenido el ánimo de perjudicar a una mujer ingenua, que la haya engañado, que la haya hecho creer que le iban a dar letras de cambio, títulos que según dicen nunca recibió. EN TORNO A LA MATERIALIDAD DEL TIPO. La materialidad del tipo, no es más que el resultado penalmente relevante que deviene de la acción u omisión procurada por el sujeto activo, dicha materialidad evidencia la puesta en peligro o lesión material del bien jurídico, a decir de los delitos de mera actividad, delitos de resultado y delitos de peligro. En la materialidad, se concentra la prueba. En el caso, el querellante ha aleccionado a la Sala, en esta instancia y es parte del universo procesal los medios utilizados por los sujetos activos para consumar el tipo penal o delito contenido en los Arts. 490, 491 y 495 del Código Material Penal, que es el escrito de reconvención antes mencionado. EN TORNO A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.- La relación de causalidad entre la acción u omisión procurada por el presunto sujeto activo y el resultado penalmente relevante con el cual se configura el hecho punible, en el caso se sustenta, en los nombres y apellidos completos y firmas y rúbricas de los sujetos activos constantes en el escrito de reconvención que expresa: " ... A nuestra difunta Madre la engañaron y la hicieron firmar lo que el Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, le engañaron le hicieron creer inmediatamente le daría letras de cambio, títulos que nunca recibió y el pago del justo precio (tampoco) y peor el justo precio pactado. Por ello, al notar el engaño del que fue objeto..." "...Por ello señor Juez, están ENGAÑAN-DO a la administración de Justicia al decir que nuestra Madre Rosaura PESÁNTEZ le entrego la

posesión (del lote 168)..." "Las mentiras y el dolo NO DAN DERECHOS, los actores de la reconvención no cumplen el elemental requisito de la posesión y mucho peor del ánimo de señores y dueños, si desde la fecha de la suscripción de la fraudulenta escritura, para no pagar SE ESCON-DIERON, como y cuando pudieron hacer actos de señores y dueños?..." EN TORNO A LA DIS-QUISICIÓN DOGMÁTICA DEL TIPO.- Es menester dar cuenta de la concurrencia de la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y punibilidad para de ello tener la certidumbre de la existencia del delito y la pertinencia de aplicación de la pena en el caso concreto que resuelve la Sala. El derecho penal, procesa conductas, las conductas están formadas por la acción o por la omisión a su vez a la acción u omisión le asisten elementos objetivos y subjetivos, los elementos objetivos son los resultados externos o que yacen en el mundo externo lesivos del bien jurídico y que a su vez se subsumen en el verbo rector del tipo penal contenido por efecto del principio de legalidad en los articulados que tipifican la conducta punible en el Código Material Penal. En cuanto a los elementos subjetivos lo constituyen el dolo y la culpa, la conducta es dolosa cuando el sujeto activo actúa con conocimiento de la tipicidad y con voluntad en la antijuricidad; y, culposa, si el resultado penalmente relevante se perpetra con ausencia de conciencia y voluntad como consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado. En el caso el tipo penal de injuria calumniosa es un tipo penal eminentemente doloso y es un delito de resultado, la generación de la conducta obedece a un momento ex ante donde el sujeto activo se empodera del conocimiento y la voluntad para someter la conducta a un curso causal fáctico, idear, pensar y realizar fácticamente los actos endilgados o encaminados a la consumación del tipo penal. La TIPICIDAD que responde al principio de legalidad "nullum crimen, nulla pena sine lege" a su vez contiene elementos objetivos, como son: SUJETO ACTIVO, en el caso responde a los nombres de JUAN AN-TONIO CHÁVEZ PESÁNTEZ, TEOBALDO EFRAIN CHÁVEZ PESÁNTEZ, JOSÉ BENJA-MÍN CHÁVEZ PESÁNTEZ, MANUEL JESÚS SALOMÓN CHÁVEZ PESÁNTEZ y ROSA MARGARITA CHÁVEZ PESÁNTEZ; el sujeto pasivo responde a los nombres de ALEX FER-NANDO LARENAS SCHETTINI, en cuanto al OBJETO, se ha determinado que el tipo penal de Injuria calumniosa grave es eminentemente



doloso, el fin que perseguía la conducta de los sujetos activos eran lesionar el bien jurídico del honor y la dignidad del sujeto pasivo, protegido en una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades, en el Art. 66.18 de la Constitución de la República en concordancia con los Arts. 490 y 495 del Código Material Penal, y en dicho articulado se contiene también el VERBO RECTOR "LA IMPUTACIÓN" de igual manera el elemento normativo y el elemento valorativo como norma objetiva de valoración y de determinación. En cuanto a la ANTIJURICIDAD entendida como la acción o la omisión que contraviene el derecho, en dicha categoría dogmática tienen asiento los principios de lesividad, subsidiaridad, fracmentabilidad, refractabilidad y residualidad, el primero determina la lesión del núcleo fuerte del bien jurídico que exige la prosecución del derecho penal en la conducta punible, es decir identifica al derecho penal minio y al derecho penal como de última ratio, la antijuricidad formal y material. De conformidad al Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del acusado, por su parte el Art. 252 ibídem dispone que, la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad de los acusados se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales, para llegar a la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito y de la responsabilidad penal de los procesados, para corresponda condenarlos o confirmar su estado de inocencia. En la presente causa, por las consideraciones expuestas y en base a los principios constitucionales de oralidad, inmediación y contradicconsagrados en el Art.76.7.h de la Constitución que establece el derecho de las partes de presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos que sea asistido y replicar los argumentos de las otras partes presentar pruebas y contradecir las que presenta en su contra, esto es un principio constitucional que tiene relación con la garantía del derecho a la defensa, revisadas las tablas procesales básicamente la audiencia final al que se refiere el Art. 373 del Código de Procedimiento Penal tiene relación con el tramite en los juicios de acción privada, claramente se establece que de no llegarse a una conciliación entre las partes procesales, se continuará con la audiencia y el querellante o su abogado primeramente formalizará su acusación y presentará sus testigos y peritos

previamente anunciados y de forma oral relatarán la relación con la acusación formulada pudiendo ser repreguntados por la contra parte y el Juez de garantías penales, esto quiere decir que todos los testigos y peritos que hayan presentado los informes respectivos durante el plazo de prueba tiene la obligación de comparecer a la audiencia que establece la norma legal invocada, a fin de cumplir principios constitucionales de oralidad, y sobre todo en el caso que nos ocupa contradicción que hace relación al derecho a la defensa, esto es la facultad de la parte querellada de repreguntar a los testigos y peritos en forma oral a efectos de poder contradecir y/o desvirtuar, desvanecer o desvalorizar los informes presentados. En el caso de autos el acta de audiencia que hacemos relación aparece claramente que no ha comparecido ningún testigo, perito a sustentar ningún informe pericial, sin embargo la jueza de la causa ha inobservando estos principios constitucionales al dictar una sentencia condenatoria, sin prueba de cargo debidamente actuada en observancia a los principios constitucionales de oralidad, inmediación y contradicción, razones por las cuales la Sala conforme a la potestad punitiva consagrada en la ley, a la luz del derecho, de la sana critica, mantiene la vigencia de los principios ORALIDAD, ULTIMO RATIO, IN-DUBIO PRO REO, PRO HOMINE y FAVOR LIBERTATIS. Por las consideraciones expuestas la Sala, de conformidad con lo establecido en el Art. 76 numerales1,2,7 h de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con lo dispuesto en los Arts. 304 A, 309, 311, 325.1 345 del Código de Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, la Sala, desecha el recurso de apelación interpuesto por el querellante, acoge el recurso de apelación interpuesto por los querellados se revoca la sentencia en todas sus partes y se declara el estado de inocencia de JUAN ANTONIO CHÁVEZ PESÁNTEZ, TEOBALDO EFRAIN CHÁVEZ PESÁNTEZ, JOSÉ BENJAMÍN CHÁVEZ PESÁNTEZ, MA-NUEL JESÚS SALOMÓN CHÁVEZ PESÁN-TEZ y ROSA MARGARITA CHÁVEZ PESÁN-TEZ. Ejecutoriado que sea esta resolución devuélvase el proceso.- **Notifíquese.-**

f) Dr. Renato Vásquez Leiva; Dra. Lady Ruth Ávila Freire; Dr. Gabriel Lucero Montenegro.





### CASACIÓN

Resolución nro. 27- 2014; Juicio nro. 619-2013

Jucio Penal por injurias propuesto por Alex Fernando Larenas Schettini, contra Juan Antonio Chávez Pesántez y otros.

Juez ponente: Dr. Paúl Íñiguez Rios

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 7 de enero del 2014, las 15H00.

### **ANTECEDENTES**

VISTOS: El ciudadano Alex Femando Larenas Schettini presenta acusación particular en contra de Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, Jose Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, donde expresa que ha sido injuriado por los antes mencionados, en un escrito donde contestan a la reconvención de los cónyuges Fabrizio Capelo y Jacqueline Vargas dentro de un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, juicio signado con el numero No. 369-2011W, dirigido al señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha. Señala que las injurias que se le han proferido son: "A nuestra difunta madre la engañaron y la hicieron firmar lo que al Doctor Fernando Larenas y al Notario se les ocurrió: una escritura llena de errores y arbitrariedades que denota ánimo de perjudicar a una ingenua mujer, la engañaron y le hicieron creer que inmediatamente le darían letras de cambio, títulos que nunca recibió y el pago del justo precio pactado. Por ello, al notar el engaño del que fue objeto" (las negrillas y el subrayado son mías.)"; (Por ello señor Juez están ENGA-NANDO a la administración de Justicia al decir que nuestra Madre Rosaura Pesantez les entregó la posesión (del lote 168)..."; (Las mentiras y el dolo NO DAN DERECHOS, los actores de la reconvención no cumplen con el elemental requisito de la posesión y mucho peor del ánimo de señores y dueños si desde la fecha de suscripción de la fraudulenta escritura, para no pagar SE ESCONDIE-RON, cómo y cuándo pudieron hacer estas de señores y dueños?... "El ofendido expresa que también en el escrito de demanda de resolución de contrato por falta de pago, dirigido al señor Juez de lo Civil de Pichincha se profieren al igual otras injurias las cuales indica que son:" "... Vemos que a la misma se incorpora una sentencia de divorcio y no una partida

de matrimonio marginada con el divorcio de nuestra Madre, todos los abogados sabemos que sólo a partir de la inscripción del divorcio y la cédula de casada de la vendedora, error del Abogado Fernando Larenas y del Notario. Mas aún, hay otra falsedad, en la escritura... "que en el juzgado novena se tramita una demanda de liquidación de la sociedad conyugal", hecho que nunca sucedió, lo que demuestra también el afán de engañar al Notario, a la sociedad y a la vendedora...". (Las negrillas y lo subrayado son mias); "...Otra prueba de mala fe es que, de manera premeditada se hace constar al comprador solo como Fabrizio Capelo Recalde, cuando debió constar como Fabrizio Carlos Alberto Recalde, con sus nombres completos como se debe hacer constar en todo instrumento público. Se dice, además, que este ciudadano es de estado civil casado, debió decir casado con Jackeline Cecilia Vargas Charry, pero, como indica, hay afán premeditado de enganar y confundir a la vendedora..."; "... Un abogado serio y responsable, jamas debió prestarse para elaborar una minuta de este tipo y peor un Notario capaz, permitir se suscriba la matriz de esta escritura, pues la costumbre en el pais es que al momento de firmar las escrituras se paga la totalidad del precio o se presenta al Notario del documento privado con los títulos ejecutivos, documentos que nunca se entregaron a la vendedora y la cédula de divorciada o al menos la partida de matrimonio con la marginación del divorcio, en todo hay mala fe, nunca hubo liquidación de la sociedad conyugal..." (Las negrillas y lo subrayado son mias)"; "...Solo su abogado Alex Fernando Larenas Schettini presenta de manera esquiva, documentos falsos como el recibo presentado en la Segunda Sala de los Civil de la Corte Superior de Justicia, recibo por cinco millones de sucres que resulto ser falso porque se falsificó la firma de Rosaura Etelvina Pesantez después que falleciera...". (Las negrillas y lo subrayado son mias)"; El 21 de diciembre del 2004 y luego de que la vendedora falleciera, presenta (REFIRIENDOSE A Ml) en segunda instancia, un FALSO RECIBO que el Instituto de Criminologia de la Universidad

5855



Central del Ecuador estableció que la firma consta en ese falso recibo es de... "DIFERENTE PUÑO ESCRIBIENTE", es decir, que los demandados o su Abogado, pretendiendo engañar a la administración de justicia, falsificaron la firma de una persona fallecida. Así señores jueces y magistrados actúa la viveza criolla "de los compradores..." (Las negrillas y lo subrayado son mías). "Por lo cual pide que se les impongan las sanciones máximas por el delito de injurias calumniosas y calumniosas graves, tipificado en el articulo 490 numerales 2 y 3 y 491 del Código Penal, y se les condene al pago de los daños y perjuicios que ascienden a ciento cincuenta mil dólares americanos.

El 6 de febrero de 2013, el Juzgado Octavo de Garantías Penales de Pichincha, dictó sentencia declarando la culpabilidad de Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez, con base en el articulo 495 del Código Penal, imponiéndole la pena de tres meses de prisión, con costas procesales en la cantidad de ciento cincuenta dólares americanos y daños y perjuicios; fallo del cual, el agraviado como los procesados, interponen recurso de apelación.

Mediante sentencia dictada el 17 de abril de 2013, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, niega el recurso de apelación del querellante y acepta el recurso de apelación de los querellados, reforma el fallo subido en grado, revoca la sentencia condenatoria del Tribunal *a quo* y dicta sentencia absolutoria ratificando el estado de inocencia de Juan Antonio Chávez Pesantez, Teobaldo Efraín Chávez Pesantez, José Benjamín Chávez Pesantez, Manuel Jesús Salomón Chávez Pesantez y Rosa Margarita Chávez Pesantez; fallo del cual, Alex Fernando Larenas Schettini, acusador particular, interpone recurso de casación.

Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

COMPETENCIA: Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en virtud del artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio del 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y de las

Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013, de 22 de julio del 2013 y No. 04-2013 de 22 de julio del 2013. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa, el doctor Paúl Íniguez Rios, Juez Nacional Ponente; la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; y, doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.

VALIDEZ PROCESAL: En el trámite del recurso de casación, no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de lo actuado.

FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN FUNDA-MENTACIÓN DEL RECURSO: En la audiencia oral, pública contradictoria, el Dr. Larenas Schettini Alex Fernando por propios derechos, fundamentó el recurso de casación manifestando que:

- a) No existe la debida motivación de acuerdo a lo que ordena el articulo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el articulo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en la parte resolutiva, expresa que no se hace mención a la prueba material aportada por la parte acusadora, es decir existe una incoherencia, ya que en la parte expositiva y considerativa se hace mención al documento injurioso, sin embargo en la parte resolutiva de la sentencia se habla exclusivamente de que no se ha aplicado el principio de contradicción.
- b) La sentencia reconoce de que el perito tenía la obligación de comparecer a juicio, y sin embargo, no se menciona que se ha violado el debido proceso, por cuanto se lo deja al acusador particular en total estado de indefensión, ya que no se aplica el principio de contradicción si es que el perito como ordena la ley de conformidad con el artículo 76 literal j) de la Constitución, no asiste.
- c) No se menciona el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, en el cual para el reconocimiento del lugar de los hechos, se levantó un acta, la cual no fue firmada por los querellados de acuerdo en lo que consta en las fojas 558 de las tablas procesales.
- d) La notificación que se hizo al perito para que comparezca a la audiencia final, consta a fojas 567 del proceso, por lo cual al no comparecer el perito a la audiencia final, el querellante queda en estado de indefensión, ya que aducen de que no se ha presentado prueba material constante a fojas 16, 17, 566 del proceso y también a fojas 558 del proceso. e) Se casa la sentencia venida en grado y en su





defecto que se declare la nulidad desde la audiencia final que se empezó en primera instancia.

## CONTESTACIÓN DE LOS QUERELLADOS:

El Dr. Alcívar Bustos Ávila, a nombre de los querellados contesta el recurso de casación, exponiendo que:

- a) El articulo 349 del Código de Procedimiento Penal, señala que la fundamentación tenia que haber sido encaminada a la demostración de que se ha violado la ley en la resolución emitida por la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
- b) Cuando se realizó esta audiencia el señor Dr. Fernando Larenas aceptó claramente que no compareció el perito a la audiencia de juzgamiento en el juzgado de primera instancia, considerando que este perito o este testigo tenía que estar indefectiblemente presente, señala que era su obligación, una condición sine quanon, que esta plasmada en la Constitución, que esta plasmada en el Código Orgánico de la Función Judicial; argumenta que no se puede valorar la prueba de un documento en el cual esta la firma de un perito, el cual debió haber concurrido a la audiencia de juzgamiento, para cumplir con los principios de inmediación y contradicción.
- c) El señor Fernando Larenas en la fundamentación, en un alegato que envía al señor Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha, dice lo siguiente: finalmemte el hecho de que el perito no haya comparecido a la audiencia final, no significa que el informe del señor perito no tenga validez, ya que conformidad con el articulo 83 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debidamente pedida, ordenada y práctica tiene plena validez'; señala que significa que consta instrumento en el que el acepta, pero se equivoca porque esta no es materia civil, sino penal, la cual se maneja en base a principios articulados de leyes pertinentes; si es que el señor Presidente de la Corte Provincial, y la Sala en conjunto hubiesen dado la validez a eso habría quedado en indefensión, porque nunca se tuvo la oportunidad de preguntarle ni hacerle un contra examen al perito; de tal manera que la sentencia del Señor Presidente de la Sala de la Corte Provincial no violó la ley en ninguna de sus parte, mas bien la enmendó, ya que en la sentencia de primera instancia, allí si se estaba violando la ley, al no tomar en cuenta el principio de contradicción e inmediación.
- d) No existe injurias al Dr. Fernando Larenas y señala que han ratificado el respeto por el señor

doctor, porque estas palabras fuertes, eso si, son dirigidas a Jaqueline Vargas y Fabricio Capelo, y tomando en cuenta el articulo 500 del Código Penal, los jueces nunca devolvieron los escritos porque no consideraron que existía injuria.

e) La fundamentación de la Corte Provincial de Justicia en la sentencia es absolutamente clara y esboza todos los elementos que exige la ley y la Constitución. Señala que la sentencia esta debidamente fundamentada, porque en ella se llega a cumplir con los principios establecidos en la Constitución y Código Orgánico de la Función Judicial, estos son los de contradicción e inmediación, por lo cual solicita se rechace el recurso de casación.

**RÉPLICA:** El Dr. Fernando Larenas, en ejercicio del derecho a la réplica, señala que:

- a) El juez en la audiencia final, en el momento que el perito no compareció a la audiencia, a pesar de que la norma constitucional lo obligaba a comparecer a juicio, no debió haber tomado en cuenta el informe porque ella implicó la violación del debido proceso, al no poderse aplicar el principia de contradicción, si el perito no se encontraba.
- b) La Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha debía declarar la nulidad, porque se esta violando el debido proceso, al momento en que el juez de primera instancia dio inicio a la audiencia final, lo cual acarrea la responsabilidad absoluta del señor juez; por lo tanto, lo que, se discute es la violación de alguna norma constitucional, par lo tanto la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha debió contener esto, invocando el principia de contradicción, porque se admite la obligación del perito de comparecer, pero no se dice nada de lo que se ha violado en el proceso.
- c) Los acusados no firmaron el acta de reconocimiento del lugar de los hechos que consta a fojas 555, existe informe pericial que consta a fojas 558, la cual no fue impugnada por la parte acusada.
- d) Se esta violando la norma constitucional, es decir, el debido proceso contemplado en el articulo 76 de la Constitución, el artículo 82 que da la seguridad jurídica en cuanto a las sentencias, y la garantía del buen nombre de las personas contemplado en el artículo 66.18 de la Constitución, por lo que solicita se case la sentencia por haberse violado el debido proceso, o en su defecto que se declare la nulidad desde la audiencia final de juzgamiento de primera instancia.

### EL RECURSO DE CASACIÓN

El tratadista español Andrés de la Oliva Santos,



respecto del recurso de casación, dice: "El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley" (Derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, pág. 623), de este concepto se infiere, que para la procedencia del recurso de casación, es necesario que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, esto es, que se precise la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis determinadas en la ley. La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, esta sometida a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada.

En tal virtud, el recurso de casación penal constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo por objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2 literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece:

"toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley".

La jurisprudencia ecuatoriana, sobre la procedencia del recurso de casación penal, se ha pronunciado en los siguientes términos: "...Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La violación del precepto no debe buscarse en la

parte motivada de la sentencia, sino en la parte dispositiva que es la que contiene la decisión definitoria. De otro lado, necesario es destacar que por cuanto la casación no es un recurso ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del caudal de la causa. En lo atinente a la apreciación de la prueba, tener presente que la sana crítica no está sujeta a una escala valorativa, por lo cual no puede sustentarse un recurso casación en supuesta violación de su normativa." (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 186.). No hay otra causa que sustente la procedencia del recurso, puesto que, en virtud del principio de taxatividad, solo la ley determina los motivos para su procedencia.

EL DELITO DE INJURIAS: Es necesario, referirnos a lo que constituye el delito de injurias; es uno de los delitos contra el honor, que consiste básicamente en ejecutar una acción o emitir una expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, pero solamente serán tales, aquellas accioneso expresiones que sean consideradas públicamente como graves. En caso de que las injurias sean graves y se haya manifestado públicamente supondrá un agravamiento de la pena por este delito.

Si las injurias consistirían en la imputación de hechos que no se consideran graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, sin perjuicio de que con posterioridad las personas que las hayan emitido, prueben el contenido verídico de las injurias, en ese caso quedarían exentos de responsabilidad sus autores y participes por este delito.

En el artículo 66.18 de la Constitución de la República, se reconoce y garantiza a las personas: "El derecho al honor y al buen nombre (...)", el delito de injuria atenta contra estos derechos, de tal manera que merece un juicio de reproche cuando la conducta de acuerdo a las circunstancias que rodean al hecho, se adecúe al tipo penal prestablecido.

En nuestra legislación, el delito de injuria, se encuentra regulado en los artículos 489 al 502 del Código Penal Sustantivo, esta puede ser, calumniosa y no calumniosa; las primeras consisten en la falsa imputación de un delito y la segunda cosiste en cualquier expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona o cualquier acción ejecutada con el mismo objeto,





y puede ser, grave cuando se imputa un vicio o falta de moralidad, que pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses de la persona ofendida, las imputaciones que son consideradas en el concepto público como afrentosas, las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias de la persona ofendida y de la persona ofensora; por fin, las bofetadas, puntapies u otros ultrajes de obra; leve cuando se atribuye a una persona hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometen la honra de la persona injuriada.

El autor argentino Edgardo Donna en su libro Derecho Penal. Parte Especial, señala respecto de la injuria lo siguiente: "El fundamento radica en la vulneración al honor objetivo. Si bien estos sujetos pasivos en algunos supuestos no podrán comprender el carácter deshonrante de la expresión inferida, esta podrá. constituir un descrédito, afectando su reputación frente a los demás". Por tal razón la comprensión del carácter de vulneración del honor debe ser probado de tal manera, que no admita cuestionamiento en cuanto a la comprobación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, y a la sanción impuesta.

### ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

PRIMERO: El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal establece las causales cuando procede el recurso de casación, así cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que la ley expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de una norma: "(...) cuando se aplica una norma legal de manera errónea a determinado caso. Hay aquí una norma (la defectuosa) aplicada y una norma (la correcta) que se ha dejado de aplicar."; y, errónea interpretación se da cuando por interpretar la norma de derecho material que se encuentra oscura e incompresible, se llega a una interpretación distinta a su verdadero sentido. En este contexto, corresponde analizar las alegaciones de la parte recurrente planteadas en la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación.

**SEGUNDO:** El casacionista por medio de su abogado, considera que se ha violentado lo que expresamente determina el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador,

en concordancia con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, al no existir la debida motivación. Al respecto, cabe mencionar que esta norma no puede alegarse de transgredida en el presente caso, puesto que, la sentencia de apelación, cumple con las exigencias legales y constitucionales, encontrándose debidamente motivada, sin que se haya violentado dicha norma. En virtud del argumento que antecede, se determina que la sentencia objeto de casación, cumple con los requisitos formales que exige el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, es congruente, ya que se encuentran articuladas, la parte expositiva, considerativa y resolutiva, sin que incurra en carencia de requisitos. Respecto de la violación que del Código de Procedimiento Penal, y 76 literal j) de la Constitución, no se ha precisado por cuales de las causales se han dado las transgresiones alegadas; sin embargo, es pertinente por efectos de la motivación revisar si existe o no vulneraciones legales en la sentencia recurrida. El artículo 83 ibídem establece "Legalidad de la prueba. La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medida que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito", no se refiere del proceso, ni de la sentencia dictada por el tribunal de apelación que existan pruebas que no hayan sido legalmente actuadas, el recurrente ha hecho mención a la probatoria constante de foja 558, alegando que los querellados no la han firmado, tratándose de un escrito mediante el cual el perito comunica y entrega a la Jueza Octava de Garantías Penales de Pichincha, la pericia para ser realizada, par lo cual, los querellantes no tenían razón alguna para firmar, ya que no era su obligación hacerlo, careciendo de sustento esta alegación. En cuanto a la alegación, de que se ha violado el artículo 76 literal j) de la Constitución, el mismo establece: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo", no obra del expediente que exista violación al debido proceso,



ya que tratándose de un delito de acción penal privada, la iniciativa la tienen los sujetos procesales (querellante y querellada), sin que haya alegación planteada, por lo que, el querellante no ha estado de indefensión.

**DECISIÓN:** Al tenor de lo previsto por el articulo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y** 

LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el Dr. Fernando Larenas, por cuanto no se ha demostrado ninguno de los preceptos contenidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.- Actúe la doctora Silvia Jácome Jiménez, en calidad de Secretaria Relatora (e).- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.



# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA





## II

# Resolución nro. 107-2014 Juicio nro. 1279-2013

Juicio penal por injurias propuesto por Mentor Viterbo Huilca Cobos y otros, contra Mario Merino Verdezoto López y otros

### SÍNTESIS

Mentor Viterbo Huilca Cobos y otros, Concejales del Gobierno Autónomo del cantón Chillanes, presentan denuncia de los hechos acaecidos el 25 de septiembre del 2012, cuando los mencionados concejales concurrieron al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Bolívar a una audiencia preparatoria de juicio y dictamen Fiscal por el delito de peculado, seguido contra José Trujillo Mena, Alcalde del cantón y otros funcionarios; previo a la instalación de la audiencia, el indicado Alcalde había movilizado a un gran número de personas, quienes empezaron a proferir expresiones como: "abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, vagos, les vamos a dar boyero". Los querellantes formularon acusación particular contra Mario Verdezoto López y otros, ante el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Bolívar, que rechaza la acusación particular planteada. Las partes procesales interponen recurso de apelación, ante la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Bolígvar, que rechaza los recursos interpuestos. La procuradora común de los querellados deduce recurso de casación ante la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, que declara improcedente el recurso interpuesto.

### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE BOLÍVAR. Guaranda, lunes 22 de abril de abril del 2013, las 08h38.

VISTOS: Que los señores, Cobos Zavala José Amado, Egas Velasco Carmen Isabel, Huilca Cobos Mentor Viterbo, Ibarra Arboleda Jaime Noé, Pérez Cadme Eduardo Cristóbal, domiciliados en Chillanes, provincia de Bolívar, concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado de dicho cantón, conforme se encuentra justificado, comparecen con su escrito de acusación particular, constante a fojas 1 a 18 y, de la relación circunstanciada de los hechos se tiene conocimiento. 2. Los acusados responden a los nombres de: Barrigas Tenenuela Adrián Danilo, Borja Cabeza Mery Raquel, Gonzalvo Pacheco Luis Edison, Guamán Paguay Leonor Maribel, Mesías Gavilanes Orlando Danilo, Moyano Jaramillo María Elena, Pinos Cabezas Marco Vinicio, Sánchez Andachi Elisa Raquel, Silva Ibarra Kléver Fernando, Velasco Rodríguez Edwin Estuardo, Verdezoto López Mario Merino, Verdezoto Rodríguez José Luis, Guamán Paguay Leonor Maribel y Sánchez García Sandra Elizabeth y José Luis Verdezoto Rodríguez; 3. La infracción que acusamos es: el martes 25 de septiembre del 2012, 10h09 aproximadamente, los acusadores de nuestras respectivas calidades de concejales urbanos y rurales de Chillanes, concurrimos al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, ubicada frente al parque Central de Guaranda, calle García Moreno entre Convención y Sucre, cuyo titular Dr. Guido Campana convocó para ese día y hora a la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen fiscal dentro de una instrucción fiscal que por delito de peculado se sigue, en contra del Lic. José Ramiro Trujillo Mena (a esa fecha alcalde de dicha municipalidad) y en contra de otros funcionarios de dicha Institución, proceso nro. 02100-2012-0028, audiencia oral y pública a la que concurrimos como ciudadanos y como concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes. Previa a la instalación de dicha diligencia, el entonces alcalde de Chillanes había



efectuado y conseguido la movilización de un numeroso grupo de ciudadanos de varios sectores rurales del cantón Chillanes, así como de un significativo número de empleados y trabajadores de la Institución municipal, quienes inicialmente efectuaron vivas o expresiones de respaldo al entonces alcalde, habiendo ingresado al despacho de la presidencia de Bolívar un número aproximado de 30 personas simpatizantes del entonces alcalde y habían ingresado también un número de 10 personas del sector urbano de Chillanes, en tanto que en los alrededores de la puerta de ingreso principal a la Corte de Justicia se apostaron un significativo número de seguidores o simpatizantes del entonces alcalde. Mientras se desarrollaba la audiencia pública inicialmente las expresiones de los seguidores del alcalde fueron expresiones en su respaldo, pero luego de pocos instantes los acusados, desde la puerta de ingreso a la Corte Provincial, que se encontraba bajo fuerte resguardo policial, entre otras expresiones injuriosas proferidas en contra de los comparecientes, expresaron: "abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo sinvergüenzas, corruptos traicioneros, les vamos a dar boyero"; diatribas que eran reiteradamente profesadas por los prenombrados acusados, observado por nosotros como los dirigentes o cabecillas del grupo de ciudadanos a quienes arengaban para que continúen profiriendo las antes indicadas expresiones injuriosas, en contra de los comparecientes. Las referidas injurias fueron reiteradamente proferidas mientras se desarrollaba la indicada diligencia judicial materia de nuestra acusación, así como fueron proferidas en momentos posteriores a hecho acusado, esto es fueron expresadas también cuando se produjo un receso, como fueron proferidas también al momento de conclusión de la indicada audiencia; injurias que fueron proferidas en un lugar público y en presencia de un número muchísimo superior a 10 personas, imputaciones proferidas, consideradas como afrentosas en el concepto público; constituyen imputaciones de falta de moralidad cuyas consecuencias perjudicaron considerablemente nuestro honor, nuestro buen nombre, nuestra dignidad, crédito e intereses, imputaciones que merecen la calificación de graves, atendiendo nuestra condición de dignatarios de elección popular, que con el procedimiento de dichas injurias graves no calumniosas fuimos públicamente injuriados sin que minguo (sic) de nosotros hubiéramos

proferidos expresión alguna en respuesta a las múltiples injurias y agravios recibidos, sino que en actitud de respeto a la autoridad y al sitio que nos encontrábamos, así como a la multiplicidad de ciudadanos de Guaranda y Chillanes, que observaban el desarrollo de los hechos, nos limitamos solamente a pedir que se sirvan tomar en cuenta o constar el agravio atroz del que habíamos sido víctimas de manera injusta e injustificada. Como el hecho relatado constituye delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en el Inc. final del art. 489 del Código Penal, tipificado en los numerales 1, 2 y 3 del art. 490 del C. Penal y reprimida por el art. 495 ibídem. Por tratarse de injurias proferidas en las circunstancias previstas en el art. 491 del mismo C.P. Por haber sido proferidas en un lugar público y en presencia de más de 10 personas, sin que ninguno de nosotros hubiéramos proferido expresión alguna en respuesta a las múltiples injurias recibidas; como el hecho relatado constituye el delito de injurias no calumniosas graves, tipificado en el inciso final del art. 489, en los numerales 1, 2 y 3 del 490, 491 y reprimido por el art. 459, ibídem, nos querellamos civil y penalmente en contra de los prenombrados acusados, para que en sentencia previo el trámite de ley, sean condenados a la pena máxima de 6 meses de prisión correccional, en el Centro de Rehabilitación Social de Guaranda, así como para que sean condenados a una indemnización, como de las costas judiciales entre las que se regulará el honorario de nuestro abogado, conforme la ley de abogados y sean obligados al pago de una pública disculpa a favor de los comparecientes; protestamos formalizar nuestra acusación particular. Por sorteo correspondió a este Juzgado el conocimiento de la querella penal y por reunido los requisitos de ley, se la aceptó al trámite correspondiente y, citarse a los querellados, los mismos que comparecen, conforme consta a fs. 27; 30 a 46; 49 y 50; 52, 53, 54; así como, por lo dispuesto en los artículos 372 y 373 del Código de Procedimiento Penal, reformado, publicado en el R.O. # 555, de 24 de marzo 2009, se dispuso la apertura a prueba, por el plazo legal, de seis días, para que las partes presenten todas las que estimen pertinentes, y anuncien los testigos, que deben comparecer a la audiencia; y, concluida la etapa de prueba, a fs. 64; 197 a 250, se convocó para que tenga lugar la mencionada audiencia final, con la comparecencia de las partes, del Dr. Eduardo González Tejada, juntamente con sus defendidos señores: Egas Velasco Carmen





Isabel, Ibarra Arboleda Jaime Noé, Pérez Cadme Eduardo Cristóbal; el Dr. Bolívar Ulloa Purcachi, defensor de los señores: Barrigas Tenenuela Adrián Danilo, Borja Cabeza Mery Raquel, Gonzalvo Pacheco Luis Edison, Guamán Paguay Leonor Maribel, Moyano Jaramillo María Elena, Pinos Cabezas Marco Vinicio, Sánchez Andachi Elisa Raquel, Silva Ibarra Kléver Fernando, Velasco Rodríguez Edwin Estuardo, Verdezoto López Mario Merino, Verdezoto Rodríguez José Luis; el Dr. Luis Guzmán Rochina, juntamente con su defendida Guamán Paguay Leonor Maribel; el Dr. Antonio Medardo Naranjo Camino juntamente con su defendida, Sánchez García Sandra Elizabeth, al efecto siendo el día y hora señalados se da por iniciada la misma, previamente el señor Juez, sugiere a las partes alguna conciliación para dar fin a la presente causa, una vez escuchadas las partes y como NO ha existido predisposición de conciliar conforme lo escuchado, se dispone continuar con esta diligencia y se concede la palabra a la parte querellante, para que formalice su acusación, presente testigos y demás diligencias anunciadas en la etapa de prueba. Al respecto dice: en cumplimiento de lo dispuesto en el Inc. 2 del art. 373 del C.P.P., formalizamos nuestra acusación: 1. Los nombres de los acusadores son los de: Cobos Zavala José Amado, Egas Velasco Carmen Isabel, Huilca Cobos Mentor Viterbo, Ibarra Arboleda Jaime Noé, Pérez Cadme Eduardo Cristóbal, domiciliados en Chillanes provincia de Bolívar, concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado de dicho cantón, conforme se encuentra justificado. 2. Los acusados responden a los nombres de: Barrigas Tenenuela Adrián Danilo, Borja Cabeza Mery Raquel, Gonzalvo Pacheco Luis Edison, Guamán Paguay Leonor Maribel, Mesías Gavilanes Orlando Danilo, Moyano Jaramillo María Elena, Pinos Cabezas Marco Vinicio, Sánchez Andachi Elisa Raquel, Silva Ibarra Kléver Fernando, Velasco Rodríguez Edwin Estuardo, Verdezoto López Mario Merino, Verdezoto Rodríguez José Luis, Guamán Paguay Leonor Maribel, Sánchez García Sandra Elizabeth y José Luis Verdezoto Rodríguez; 3. La infracción que acusamos es: el martes 25 de septiembre del 2012, 10h09 aproximadamente, los acusadores de nuestras respectivas calidades de concejales urbanos y rurales de Chillanes, concurrimos al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, ubicada frente al parque Central de Guaranda, calle García Moreno entre Convención y Sucre, cuyo

titular Dr. Guido Campana convocó para ese día y hora a la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen fiscal dentro de una instrucción fiscal que por delito de peculado se sigue, en contra del Lic. José Ramiro Trujillo Mena (a esa fecha alcalde de dicha municipalidad) y en contra de otros funcionarios de dicha institución, proceso nro. 02100-2012-0028, audiencia oral y pública a la que concurrimos como ciudadanos y como concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes. Previa a la instalación de dicha diligencia, el entonces alcalde de Chillanes había efectuado y conseguido la movilización de un numeroso grupo de ciudadanos de varios sectores rurales del cantón Chillanes, así como de un significativo número de empleados y trabajadores de la Institución municipal, quienes inicialmente efectuaron vivas o expresiones de respaldo al entonces alcalde, habiendo ingresado al despacho de la presidencia de Bolívar un número aproximado de 30 personas simpatizantes del entonces alcalde y habían ingresado también un número de 10 personas del sector urbano de Chillanes, en tanto que en los alrededores de la puerta de ingreso principal a la Corte de Justicia se apostaron un significativo número de seguidores o simpatizantes del entonces alcalde. Mientras se desarrollaba la audiencia pública inicialmente las expresiones de los seguidores del alcalde fueron expresiones en su respaldo, pero luego de pocos instantes los acusados, desde la puerta de ingreso a la Corte Provincial, que se encontraba bajo fuerte resguardo policial, entre otras expresiones injuriosas proferidas en contra de los comparecientes, expresaron: "abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo sinvergüenzas, corruptos traicioneros, les vamos a dar boyero"; diatribas que eran reiteradamente profesadas por los prenombrados acusados, observado por nosotros como los dirigentes o cabecillas del grupo de ciudadanos a quienes arengaban para que continúen profiriendo las antes indicadas expresiones injuriosas, en contra de los comparecientes. Las referidas injurias fueron reiteradamente proferidas mientras se desarrollaba la indicada diligencia judicial materia de nuestra acusación, así como fueron proferidas en momentos posteriores a hecho acusado, esto es fueron expresadas también cuando se produjo un receso, como fueron proferidas también al momento de conclusión de la indicada audiencia; injurias que fueron proferidas en un lugar público y en



presencia de un número muchísimo superior a 10 personas, imputaciones proferidas, consideradas como afrentosas en el concepto público; constituyen imputaciones de falta de moralidad cuyas consecuencias perjudicaron considerablemente nuestro honor, nuestro buen nombre, nuestra dignidad, crédito e intereses, imputaciones que merecen la calificación de graves, atendiendo nuestra condición de dignatarios de elección popular, que con el procedimiento de dichas injurias graves no calumniosas fuimos públicamente injuriados sin que minguo (sic) de nosotros hubiéramos proferidos expresión alguna en respuesta a las múltiples injurias y agravios recibidos, sino que en actitud de respeto a la autoridad y al sitio que nos encontrábamos, así como a la multiplicidad de ciudadanos de Guaranda y Chillanes, que observaban el desarrollo de los hechos, nos limitamos solamente a pedir que se sirvan tomar en cuenta o constar el agravio atroz del que habíamos sido víctimas de manera injusta e injustificada. Como el hecho relatado constituye delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en el Inc. final del art. 489 del Código Penal, tipificado en los numerales 1, 2 y 3 del art. 490 del C. Penal y reprimida por el art. 495 ibídem. Por tratarse de injurias proferidas en las circunstancias previstas en el art. 491 del mismo C.P. por haber sido proferidas en un lugar público y en presencia de más de 10 personas formalizamos nuestra acusación particular por la indicada infracción en contra de los acusados cuyos nombres y apellidos hemos determinado, en orden a que previo el trámite de ley, sean condenados a la pena máxima de 6 meses de prisión correccional, en el CRSG, así como para que sean condenados a una indemnización, así como de las costas judiciales entre las que se regulará el honorario de nuestro abogado, conforme la ley de abogados y sean obligados al pago de una pública disculpa a favor de los comparecientes en los términos previstos en el C.O.F.J. Solicito que se tome debida cuenta al momento de resolver y sean reproducidos en nuestro favor todos y cada uno de los documentos que fueron adjuntados por nosotros al expediente en el anuncio de prueba. En atención al anuncio de prueba en escrito de fs. 67 y vta. Solicitamos señor Juez disponga en esta audiencia se reciban las declaraciones juramentadas de los señores: Darwin Iván Sánchez Paguay, Darwin Geovanny Lema Reinoso, Inés Yolanda Tarqui López, Martha Beatriz Reinoso Quinatoa, en la forma prevista en el inc. 2 del

art. 373, del C.P.P. Así como que se repregunte a los testigos que llegare a denominar la parte acusada. El Juzgado, una vez escuchados la formalización de la acusación particular así como presentado testigos ya referidos se dispone que comparezcan los mismos, en lo demás de su exposición se tendrá en cuenta oportunamente. En este estado se recibe la declaración del señor, DARWIN IVÁN SÁNCHEZ PAGUAY, de 38 años de edad, estado civil divorciado, y domiciliado en el cantón Chillanes, católico, en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, y que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: yo, como ciudadano salí el día martes 25 de septiembre a ver qué es lo que pasaba con el juicio de peculado que tiene el Lic. Trujillo, estábamos fuera de la Corte y ahí fue el momento del ingreso de la audiencia, el momento que salían al receso y el momento que nuevamente entraron fueron las palabras que decían que son concejales ladrones, corruptos, ratas, que van a meterles boyero, y entre ellos era el señor Mario Verdezoto, Marco Pinos, Edwin Velasco, Adrián Barrigas, Danilo Mesías, Luis Gonzalvo, Raquel Sánchez, Sandra Sánchez, Leonor Guamán, Mery Borja, entre otros que no me acuerdo, también Kléver Silva, eso es lo que puedo decir. En este estado el Dr. Bolívar Ulloa, hace las siguientes preguntas: 1. Diga el lugar exacto donde permaneció usted el 25 de septiembre del 2012, aclara a las 10h00. R. Yo vine a las 7 de la mañana de Chillanes más o menos y en aquel tiempo era la Corte al lado del parque, ahí permanecí como ciudadano, y más o menos se terminó a las cuatro de la tarde. 2. Al finalizar su testimonio manifestó también era el señor Kléver Silva, por favor indique quién es esa persona. R. Es un señor de Tablas Pamba. 3. El señor Kléver Silva, donde permaneció el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00. R. Ahí con el grupo que gritaba incluso yo estaba con el concejal Pérez, porque él no entró a la audiencia y ahí nos gritaban a todos los que estábamos a éste lado. Se concede la palabra al Dr. Luis Guzmán para repreguntas. A la 1. Diga el testigo si el martes 25 de septiembre del 2012, a partir de las 10h00 tomó contacto con todos los concejales del cantón Chillanes. R. Al comenzar la audiencia no me acuerdo con quien no más saludaría, pero lo que estuve es con el concejal Pérez el rato que estaban en la audiencia. 2. En el testimonio principal entre los acusados a mi defendida señora





Leonor Guamán, le pregunto, describa en qué lugar exacto se encontraba la referida persona, en el edificio de la Corte Provincial de Justicia Provincial de Bolívar. R. No estaban en la Corte estaban en la parte de abajo, los que gritaban estaban en la parte de abajo. 3. Describa las prendas de vestir que llevaba la señora Leonor Guamán el 25 de septiembre del 2012 a las 10h00. R. No recuerdo. Se concede la palabra al Dr. Antonio Naranjo Camino, para repreguntas y dice: 1. Conoce a la Lic. Sandra Sánchez García. R. Claro que sí. 2. Se encuentra en esta sala. R. Sí, es la que está alado suyo. 3. Indique que si el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00 se encontraba presente la Lic. Sandra Sánchez García en las afueras del Palacio de Justicia, o en la Presidencia de la Corte de Justicia. R. Ese día ella salió a Ambato, ese día a las diez exacto no estaba, ella después de las diez estaba ahí. 4. A qué hora exacta usted le vio a la Lic. Sandra Sánchez García. R. Ella se unió en el momento del receso más o menos de doce a una de la tarde, porque a las diez no estaba ahí. 5. Indique la hora exacta donde se produjo las injurias de parte de los acusados a los señores concejales. R. Repito, era el momento en el ingreso a la audiencia, en el momento de la salida al receso, y al ingreso nuevamente a la audiencia, es lo que puedo decir, no estado presto para decir que soy testigo para anotar la hora. 6. Indique si observó personalmente si la Lic. Sandra Sánchez García injurió a los señores Concejales. R. Yo estaba ahí. 7. Indique si la Lic. Sandra Sánchez García gritaba injurias en forma personal o con el grupo. R. Personal y con el grupo. 7. Repítanos las expresiones exactas que profirió. Califica de improcedente. Declaración del señor LEMA REINOSO DARWIN GEOVANY, de 24 años de edad, soltero, nacido y domiciliado en el cantón Chillanes, católico, de instrucción secundaria, de ocupación agricultor; el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular, dice: el 25 de septiembre del 2012 era de conocimiento público que tenía el Lic. Trujillo, peculado, entre más o menos a las 10 de la mañana que nosotros salimos, y nos mantuvimos bajos de las instalaciones de la Corte de Justicia, cuando estaban pasando los señores concejales a la audiencia se encontraban varios policías resguardando el lugar de los hechos, donde el momento que estaban pasando a la audiencia comenzaron a gritar en contra de los señores concejales

que eran unos corruptos, vagos, sinvergüenzas, traicionares, ratas, ladrones, que les vamos a dar con boyero y así permanecieron diciendo con las mismas palabras en contra de los señores concejales, en el transcurso del día en los que yo avancé a escuchar en ese momento había mucha gente quien les decía de la misma forma entre los que le ofendieron son: Mario Verdezoto, Marco Pinos, Mery Borja, Elisa Sánchez, Sandra Sánchez, Elena Moyano, Adrián Barrigas, Orlando Mesías, Kléver Silva, José Verdezoto, Ángel Vinueza y Luis Gonzalvo, y mientras a lo que salían al receso, al almuerzo, se mantuvieron ofendiendo con las mismas palabras en contra de los señores concejales, y en horas de la tarde que se acabó la audiencia fueron lo mismo con las mismas palabras en contra de los señores concejales que se terminó entre las cuatro, es todo lo que puedo decir en honor a la verdad. En este estado el Dr. Bolívar Ulloa hace las siguientes repreguntas. 1. Si sabe usted por qué fue la audiencia el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10 de la mañana. R. Sí, porque era de conocimiento público que todo el pueblo lo sabía que era en contra del Lic. Ramiro Trujillo a las diez, en bajos de la Corte de Justicia, frente al parque Central, donde se encontraban resguardando los bajos muchos policías, donde se encontraban los señores concejales y a lo que estaban entrando era por peculado. 2. Donde permaneció usted el martes 25 de septiembre 2012 a partir de las diez horas. R. Bajos de las instalaciones de la Corte Provincial de Justicia frente al parque Central de Guaranda. 3. Quién se encontraba junto a usted el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00. R. Como era de conocimiento público me encontraba junto a otros quien querían saber qué es lo que pasaba como ciudadanos que somos, amigos el pueblo mismo, y que como había un sin número de personas, pero no tengo los nombres. 4. Si usted contesta que estaba un sin número de personas y que es imposible reconocer por qué reconoce a los enjuiciados. Objeción aceptada y reformula. Por qué identifica la presencia de los enjuiciados en el lugar de los hechos. R. Porque ahí estaban de todas muchas personas, entre los que conozco y se los nombres en un sin número que había y entre otros más. 5. De las personas enjuiciadas el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00 si permanecieron juntos. R. Objeción aceptada. 6. Si de las personas enjuiciadas por los hechos que motivan este juicio el martes 25 de septiembre del 2012



permanecieron juntos. R. Como había un sin número de gente entre los que yo les reconocí que estaban en contra de los señores concejales, no sé si estaban juntos como había gran cantidad de gente. 7. En la querella penal dice que inicialmente los seguidores del alcalde efectuaron vivas o expresiones de respaldo; por favor repita estas expresiones de vivas o respaldo. R. Objeción negada. R. Si había respaldo a favor del Lic. Trujillo, decían Ramiro las comunidades están contigo. 8. Al contestar al interrogatorio principal, manifiesto cuando pasaban los señores concejales a la audiencia, por favor diga los nombres y apellidos de los señores concejales que ingresaron a dicha audiencia. R. Como era de conocimiento que el pueblo lo sabía, los nombres son Amado Cobos, Carmen Egas, Eduardo Pérez. Noé Ibarra, Mentor Huilca. 9. Al contestar la pregunta principal, dice había mucha gente, entre los que dijeron son, y detalla los nombres de los enjuiciados, a más de ellos quienes más lanzaron las consignas en contra de los señores concejales. R. Entre otros más, como habían muchos no pude identificar. 10. Como en forma reiterativa manifiesta que había muchas personas, cuántas personas más o menos había en dicho lugar. R. Más o menos ha de ver estado unas quinientas personas. 11. Si la audiencia realizada el martes 25 de septiembre de 2012 a partir de las 10h00 fue el señor alcalde Ramiro Trujillo en contra de los señores concejales o viceversa. Improcedente. Repreguntas de parte del Dr. Luis Guzmán. 1. Diga el testigo donde permaneció todo el tiempo que duró la audiencia de peculado, en el edificio de la Corte Provincial de Justicia el 25 de septiembre de 2012, esto es junto, cerca o lejos de las personas que hacían consignas en contra de los concejales. R. Bajo las instalaciones, cerca a los sin número de gente, frente al parque Central de Guaranda. 2. En la versión principal manifiesta que había aproximadamente 1000 personas, diga el testigo como pudo identificar únicamente a 14 personas entre ellas a los que ha mencionado en su versión principal. Improcedente, reformula la pregunta. Diga el testigo si el 25 de septiembre 2012 conversó con todos los concejales del cantón Chillanes. Objeción, improcedente. 3. A qué distancia del grupo de manifestantes permaneció usted el 25 de septiembre de 2012. Improcedente por indicar una pregunta generalizada al indicar a qué distancia se encontraba de los manifestantes, sin precisar cuando estaba, que estaban en contra del alcalde y en pro del alcalde. El Dr. Antonio

Naranjo Camino hace repreguntas. 1. Indique usted si el martes 25 de septiembre de 2012 a partir de las 10 de la mañana a qué hora exacta se encontraba la Lic. Sandra Sánchez García en las afueras del Palacio de Justicia de Bolívar. R. A la misma hora que dice, a las diez de la mañana. 2. Se encontraba el señor concejal Eduardo Cristóbal Pérez Cadme, se encontraba en las afueras del Palacio de Justicia, o en la presidencia donde se desarrollaba la audiencia por peculado. R. Se encontraba en las afueras. 3. De qué manera pudo usted identificar a la Lic. Sandra Sánchez en la multitud. R. En la vos y porque le conozco. 4. Al lado de qué otros acusados se encontraban la Lic. Sandra Sánchez García. R. Al lado de un sin número de gente, pero no puedo concretar quien estaba al lado en ese momento. 5. Al lado de qué otro acusado se encontraba la Lic. Sandra Sánchez. R. Se encontraba al lado de un sin número de gente. En este momento amplía que también se encontraba Edwin Velasco, es todo lo que puedo decir. Declaración de la señora, INES YOLAN-DA TARQUI LÓPEZ, de 43 años de edad, casada, ecuatoriana, domiciliada en el cantón Chillacatólica, de instrucción primaria, ocupación quehaceres domésticos; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular, dice: el martes 25 de septiembre de 2012 a las 10h09 minutos, cuando ingresamos nosotros acá a la Corte, escuché que les gritaban a los señores concejales diciéndoles abajo concejales corruptos, abajo concejales sinvergüenzas, traicioneros, ladrones, ratas, les vamos a mandarles dando con un boyero, luego se mantenían gritando en la puerta de la Corte, luego salimos a un receso, y de igual manera diciéndoles así a los señores concejales, los señores mencionados eran el señor Mario Verdezoto, Mario Pinos, Nelly Borja, Leonor Guamán, Adrián Barrigas, Kléver Silva, Danilo Mesías, Ángel Vinueza, Luis Gonzalvo, Elena Moyano, José Luis Verdezoto, ellos fueron los que les conocí, a la señorita Sandra Sánchez, Raquel Sánchez, a ellos son los que conocí en ese numeroso grupo de gente, luego así se mantenían gritando hasta que salimos en la tarde, cuando era más o menos las cuatro o cuatro y media de la audiencia, se mantenían gritando las mismas expresiones no les importaban que estaba un grupo de policías. Eso es todo. El Dr. Bolívar Ulloa hace repreguntas. A la 1. Dónde se encontraba usted y en





compañía de qué personas el martes 25 de septiembre de 2012 a partir de las 10h00. Reformula la pregunta y dice: en dónde se encontraba usted el martes 25 de septiembre de 2012 a partir de las 10h00. R. En los bajos de la Corte. 2. En companía de qué personas se encontraba usted en el día y hora indicada en la pregunta anterior. R. En compañía de unos amigos y mis hijas, Carla Yánez y Anita Yánez. 3. Diga los nombres de los amigos que se encontraban usted. R. Con la señora Elizabeth Martínez, Vicente Alarcón, con ellos vine. 4. Usted le conoce a la señora Martha Beatriz Reinoso Qinatoa (sic), Darwin Iván Sánchez Paguay y Darwin Geovanny Lema Reinoso. R. Si les conozco. 5. Si las personas indicadas en la pregunta anterior se encontraban junto a usted el 25 de septiembre de 2012 a partir de las 10h00. R. Estaban conmigo, no les he visto. 6. De las personas enjuiciadas en esta causa y que usted ha expresado sus nombres y apellidos, se encontraban juntos y en el mismo lugar. R. Si estaban en un grupito, lo que no les vi vo en la mañana es a la señorita Sandra Sánchez. 7. Cuántas personas más o menos se encontraban en el lugar de los hechos, el martes 25 de septiembre de 2012. R. Más o menos unas 200 o 300 personas que se encontraban el frente de la Corte. 8. Si sabe por qué fue la audiencia del martes 25 de septiembre de 2012 en la Corte Provincial. R. Improcedente. 9. Si sabe que la audiencia que se llevó a cabo en la Corte Provincial fue o no del alcalde en contra de los concejales o viceversa. Improcedente, por que indica contra alcalde y otras personas y viceversa, no concreta cual es la otra parte, la pregunta ya vengo reiterando, debe concretar a los hechos de esta querella, y en forma precisa y de un solo hecho para que el testigo pueda responder en forma precisa. 10. Si las expresiones que dice usted haber escuchado de todos los enjuiciados de esta acción fueron repetidos por más de 200 personas que usted dice se encontraban en el lugar. R. Porque yo más o menos les conozco a ellos. 11. A más de las expresiones que es materia de ésta acción si la multitud lanzó otras expresiones a favor del señor Alcalde de Chillanes. R. Desconozco. 13. Si sabe quiénes de los señores concejales ingresaron a la Sala de la Corte Provincial. R. Sí, Lic. Carmita Egas, Amado Cobos, Noé Ibarra, a ellos les vi que entraron. 14. Usted llegó a conocer la Sala de la Corte Provincial. R. No. Se concede la palabra al Dr. Luis Guzmán para repreguntas 1. Diga la testigo en que parte de la multitud se encontraba la señora Leonor Guamán el 25

de septiembre de 2012 a eso de las 10h00 en los bajos de la Corte Provincial de Bolívar. Frente a la Corte estaba. 2. Diga si la señora Leonor Guamán se encontraba al frente, en la mitad, o en la parte posterior de la multitud en el día, hora y lugar antes referido. R. Yo le vi que estaba en la mitad del grupo de personas que estaba ahí. 3. Diga usted si es compadre para el señor Noé Ibarra Arboleda concejal del cantón Chillanes. R. Reformula la pregunta. Diga si entre usted y el concejal Noé Ibarra Alborada (sic), son o no compadres. R. Sí, con la esposa del señor Noé Ibarra. Se concede la palabra al Dr. Antonio Naranjo Camino. 1. Indique usted si escuchó u observó las injurias proferidas por los acusados en contra de los señores concejales, el martes 25 de septiembre de 2012 a las 10h09 aproximadamente. R. Si vi. 2. Dónde se encontraba usted al momento que se produjeron las injurias el martes 25 de septiembre de 2012 a las 10h09, en las afueras del Palacio de Justicia o en la Sala de la Presidencia de la Corte Provincial. El juzgado indica ya tiene contestado. 3. A qué hora exactamente le vio a la Lic. Sandra Sánchez García el 25 de septiembre de 2012 en las afueras del Palacio de Justicia de Bolívar. R. Yo le vi más o menos de 3 a tres y media yo le vi. 4. Se encontraba el señor concejal Eduardo Cristóbal Pérez Cadme, en las afueras del Palacio de Justicia o en las afueras de la Corte. R. Estaba afuera y no entró. 5. Qué injurias profirió Sandra Sánchez García en contra de los señores concejales. R. A la parte de estaban (sic) juntamente en el grupo, estaban insultando a los señores concejales, agrediendo con esas palabras que ya mencioné que gritaban. 6. Usted mantiene o mantuvo relación de dependencia con el Municipio de Chillanes. R. Sí 7. Usted demandó al Municipio de Chillanes, por qué causa. R. Objetada por improcedente, por ajena al motivo de la litis, impertinente y ajena al motivo controvertido. 8. Qué interés tiene en la presente causa. Improcedente. Con la formalización de la acusación particular, con las alegaciones, y con los testigos presentados se concede la palabra a los acusados, quienes por intermedio de sus defensores, el Dr. Bolívar Ulloa dice: en esta etapa importante hay dos momentos, en cuanto a la formalización y presentación de pruebas; cuando formalizó la acusación la defensa de los querellantes en la relación circunstanciada de la infracción no dijo la hora de la infracción, ventajosamente el señor secretario tiene la prueba de tal manera que al no decir a qué hora fue nos hemos quedado en



un acto indeterminado, luego tenemos, no exactamente no determina el sitio de la comisión de la infracción se dice que es en la Sala de la Corte Provincial, hoy conozco que la sala funciona en este edificio, esto nos permite pensar en donde, de tal manera lo que debía haber hecho la defensa de los querellantes, en el momento que ellos creían necesario practicar la diligencia de reconocimiento del lugar de la infracción si no habido eso la acusación y la formalización ha quedado sin piso sin sustento jurídico y sin razón, luego tenemos aunque al formalizar la acusación dice que las injurias que acusa por injurias graves, que se ha cometido una infracción tipificado en el inc. final del art. 489 del C.P. Por haberse tratado de expresiones proferidas en descrédito, deshonra, y menosprecio de los comparecientes, por parte de los acusados, tipificada también en los numerales 1, 2 y 3 del art. 490 del mismo cuerpo legal, y reprimida por el art. 495 ibídem. El art. 495 se refiere a otras injurias, es decir no a las que están en el 489, 490 y 491, da lectura... de tal manera aquí hay una mezcolanza, que trata de confundir y ventajosamente la Corte Provincial la Sala Penal ha dado algunos pronunciamientos por inepta acumulación de acciones. No existe méritos para continuar de la acción, impugno la formalización de la acusación y demando a nombre de mis defendidos la indemnización de daños y perjurios que ha ocasionado con esta inepta acusación particular, más aún si tomamos en cuenta, que al inicio de la audiencia dejó demostrado la defensa de los actores es un acto de represalia en contra de mis defendidos ya hasta llegó a pronunciarse si deja que ingrese el posible alcalde dejarían este juicio solucionado, señor Juez para mi es improcedente y tiene que ser rechazada esta acción en cuanto se refiere a la formalización de la acusación; y en cuanto a la prueba le pido que disponga la práctica de la prueba testimonial y documental que presenté en el anuncio de prueba, es decir la recepción del testimonio de mis testigos, como anexamos documentación que lo reproducimos en esta oportunidad por el principio de contradicción solicito, disponga que la documentación que entregamos sea revisada por la contraparte, hecho que no ocurrió cuando formalizó la acusación particular, de tal manera que la prueba documental no surte efecto porque nosotros no revisamos ni hemos demostrado contradicción o aceptación aquella prueba documental y solicitamos, que se reproduzca todo cuanto de autos nos fuere favorable y a su vez

impugnamos la prueba testimonial de los 3 testigos que vinieron como loros, bien aleccionados de tal manera que el un testigo escuchó expresiones de injuria completamente diferente al otro, existe contradicción y lo que es más el segundo testigo reconoce a solo al que le interesa y a los otros no conoce a nadie. Es este estado se concede la palabra al Dr. Luis Guzmán y dice: Impugno la formalización de la acusación particular realizada por los querellantes de esta causa, por cuando no reúne el requisito del numeral 3 del art. 371 del C.P.P. Al momento de referirse a la relación circunstanciada de la infracción con determinación del lugar y la fecha que fue cometida manifestó que el hecho motivo de esta acción ha sido aproximadamente el 25 de septiembre de año 2012 sin especificar la hora y el lugar en la que el hecho presuntamente ha sido cometido por parte de mi defendida Leonor Maribel Guamán, a quien inclusive al momento de acusar lo incrimina por un sin número de injurias y entre ellas por las no calumniosas graves determina inclusive varios tipos penales así el art. 89, numerales 1, 2 y 3 del 490 del C.P., en concordancia con el art. 495 esta última por la cual pide que se aplique la pena correspondiente, es decir no existe un solo tipo penal establecido en el C.P., por el cual se acusa a mi defendida, pues como es de conocimiento las disposiciones antes indicadas el art. 489 del C.P., la injuria la clasifica en calumniosa y no calumniosa, según el art. 490 clasifica en graves y leves por lo tanto existe contradicción y falta de tipo penal específico por el cual ha presentado su querella y revisado la formalización de la acusación se refiere a frases o epítetos que no contienen o atenten el descrédito la deshonra el menosprecio en contra de los concejales, sino más bien se refiere a otros términos que no se pueden considerar como injurias no calumniosas graves, impugno las declaraciones testimoniales presentadas, puesto que el unió y el otro han contradicho en cuanto al hecho por el cual se encuentra presentada su acusación; debo indicar que el acusador en esta diligencia al momento de presentar la prueba solicito que se reproduzca los documentos que tiene adjuntado, menos aún puso a consideración de los acusados para hacer uso del principio de contradicción establecido en el art. Innumerado a continuación del 5 del C.P.P. A fin de que conozcamos y objetemos de ser necesario dichos documentos al que hace alusión. Conforme al anuncio de pruebas que tengo presentado dentro del plazo concedido,





solicito que a favor de mi defendida se incorpore al proceso y se reproduzca como prueba, los siguientes documentos. Certificados de antecedentes penales, de la señora Leonor Maribel Paguay no posee antecedentes penales. Adjunto certificados de honorabilidad, suscrito por personas con su respectivo reconocimiento de firma y rubrica por notarios; adjunto certificados de antecedentes penales conferidos por los juzgados de Garantías Penales de Bolívar y del Tribunal de Garantías, mi defendida no tiene antecedentes penales a excepción de esta querella, por principio de contradicción pongo en su conocimiento y de las demás partes. Con estas exposiciones, se concede la palabra al Dr. Antonio Naranjo Camino y al respecto dice. Dentro de la etapa de la procedibilidad judicial, nulidad, la formalización de la acusación expongo, se demanda injurias no calumniosas en contra de los acusados, habiendo radicado la competencia en este juzgado con fecha 14 de diciembre del 2012 y mediante providencia del 17 de diciembre del 2012, se dispone que reconozcan la querella, haciéndolo el martes 18 de diciembre del 2012 el señor Mentor Viterbo Huilca Cobos, José Amado Cobos Zavala, lo hacen los demás querellantes, luego en auto del 27 diciembre del 2012, se acepta la querella como clara y completa ordenando citar a los acusados mediante deprecatorio conforme lo indica en la querella; de fs. 23 Mentor Huilca, Carmen Egas, José Cobos, Jaime Ibarra Eduardo Pérez, presenta un escrito indicando por error mecanográfico se ha hecho constar el apellido Huelga siendo Huilca, al igual lo hace José Amado Cobos Zabala indicando que se lo hace constar con b grande cuando su apellido es con V (v pequeña), en providencia del 3 de enero del 2013, se corrige los errores en los apellidos de los acusadores y ordena se remita deprecatorio para la citación; de los recaudos procesales del proceso no existen que se haya ordenado que procedan a un nuevo reconocimiento todas aquellas personas que por error omitieron en su acusación lo cual la misma se torna improcedente ilegal ya que afecta el debido proceso y acarrea nulidad, así lo determina el art. 76 de la Constitución, con lo que a los acusados nos ha dejado en la indefensión al presentar una acusación particular viciada y por falta de requisitos de forma y fondo establecidos en el art. 371 del C.P.P. Los acusadores particulares al tiempo de formalizar la acusación tomando en cuenta que la misma constituye una confesión judicial del proceso, no ha determinado en forma

clara, precisa y determinativa la hora exacta donde se produjo el hecho fáctico cuando la ley en materia penal es taxativa al no haberlo hecho viola los principios de lealtad procesal, seguridad jurídica determinada en el art. 76, 82, y 169 de la Constitución, por lo que su Autoridad deberá tomar en cuenta al momento de resolver. Además en la acusación ni en la formalización de la misma no se ha determinado el lugar exacto donde se produjo la supuesta injuria no calumniosa ya que debía determinar en qué lugar se encuentra situado el Palacio de Justicia de Bolívar en consideración que por su reparación tenemos funcionando en otro lugar requisito indispensable para que la acusación sea válida y pueda controvertir a la litis procesal; en cuanto a los fundamentos de derecho, con respecto a los fundamentos de la acusación particular se tipifica bajo los numerales 1, 2 y 3 del C.P. haciendo concurrencia de varias injurias o hechos sin especificar por cual acusa, de esta manera dejo impugnada la formalización de la acusación; en cuanto a la prueba impugno lo manifestado por el acusador particular en su acusación y los testigos y solicito que como prueba de mi parte todos los documentos que obran de fs. 137 a 154, específicamente los que fueron concedidos por el Gobierno Autónomo Municipal de Chillanes, en el cual a la Lic. Sandra Sánchez García obtuvo el permiso para ausentarse a la ciudad de Ambato, específicamente al IESS para fines de exámenes ginecológicos, al igual que los recibidos (sic) concedidos por la Cooperativa de Transporte El Dorado determina la hora que arribó a Chillanes; igualmente solicito se recepte los testimonios de los señores William Chacha Saltos, Guillermo Mesías Molina, William Castillo y Jadira Guamán. El Juzgado una vez escuchado a la defensa de los acusados se dispone tener en cuenta la reproducción de sus pruebas las impugnaciones a los testigos como a la acusación particular, así como la documentación que en esta audiencia el Dr. Luis Guzmán ha presentado todo lo cual se tendrá en cuenta al monumento (sic) de resolver. Así como la parte procesada ha presentado testigos se dispone hacerlo comparecer a los señores. En este estado se recibe la declaración del señor TUGLE-MA GUAMÁN VÍCTOR HUGO, de 43 años de edad, estado civil soltero, nacido domiciliado en Mama Sara de Cerritos, del cantón Chillanes, católico, de instrucción primaria, de ocupación agricultor; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas



del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular, dice: nosotros llegamos aproximadamente a las nueve y media de la mañana de ahí pidieron a los que tengamos cédula para pasar a la audiencia, y pasé yo uno de los diez, para pasar a la sala de audiencia, y estaba junto al señor Kléver Silva, desde ahí el señor Juez pidió que apaguemos los celulares, que no haga bulla y que el que hace bulla se va, de ahí únicamente lo que se escuchaba que abajo hacían bulla, la multitud de gente, encima no se entendía lo que decían, no se entendía motivo alguno que ofendían a los señores Concejales, eso fue todo de lo que pude escuchar, y que estuve junto al señor Kléver Silva, y de la parte de abajo no se pudo escuchar ninguna injuria a los señores Concejales, no hubo por que tratar mal a nadie, porque nosotros únicamente salimos acompañar al señor Alcalde porque nos enteramos que había un juicio de peculado, en ese entonces no se podía tratar mal a nadie porque no existía discordia entre los señores Concejales y el señor Alcalde, es todo lo que puedo decir. En este estado el Dr. Eduardo González, hace repreguntas: a la 1. Indique si usted fue trabajador del Municipio de Chillanes. R. Responde, no he sido nunca trabajador del Municipio. 2. Indique si a usted y la comunidad a la que pertenece, han sido beneficiados de obras por parte del Municipio de Chillanes. Califica de improcedente, por cuanto no tiene relación a los hechos motivo de esta querella. 3. Cuántas personas aproximadamente vinieron el 25 de septiembre del 2012 a la audiencia a la que usted se refirió. R. Vinimos un número aproximado de 1200 personas. 4. Indique quien canceló el valor de su traslado a la indicada audiencia. R. Improcedente. 5. Indique cuántas veces ha declarado como testigo en juicios relacionados al Lic. Trujillo, alcalde de Chillanes. R. Es la primera vez que declaro. 6. Indique si usted ingresó en el indicado día a la oficina de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Guaranda, que pertenece a la provincia Bolívar. R. Sí ese día de la audiencia a las diez de la mañana, ingresé a la audiencia, donde repito el señor Juez pidió que no haya ninguna bulla. En este estado recibe la declaración del señor, AN-GEL ORACIO HUILCA ANDRADE, de 40 años de edad, estado civil casado, y domiciliado en el cantón Chillanes, católico, de instrucción superior, de ocupación servidor público en el Municipio de Chillanes; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole

las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: en esa mañana pedí permiso al Jefe de Talento Humano para acompañar a la audiencia de acusación que seguía la Contraloría al señor Alcalde por un presunto juicio de peculado, me trasladé a Guaranda, en mi vehículo acompañado de otros miembros de diferentes comunidades de nuestro cantón, llegamos a Guaranda y nos hicieron pasar a unos como representantes comunitarios y a otros como acompañantes del señor Alcalde, en este caso como funcionario municipal y como representante de mi comunidad del Cerro Negro, subí a la sala, en ese momento leyó las normas que debe adoptar cada una de las personas dentro de la sala y una de ellas era, guardar absoluta discreción, no hacer bulla ni interferencias, apagar los celulares y se procedió a la audiencia, yo me encontré ahí y vi al señor Kléver Silva que estaba desde el momento que inició la audiencia hasta el momento que terminó la audiencia, incluido el receso, durante el proceso de la audiencia había gritos, pero no se podía clarificar que es lo que decían, porque me encontraba concentrado en el desarrollo de la audiencia, por lo tanto no puedo afirmar ni determinar que se lanzaron gritos con consignas en contra de ningún funcionario o de los concejales. En este estado el Dr. Eduardo González, hace repreguntas. 1. Diga si usted trabaja en el área de compras públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes. R. Sí. 2. Indique en qué administración entró a trabajar en dicha dependencia pública. R. Desde el primer día laborable del mes de enero del 2012, en la administración del Lic. Ramiro Trujillo. 3. Indique el nombre de la máxima autoridad de la referida Institución que usted trabaja. R. Lic. Ramiro Trujillo Mena. 4. Indique cuántas personas trajo o movilizó para la referida audiencia el entonces Alcalde de Chillanes. Califica de improcedente por cuanto no se refiere a los hechos de la querella. En este estado se recibe la declaración de la señora ANITA MARÍA CRUZ GRANIZO, de 38 años de edad, estado civil casada, y domiciliada en el cantón Chillanes, católica, de instrucción superior, de ocupación empleada privada; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: que el día martes 25 de septiembre llegué aproximadamente a las nueve y treinta a respaldar al Lic. Ramiro





Trujillo por un presunto peculado, que tengo entendido fue denunciado por la Contraloría en la Fiscalía, estábamos aproximadamente un promedio de 1200 personas o más tal vez, respaldando al Lic. A las diez de la mañana más o menos, no fue mucho tiempo de lo que llegamos, el Licenciado entró y comenzamos a dispersarnos unos se quedaron en la puerta de la entrada y como en el caso mío, del señor José Luis Verdezoto, del señor Adrián Barrigas, nos dirigimos al centro del parque, donde permanecimos conversando, el señor Adrián y José Luis Verdezoto dio agua a la gente, a las 12 del día más o menos del día llegó la señora Elena Moyano aproximadamente estuvo con nosotros una hora, porque nos fuimos a comer, también estuvo con nosotros el señor Mario Verdezoto, permanecimos hasta la una de la tarde, y nos fuimos a comer, regresamos al parque nuevamente ya no estuvo José Luis Verdezoto ni la señora Elena Moyano, permanecimos hasta las cuatro de la tarde ahí por boca de José Luis me enteré que habían subido a la Sala donde se encontraban en el juzgamiento del Lic. Es todo lo que puedo decir. En este estado se concede la palabra a Dr. Eduardo González para repreguntas. 1. Indique si usted trabajó para el Municipio o Gobierno Autónomo del Municipio de Chillanes. R. Sí, yo trabajé 3 meses. 2. Indique en qué administración se refiere trabajó usted en dicho Municipio. R. En la administración del Lic. Ramiro Trujillo. 3. Indique la declarante qué parentesco tiene con la mujer del acusado Luis Verdezoto Rodríguez. R. Es mi hermana. 4. Usted en su declaración indicó que dos de los acusados repartían agua en poma a la gente, indique quién proporcionó dicha agua. R. No podría indicar, desconozco. 5. Diga si en el indicado día en algún momento ingresó a la oficina de la Presidencia de la Corte de Justicia de esta provincia. No. (sic) En este estado se recibe la declaración del señor OLMEDO HIDALGO VE-LASCO RODRÍGUEZ, de 59 años de edad, estado civil casado, nacido en San José del Tambo y domiciliado en las Minas de San José del Tambo cantón Chillanes, católico, de instrucción primaria, de ocupación agricultor; en este estado el senor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: que el martes 25 de septiembre del 2012, acudimos a Guaranda un numeroso grupo de Chillanenses a respaldar al Lic. Ramiro Trujillo alcalde, este grupo era más o

menos de 1200 personas, el objetivo era respaldar porque ese día había una audiencia por que seguía la Contraloría en la Fiscalía, en ese respaldo se hacía con vivas, con gritos justicia, justicia, Ramiro el pueblo está contigo, eso escuché yo, de lo que dice de los compañeros todos estábamos en grupos reunidos, no se sabía dónde estaban los compañeros acusados unos estaban por un lado otros por otro lado, unos señores acusados repartían agua a los demás, otros descansábamos en las bancas del parque, así pasamos todo ese tiempo hasta que se terminó la audiencia, en ningún momento se ha gritado escuchado pues que se ha gritado en contra de los señores Concejales. Es todo lo que puedo decir. En este estado el Dr. Eduardo González, hace las repreguntas. 1. Diga si trabajó para el Municipio o Gobierno Autónomo Descentralizado de Chillanes. R. Mi persona no ha trabajado para el Municipio. 2. Diga si tiene algún grado de parentesco con alguno de los acusados en este juicio. R. Con uno de ellos creo que tengo algún grado de parentesco, con Edwin Estuardo Velasco Rodrigo, soy tío de él. 3. Indique quien proporcionó el agua que usted manifiesta repartían los acusados. Improcedente. En este estado se procede a recibir las declaraciones solicitadas por parte del Dr. Antonio Naranjo Camino. En este estado se recibe la declaración del señor, MILTON GUI-LLERMO MESÍAS BONILLA, de 49 años de edad, estado civil casado, nacido y domiciliado en el cantón Chillanes, católico, de instrucción primaria, de ocupación servidor público en el Municipio de Chillanes; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: que el día 25 de septiembre del 2012, yo me trasladé desde Chillanes con una orden de movilización en el vehículo que se encuentra a mi cargo con una comisión de personas hasta la prefectura, luego de haberle dejado a los señores en la prefectura, me acerqué hasta la planta baja de la Corte Superior de Justicia para acompañar al señor Alcalde a la audiencia que se estaba realizando al momento al llegar a la Corte Superior, pude observar que hubo un piquete grande de policías en la puerta de ingreso por lo que era totalmente difícil ingresar a la Corte por lo que decidí quedarme afuera, saludando con algunos dirigentes de comunidades que se han trasladado desde Chillanes a Guaranda, permanecí allí aproximadamente por unas tres horas mientras duraba la



audiencia, pude observar que había unas 1.000 a 1.100 personas que acompañaban a la audiencia todos ellos eran de Chillanes, pude observar al señor concejal Eduardo Pérez con la señora concejala Carmen Egas, que se encontraban al otro lado del parque, con unas personas que son del sector de las Guardias entre ellos un señor de apellido Sánchez, unos señores Aguilares de San Francisco, un señor Arboleda, de los que pude identificar, se escuchaba que la gente gritaba, decían queremos justicia, queremos justicia repetidas veces, decían Alcalde amigo el pueblo está contigo, repetidas veces, eso fue lo que pude apreciar. En este estado el Dr. Eduardo González, hace las siguientes repreguntas. 1. Indique en qué institución trabajó. R. Como tengo indicado yo trabajo en el Municipio de Chillanes. 2. En qué administración inició a trabajar en el Municipio de Chillanes. R. En la Administración del Lic. Ramiro Trujillo. 3. Diga si tiene parentesco con alguno de los acusados cuyos nombres se les dio lectura. R. Sí, Orlando Danilo Mesías es mi hijo. Es este estado se recibe la declaración de, WILLIAN EDISON CHACHA SALTOS, de 42 años de edad, estado civil casado, y domiciliado en el cantón Chillanes, católico, de instrucción secundaria, de ocupación servidor público en el Municipio de Chillanes; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular, dice: yo el 25 de septiembre, salí de Chillanes a las ocho y media de la mañana en un vehículo Vitara de un amigo, llegué a Guaranda, donde pude observar una multitud de gente y un cordón de policías, esa gente se mantuvo en el parque de Guaranda y ahí lo que decían es viva el alcalde y pedían justicia y era una multitud de unas 1100 personas, en eso yo como me llamaron hacer esta declaración de parte de la señorita Sandra Sánchez, jamás pude ver a ella ni de mañana ni tarde, eso es todo lo que tengo que decir. En este estado el Dr. Eduardo Gonzales (sic) hace repreguntas. 1. Indique en qué institución trabaja. R. En el Municipio de Chillanes, recién tengo un mes de trabajo. 2. Indique en qué administración ingresó a trabajar. R. Entré en esta administración del señor alcalde Ramiro Trujillo. 3. Indique si es pariente, amigo íntimo o compadre de alguno de los acusados. R. No tengo ningún parentesco con nadie, son conocidos. En este estado, la declaración de WILLIAN DANILO CASTILLO ARTEAGA, de 44 años de edad, estado civil casado. Nacido en el

cantón Chillanes, y domiciliado en el Recinto Perezan, católico, de instrucción secundaria, de ocupación servidor público en el Municipio de Chillanes; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular formulada dice: el día 25 de septiembre en horas de la mañana me trasladé a Guaranda a realizar unos trámites en el Ministerio de Relaciones Laborales ya que ejerzo el cargo de Jefe de Talento Humano en el GAD del cantón Chillanes, luego de hacer los trámites procedí a dirigirme a la Corte acompañarle al alcalde Ramiro Trujillo que tenía audiencia del presunto peculado, en las cuales pude ingresar junto a él a la Sala que se dio la audiencia en compañía de otros compañeros más y presencié toda la audiencia y cuando tocó retirarse nos trasladamos hasta una sede de una asociación de la Fecabrunari, tuvimos una pequeña sesión con compañeros de nuestro cantón y de ahí regresamos a nuestros domicilios. Se concede la palabra al Dr. Eduardo González para repreguntas. 1. Indique qué tiempo trabajó como responsable de Talento Humano o Recursos Humanos en el GAD de Chillanes. R. Desde cuando inició la Administración del señor alcalde Ramiro Trujillo. 2. Indique si tiene parentesco con alguno de los acusados. R. Parentesco no tengo con nadie simplemente compañeros de trabajo. 3. Indique si es amigo íntimo o compadre de alguno de los acusados. R. De nadie. En este estado se recibe la declaración de la señora, FANNY YADIRA GUAMÁN TUMAILLA, de 32 años de edad, estado civil casada, nacida en el cantón Chillanes y domiciliada en Ambato, católica, de instrucción secundaria, de ocupación quehaceres domésticos; en este estado el señor Juez toma el juramento de ley, previamente indicándole las penas del perjurio, en que tiene que decir la verdad; al tenor con la acusación particular dice: vengo a declarar que la Lic. Sandra Sánchez estaba conmigo el 24 de septiembre del 2012 llegó a las 9 de la noche a mi domicilio que está ubicado en Ambato, yo vivo en Ambato y al siguiente día nos fuimos al hospital del IEES, hacerse atender, estábamos en el hospital hasta las 11 de la mañana luego regresamos a la casa y ahí almorzamos y ella salió de Ambato a las dos de la tarde a Chillanes. Eso es lo que tengo que decir el 24 de septiembre, estaba conmigo en Ambato, y el 25 regresó a eso de las dos de la tarde a Chillanes. El Dr. Eduardo González, hace las siguientes





preguntas. 1. Diga en qué trabajaba en el mes de septiembre del año 2012. R. Estoy en mi domicilio me dedico a quehaceres domésticos. 2. Indique si tiene parentesco con alguno de los acusados. R. Ninguno. 3. Indique si es amiga íntima o comadre de la persona que le pidió que venga a declarar. R. Soy conocida. 4. Indique si usted habitualmente recibe a pernoctar en su domicilio a personas conocidas. R. Yo le recibí porque ella es conocida del mismo cantón yo también soy del cantón Chillanes por eso le recibí en mi domicilio. 5. Si dice haber acompañado a su conocida al hospital del IESS en el cantón Ambato para recibir atención médica, indique en qué servicio hospitalario se hizo atender en ese día. R. En el Departamento de Ginecología. 5. Indique a qué hora tuvo el turno su conocida en el hospital del IESS de Ambato Departamento de Ginecología, el 25 de septiembre del 2012. R. A las ocho de la mañana. 6. Indique a qué hora del indicado día concluyó la atención médica de su conocida en el referido servicio hospitalario. R. A las 11 de la mañana. 7. Indique en qué empresa de transporte público regresó su conocida o lo hizo en vehículo privado. R. Regresamos en el bus de línea 4 que pasa por Ficoa, Atocha la Simón Bolívar. El Juzgado, continuando con esta audiencia concluida la etapa de prueba se continúe con la etapa del debate, concede la palabra a la parte querellante por intermedio del Dr. Eduardo González, dice: muy brevemente replico la intervención inicial del Dr. Bolívar Ulloa a nombre de sus defendidos manifestando que sus argumentaciones son absolutamente superficiales, ilegales, e improcedentes y que en el peor de los casos constituyen aspectos de forma que de ninguna manera constituyen las solemnidades sustanciales comunes a todo juicio e instancia, prevista en el art. 346 del C.P.C., norma supletoria en este ámbito, por mandato de la disposición general segunda del C.P.P. Y que así mismo de ningún modo puede influir la decisión de la causa, ya que las formalidades por mandato del art. 169 de la Constitución jamás pueden constituir motivo para sacrificar la justicia en nombre de ellas. Dejo así constancia que la interpretación que se pretendió efectuar respecto de las normas contenidas en nuestra acusación particular como fundamentos de derecho de la misma no pueden ser otras sino las que constan en nuestra acusación. Así, el art. 489 inc. final del C.P., se refiere a la injuria no calumniosa e inclusive la define y determina su alcance. Respecto de este mismo tipo de

injuria no calumniosa que es la que acusamos, el art. siguiente el 490 del mismo Código puntualiza o determina cuáles son los tipos de injuria no calumniosa grave y finalmente la injuria no calumniosa grave se encuentra sancionada en el art. 495 del Código Penal. Con uno a seis meses de prisión, si cometida en las circunstancias del art. 491 del mismo Código, y con 15 días a tres meses si es en las circunstancias del art. 492 ibídem, que no se conozca estos elementales aspectos del derecho penal y procesal penal es una verdadera lástima, pero jamás se puede argumentar de esa manera contra la Ley. Finalmente en este aspecto y consta del acta y su grabación que el Dr. Ulloa no anunció ni presentó a sus testigos en el momento procesal que debió hacerlo, esto es conforme el inc. 3 del art. 373 del C.P.P., ya que solo se refirió a prueba documental. En lo referente al Ab. Guzmán, igualmente se refirió a cuestiones improcedentes e ilegales, pero solicitó que como causa de supuesta nulidad, se tome en consideración la no presentación de prueba documental o facilitamiento de la misma a pesar que la revise la contraparte, cuando aquello es una formalidad del procedimiento penal de acción pública y no de acción privada como este, ya que textualmente el inc. 2 del art. 373, por lo tanto es absolutamente equivocada esa pretensión. En lo esencial, hemos demostrado conforme a derecho la existencia de la infracción acusada y la responsabilidad de los acusados, conforme lo determinan el art. 85 del C.P.P., y los arts. 87 y 88 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la existencia de indicios probados que demuestra la existencia del vínculo causal entre la infracción y los acusados, indicios que se ha demostrado ser graves precisos y concordantes. Los testimonios de cargo de manera absolutamente clara, concreta, categórica, y uniforme por haber sido testigos presenciales y no referenciales, relataron con sus propias expresiones todas y cada una de las injurias escuchadas por ellos e identificaron clara y precisamente a los acusados. Los testimonios de la parte acusada absolutamente ninguno pudo contradecir, menos enervar la eficacia y la contundencia de ninguno de los testimonios de cargo y lo que es más grave, la mayoría de ellos como en el caso de Ángel Huilca Andrade, Anita Cruz Granizo, Milton Mesías Bonilla, Willian Chacha Saltos y Willian Castillo, reconocieron todos ser empleados del Municipio de Chillanes y que todos ellos ingresaron en la administración del Lic. Ramiro Trujillo, en cuyo favor vinieron a



la referida audiencia y por lo tanto es evidente e incuestionable su falta de imparcialidad e idoneidad, conforme lo disponen los arts. 213 y 216 de C.P.C. En cuanto a los testigos Olmedo Hidalgo Rodríguez reconoció ser tío del acusado Edwin Velasco Rodríguez; el testigo Milton Mesías Bonilla reconoció ser padre del acusado Orlando Mesías Gavilánez; el testigo Olmedo Hidalgo Rodríguez, tío de Edwin Velasco Rodríguez, y Ana María Cruz ser prima de la cónyuge del acusado Luis Verdezoto, por lo tanto dichos testigos también los tacho por falta de idoneidad e imparcialidad y carecen de valor legal reitero por tanto que la acusación sea aceptada en sentencia y los acusados sancionados con la pena máxima conforme las normas de derecho invocadas. Con esta exposición se concede la palabra a la parte procesada, al Dr. Bolívar Ulloa y dice. Yo quiero referirme exclusivamente a lo que el Dr. Eduardo González dice, sobre las solemnidades, inician con una querella penal y al primero que ponen como acusado a Mario Merino Verdezoto López, con ese nombre formalizan cometen el delito de perjurio, y en esos términos hemos comparecido a juicio como Mario Marino Verdezoto López, cuando contestamos a la acusación o querella penal, manifestábamos todos los demandados designamos como procuradora común a la Lic. María Elena Moyano Jaramillo, el señor Juez en providencia de fs. 62 da lectura..., nuestra procuradora comparece y a fs. 162 acta de posesión de la Lic. María Elena Moyano, consecuentemente es la procuradora común de los acusados, al otro lado a fs. 62, dice la parte querellante nombre un procurador común, los querellantes a fs. 163, designan procurador común al señor Jaime Noé Ibarra Arboleda, si bien es cierto designa a él como procurador común el señor Jaime Noé Ibarra Arboleda en ningún instante del proceso se ha posesionado como procurador común, en todos los escritos comparece como Noé Ibarra y no como procurador común, esto es una solemnidad sustancial, que lástima que no se conozca estos elementales detalles, yo también digo es una verdadera lástima porque este hecho generó un asunto en que señor Juez debe aplicar el inc. 5 del art. 373 del C.P.P. Si bien es cierto recién veo a la Lic. Carmen Egas, pero ella no ha estado en esta audiencia, no asiste el concejal Mentor Huilca ni el concejal Eduardo Cristóbal Córdoba, consecuentemente por falta de estos elementales hechos deberá declarar desierta la acusación, y calificarla como maliciosa y temeraria, ahora dirá

no es solo una formalidad, mañana posiblemente o me ofreció nombrarme procurador síndico del Municipio, pero si no me posesiono no sirve para nada, de tal manera que la falta de posesión de procurador común permite que se lo declare abandonada la acusación particular y se califique como maliciosa y temeraria. En lo principal, mis colegas van a profundizar, de acuerdo a los testimonios de mis testigos no existe el animus injuriandi en la formalización de la acusación no se determinó el lugar de los hechos que se debió haber hecho mediante reconocimiento del lugar, en la formalización no se dio la hora de tal forma que quedó huérfana la acusación, dice que yo no he anunciado a los testigos, cuando yo anuncié testigos, pero yo solicité los testimonios que se encuentran anunciados; de los documentos también dice que no se requiere formalidad cuando sabemos que toda prueba que se practique debe ser judicializada en la audiencia, y los documentos que presentó la contra parte no fue judicializada en cambio los míos sí, porque puse en conocimiento de la otra parte, señor Juez considero que de parte de nosotros hemos justificado la inocencia de nuestros defendidos y lo que es más voy a tomar de una sentencia del Juzgado Primero de Garantías Penales, dice que el art. 19 del C.O.F.J. da lectura en concordancia con el art. 140 de la misma ley... Las solemnidades que acabo de mencionar permite el abandono de la acusación y condenar a todos los querellantes como acusadores maliciosos y temerarios para que nos paguen todos los valores de daños y perjuicios ocasionados a mis defendidos, daño moral, acoso. Con estas exposiciones hechas se concede la palabra al Dr. Luis Guzmán y dice. Impugno lo manifestado por el defensor de los querellantes en cuanto a la tipificación del delito por el cual se acusa, principalmente al tipo penal, que se refirió al art. 495 del C.P. se refiere a la pena y sanción para la injuria grave no calumniosa y que este delito esta reprimido con una pena de prisión de 1 a 6 meses, pero revisada la disposición legal contiene una pena distinta, a la argumentada por lo que ni siquiera ha revisado tal artículo para hacer su exposición; me refiero a la argumentación de la prueba documental que a criterio del acusador dice haber presentado y reproducido en esta audiencia pese que consta la grabación y la nota del Secretario al momento de la presentación o la oportunidad que tuvo para hacerlo jamás se refirió a prueba documental y por mandato del art. 83 del C.P.P... cosa que no lo hizo al momento





de su intervención para que se considere como prueba de su parte. Tanto se hablado de una audiencia de peculado que se ha llevado el 25 de septiembre 2012, pero de autos no consta ni siquiera copia certificada de dicha audiencia, para que conste que se ha llevado a efecto esa audiencia simplemente se ha hecho referencias: para efectos del art. 21 del C.P.P. no se ha realizado un reconocimiento del lugar de los hechos para determinar el lugar exacto donde dice haber cometido las injurias por el cual se acusa en esta causa. Hecho que tiene concordancia con el art. 82 ibídem. La parte acusadora ha presentado 3 testigos el señor Darwin Iván Sánchez, Darwin Lema Reinoso y la señora Inés Tarqui López respecto de mi defendida Leonor Maribel Paguay, ninguno de ellos han identificado plenamente en el día, hora y lugar en la que hace constar en su acusación. Darwin Sánchez manifestó no haber visto ni siquiera como estuvo vestida, pese han transcurrido 7 meses desde los hechos presuntamente suscitados, el señor Darwin Lema, pese a que hizo esfuerzo en recordar nombres de los acusados no mencionó haber visto el día y hora; mientras que la testigo Inés Tarqui manifestó haber visto un grupito en la parte de adelante que han estado profiriendo injurias, sin embargo el testigo anterior manifestó que estaban dispersas, esta última testigo, en el contrainterrogatorio, dijo estaba en la mitad, además manifestó ser comadre con la mujer de uno de los acusadores el señor Noé Ibarra por lo que es un testigo no idóneo, conforme el art. 216.3 del C.P.C., norma supletoria, consecuentemente al no existir presunciones graves, concordantes y precisas respecto de la materialidad de la infracción menos aún de la responsabilidad de mi defendida conforme los arts. 87 y 88 del C.P.P. en concordancia con el art. 4 del C.P. y 4 del C.P.P. Solicito que al momento de resolver se dicte sentencia absolutoria a favor de mi defendida no sin antes la acusación particular sea declarada maliciosa y temeraria para los efectos legales consiguientes, así mismo el ejercicio de la acción sea calificada como abusiva, maliciosa y temeraria conforme los arts. 12 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. Y en lo demás se tendrá en cuenta mi escrito de contestación a la querella penal que tengo presentada dentro del plazo legal así como en las pruebas documentales que he presentado en esta audiencia. Con estas exposiciones se concede la palabra al Dr. Antonio Naranjo Camino y dice. La parte acusadora pretende justificar la

omisión de formalidades al amparo de lo dispuesto en el art. 169 de la Constitución cuando la querella penal por ley existen elementos sustanciales formales para proponerla siendo estos la determinación de la hora el lugar del hecho fáctico donde se produjo conforme el art. 371 del C.P.P. Al igual que fundamento de derecho debe ser claro, preciso y determinativo para acusar por un delito que se adecua al tipo penal y la responsabilidad de todos y cada uno de los que participaron en el hecho, no se entiende la acusación, para determinar la injuria calumniosa o no calumniosa que a contra la honra de una persona existen dos elementos fácticos objetivo y subjetivo, el objetivo es que la injuria sea directa entre el querellante y querellado y el subjetivo se haga a través de terceras personas lo cual constituye una difamación tomando en consideración que los Concejales se encontraban en la Sala de la Corte Provincial de Bolívar indicando que el señor concejal Pérez Cadme se encontraba en las afueras del Palacio de Justicia, entonces nos preguntamos qué valor jurídico le damos a la acusación, cuando se indica que los acusadores se encontraban en la Sala de la Presidencia, los testigos uno de ellos indica que se encontraba en otro lugar, por lo tanto pierde eficacia jurídica legal y probatoria, debemos ser claros objetivos y determinantes para proponer una acusación ya que esto causa un daño moral reconocimos y un traslado en la cual la psiquis de una persona por estas situaciones inverosímiles ilegales y arbitrarias pretenden ensuciar el buen nombre y prestigio de una persona, no se puede entender que alrededor de 1100 personas o más los testigos, los hayan identificado a quienes gritaban a quienes injuriaban los epítetos determinado en la acusación, simplemente fueron amaestrados para indicar que injuriaron, que lamentable que los testigos de los acusadores mientan deliberadamente al indicar que tenemos documentos de soporte que constituyen los recibos de la Cooperativa de Transporte El Dorado la Lic. Sandra Sánchez el 25 de septiembre de 2012 a las 4 de la tarde salió de Ambato, en esa hora se había terminado la audiencia pública por peculado, dichos recibos no han sido impugnados por lo cual constituye un hecho claro y objetivo, además de los documentos otorgados por el Jefe de Talento Humano del GAD de Chillanes, en el cual concede el permiso del 24 de septiembre del 2012 hasta el 25 de septiembre del mismo año y se reincorpora la Licenciada el 26 de septiembre del 2012 por esta razón



señor Juez bajo la concentración de la prueba y cuyo argumento de su sana crítica valorará todos y cada uno de los recaudos procesales por consiguiente se servirá rechazar la maliciosa y temeraria acusación particular determinándola como maliciosa y temeraria y ordenando el enjuiciamiento penal para los testigos, por falso juramento deliberadamente y usted sabrá determinar la responsabilidad penal por cada uno de los acusados y no en conjunto. Con estas exposiciones, continuando con la audiencia se concede la palabra al Dr. Eduardo González, para que haga uso del derecho de la réplica y dice: respecto a las afirmaciones del Dr. Bolívar Ulloa, me extraña que no recuerde o no haya conocido el contenido del art. 52 del C.P.C. norma supletoria da lectura... en ninguna parte de esta norma y menos aún en el C.P.P., se exige que se posesione procurador común como equivocadamente lo pretende el Dr. Ulloa y peor aún que eso constituya omisión de solemnidad sustancial. Así mismo reitera en su error respecto de la práctica o proceso aplicable en las querellas de acción privada en la que como se dio lectura del art. 372, inc. 2 del C.P.P. El querellante o su abogado solamente formalizará su acusación y presentará testigos y peritos previamente anunciados ya que en esta clase de juicios en el plazo de 6 días de anuncio de prueba se presenta la documentación que solamente se reproduce en esta audiencia que no quede la denominación de única como aquí se ha dicho sino audiencia final porque así lo dice el inciso 1 del art. 373 del C.P.P. La invocación del principio dispositivo que consagra el art. 19 del C.O.F.J. no puede ser más que lamentable, ya que claramente consta recogida la pretensión jurídica de los acusadores en su escrito de querella y se la ha formalizado en esta audiencia. Similar error lo reitera el Ab. Guzmán, cuando pretende presentación de prueba en audiencia final de querella penal privada. Su invocación del art. 21 del C.P.P. que habla de las reglas de la competencia cuando él dijo que se refería a la diligencia de reconocimiento de los hechos que según él, es necesaria en una querella por injurias es así mismo equivocada y lamentable, su referencia a los testigos de cargo no hacen sino ratificar la contundencia y veracidad de cada una de sus afirmaciones de tales testigos. Respecto del Dr. Naranjo, manifestó que no entendía la querella y efectuó una corta e interesada cita de la misma y lamentablemente para su defendida, o que no ha leído la querella por que él acaba de expresar que las

injurias han sido supuestamente proferidas "en la Sala de la Corte", cuando a lo mejor quiso decir en la Presidencia de la Corte Provincial, cuya Corte tiene dos Salas Civil y Penal, a ninguna de las cuales se han referido los acusadores. Insiste en supuestas cuestiones de procedibilidad, son completamente ajenas al trámite de querella de acción penal privada prevista en el art. 371 y ss. del C.P.P., ya que dichas cuestiones deben ser invocadas y debatidas en las audiencias por infracciones de acción penal pública esto es cuando existe imputación o acusación de la Fiscalía en casos como el presente absolutamente nada tiene que ver. Finalmente le agradezco por haber evidenciado la falsedad del testimonio rendido por Yadira Guamán Tumailla, quien afirmó que su amiga Sandra Sánchez salió de Ambato a las dos de la tarde y su abogado acaba de expresar que lo ha hecho a las 4 de la tarde, con lo que no solo se evidencia la falsedad de dicho testimonio sino que se demuestra la comisión del delito de perjurio por lo que solicito que en esta misma audiencia o pertinente al momento de resolver, conforme el inc. 2 del art. 215 del C.P.C., supletorio en la materia, al momento de resolver remita las piezas procesales a la Fiscalía de Guaranda, para la correspondiente instrucción fiscal en contra de dicha testigo. Hago notar que también se refirió en su intervención a la presencia de los testigos de la parte acusada, respecto de todos quienes han demostrado en su absoluta mayoría por propia expresión o reconocimiento de cada uno de ellos que son dependientes del entonces Alcalde de Chillanes, que ingresaron a trabajar en la administración del Lic. Trujillo y por lo tanto testigos y acusados son dependientes del mismo patrono, siendo por tanto incursos en la falta de idoneidad prevista en el numeral 6 del art. 216 del C.P.C., supletorio en materia penal y que inclusive han nominado como testigos a padres y tíos de los acusados. Con esta exposición se concede la palabra al Dr. Bolívar Ulloa para la réplica y dice. Aparecen más nulidades como las siguientes: los querellantes aparecen como el nombre de Mentor Viterbo Huilca Cobo, y el señor José Amado Cobo Zavala, parece con b labial o b grande (sic) cuando su apellido es Zavala este escrito aparece que fue calificada su acusación, el señor Juez acepta la corrección de los errores, y cita a mis defendidos y a los enjuiciados con los errores que consta en la demanda principal, se mantiene el error que ocasiona nulidad, luego tenemos que el señor Jaime Noé Ibarra no se





posesionó de procurador común, como no ha de ser solemnidad sustancial y la petición de Jaime Noé Ibarra de fs. 65 y 67 comparece solo, no comparece como procurador común de los demás de tal manera que el anuncio de prueba y la que presenta hoy debe ser la practicada por él y no los demás, consecuentemente todos se quedaron sin anuncio de prueba por confiados. De tal manera esto tiene que declarase nulo este procedimiento, en esta audiencia usted no ha comparecido ofreciendo poder o ratificación de los otros acusadores, entonces es falso personero, y esto es nulidad procesal. Por último, para que salve la nulidad procesal podría haber analizado el art. 493 de C.P., y presentar una querella penal conforme así lo anuncia en el escrito de demanda, según usted los señores son Concejales, consecuentemente son autoridades de acuerdo a las normas de servicio público, de igual manera de acuerdo al COTAG, consecuentemente si son autoridades debieron haber demandados, el por el art. 493 del CP (sic). Con esta exposición se concede la palabra al Dr. Luis Guzmán y dice: me voy a referir a lo manifestado por el abogado de los acusadores en cuanto a la presentación de mi prueba documental lo hice amparado en el art. 372 del C.P.P. parte final por cuanto el escrito de anuncio de prueba lo presenté dentro del plazo legal, anunciando toda la documentación que presentaré en la audiencia final como lo hice en el uso de mi palabra, por el principio de contradicción puse en consideración de la contraparte, puesto a consideración del abogado no hizo objeción alguna, y usted ordenó se agregue al proceso cumpliendo el art. 83 del C.P.P., y será considerado al momento de resolver. Yo dije para efectos del art. 21 del C.P.P. se refiere a las reglas de la competencia, haciendo alusión que no se ha practicado el reconocimiento del lugar de los hechos; debo indicar que la parte acusadora ha manifestado que ha comprobado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, debo indicar para que constituya la injuria no calumniosa grave por el cual presenta acusación es necesario el hecho que se imputa falsamente debe tener ciertos requisitos, es decir un hecho concreto y determinado con el animus injuriandi cosa que no ha comprobado en esta diligencia, determinando el modo, tiempo y lugar, es decir que no basta manifestar únicamente en esta diligencia la noticia final en la que ha formalizado su acusación a decir de los querellantes decir rata, corrupto, sino haber probado que mi defendida y los demás

acusados, como no han ejecuto (sic) el hecho donde y cuando, no han justificado estos requisitos indispensables, por lo tanto me ratifico en el pedido que se rechace la acusación particular. Se concede la palabra al Dr. Antonio Naranjo Camino, quien dice: ya no me voy a referir a las nulidades procesales ni a los requisitos formales de la acusación, porque ha escuchado de parte de los abogados los argumentos por los cuales se ha violado el debido proceso, empero el acusador lo único que en esta audiencia se ha dado a la ingrata tarea de corregir errores formales, si es denuncia, demanda, acusación, cuando debía probar los hechos conforme el art. 85 del C.P.P. ...en concordancia con el 88 ibídem numerales 1... eso es lo que debía probar, la responsabilidad de todos y cada uno de los acusados. Por consiguiente usted con la ponderación que tiene, como Administrador de Justicia y velando los principios institucionales de servicio para la sociedad se servirá rechazar esta maliciosa acusación particular declarando absuelta a la señora Sandra Sánchez García, porque no ha participado en los hechos por los cuales gratuitamente se encuentra en acusación reiterando que se conceda las copias en contra de los testigos para iniciar la acción penal correspondiente. El Juzgado, una vez escuchadas las exposiciones hechas por las partes es esta etapa del debate, se declaró concluida dicha etapa, exposiciones y pruebas presentadas que se tendrán en cuenta al momento de resolver, así como sus alegaciones que serán debidamente motivas (sic) en sentencia, en los casilleros judiciales designados por las partes; por lo que concluida la audiencia final, oral y de prueba, como consta a fs. 230 a 250, agotado el trámite, la causa se encuentra en estado de resolver y, para hacerlo se considera: PRIMERO. Que la causa se ha tramitado conforme las disposiciones de los artículos 372, 373 de las reformas, del 24 de marzo-2009 y, más pertinentes del Código de Procedimiento Penal, mediante el ejercicio de la acción privada; en cuanto a nulidades que alegan los querellados, es improcedente e ilegal, por las siguientes razones: a) Que, reitero, la causa se la ha tramitado conforme las disposiciones legales referidas respetando derechos y garantías de las partes, en conocimiento la acusación particular, y reconocida, se ordenó al trámite correspondiente y en todo cuanto haya lugar en derecho; previa citación a los querellados, y comparecen haciendo sus alegaciones y señalando casilleros judiciales para posteriores notificaciones,



así como en la prueba, las partes han hecho valer sus derechos e intereses, y de igual manera, en la audiencia final, como consta de autos; b) Que, entonces no es solamente de enunciar que se han violado los derechos y garantías, sino de concretar los acusados y, de igual manera, cuando a la parte acusadora, no le favorece la sentencia, que no se ha analizado las pruebas, que no hay la motivación, etc., por lo que cabe colegir. Que en materia penal, el motivo de nulidad debe ser DETERMI-NANTE, para una nulidad procesal, no por lapsus cálami, que no inciden, por cuanto los acusadores como acusados han comparecido una vez citados legalmente, y así trabada la litis, peormente en cuanto a ciertos términos que se refirieron las partes y se corregían mutuamente; en otros palabra, la tramitación en forma normal; más aún, cuando nos encontramos en un sistema oral acusatorio y desfomalizado (sic); c) Que, las partes procesales, se encuentran con sus abogados defensores debidamente autorizados, así como señalados casilleros judiciales, para sus correspondientes notificaciones; y, conforme fs. 249 Vta. y 250; aún más, en cuanto a la falta de posesión de procurador de parte acusadora, el artículo 58, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, dispone: esta regla no se aplicará si fueren varios los directamente afectados por el delito, entonces, por lo ya indicado, no existe indefensión, falta de personería, competencia, etc.; d) Que, el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo principal, dispone: el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; esto, en concordancia con el art. 82 ibídem; en otros términos, la justicia es también el respeto a la verdad y constancia procesal; así como los abogados defensores de las partes, el deber de actuar con buena fe y lealtad; en lo demás, SIN que se advierta violación u omisión de solemnidad sustancial que la anule, consecuentemente el proceso es válido; **SEGUNDO**. Que la base de todo juicio penal, es la comprobación conforme a derecho la existencia de una acción u omisión punible, por lo que para dictarse sentencia condenatoria, debe constar en el proceso, tanto esta comprobación como la responsabilidad penal del acusado, como lo dispone el artículo 85, del Código de Procedimiento Penal; en igual forma, el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil dispone que la parte accionante tiene la obligación de probar los hechos propuestos afirmativamente en la litis y que han sido negados por la rea-o- probar ésta los hechos

que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley, artículo 114 ibídem; TERCERO. 3.1. Que los querellantes para justificar los fundamentos de su acusación, a fs. 65, 67, 175, reproduce como prueba todo cuanto de autos le favorezca, especialmente la querella, citación con la misma, documentos presentados, así como, impugnaciones las testimoniales, de quien nos referiremos oportunamente; agrega documentación e impugna los petitorios de los acusados, conforme, acápites I, II y III; 3.2. De igual manera, los querellados, a fs. 69, como prueba adjunta documentos y también que en la audiencia presentará, que repreguntará, e impugna a los testigos de la otra parte; 134 y 135, María Elena Moyano y otros, reproducen como prueba todo lo que le favoreciere, de manera especial la contestación a la querella, así como presenta testimonios, así como documental que presenta, de repreguntar a los testigos de la contraparte por parcializada, e impugnan la querella penal por ser fruto de retaliación en contra de las personas que han demostrado solidaridad al señor Alcalde de Chillanes, así como, se ratifican en las excepciones formuladas en la contestación; 155 a 161, impugna la acusación particular, que se recepten los testimonios anunciados, que se agregue la documentación presentada, principalmente un ticket de viaje de la Cooperativa "Dorado", a favor de la peticionaria Sandra Elizabeth Sánchez, así como impugna la prueba documental, testimonial que presente querellantes, conforme los acápites, I a XXIV. Pruebas, que se lo estudiará oportunamente. A fs. 162, posesión de la procuradora común de los acusados. EN SUMA: haciendo una evaluación de todo lo actuado, se concluye: 1. Que, conforme el escrito de acusación particular, 14 a 18, y, artículo 373 del Procedimiento Penal. Formalización de la acusación, en lo principal se desprende, que el martes 25 de septiembre del 2012, 10h09 aproximadamente, los acusadores en sus calidades de Concejales Urbanos y Rurales de Chillanes, concurrimos al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, ubicada frente al parque Central de Guaranda, cuyo titular Dr. Guido Campana convocó para ese día y hora a la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen fiscal dentro de una instrucción fiscal que por delito de peculado, en contra del Lic. José Ramiro Trujillo Mena (a esa fecha Alcalde de dicha Municipalidad) y en contra de otros funcionarios de dicha Institución, audiencia oral y





pública a la que concurrimos como ciudadanos y como Concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes; que previa a la instalación de dicha diligencia, el entonces Alcalde de Chillanes había efectuado y conseguido la movilización de un numeroso grupo de ciudadanos de varios sectores rurales del cantón Chillanes, así como de un significativo número de empleados y trabajadores de la Institución municipal, quienes inicialmente efectuaron vivas o expresiones de respaldo al entonces Alcalde, habiendo ingresado al despacho de la Presidencia de Bolívar aproximado de 30 número personas simpatizantes del entonces Alcalde y habían ingresado también un número de 10 personas del sector urbano de Chillanes, en tanto que en los alrededores de la puerta de ingreso principal a la Corte de Justicia se apostaron un significativo número de seguidores o simpatizantes del entonces Alcalde. Mientras se desarrollaba la audiencia pública inicialmente las expresiones de los seguidores del Alcalde fueron en su respaldo, pero luego de pocos instantes los acusados, desde la puerta de ingreso a la Corte Provincial, que se encontraba bajo fuerte resguardo policial, entre otras expresiones injuriosas proferidas en contra de los comparecientes, expresaron: "Abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo sinvergüenzas, corruptos, traicioneros, les vamos a dar boyero"; diatribas que eran reiteradamente profesadas por, Mario Merino Verdezoto López, Marco Vinicio Pinos Cabezas, Mery Raquel Borja Cabezas, Elisa Raquel Sánchez Andachi, Sandra Elizabeth Sánchez García, Leonor Maribel Guamán Paguay, Adrián Danilo Barrigas Tenenuela, Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Luis Edison Gonzalvo Pacheco, María Elena Moyano Jaramillo, Orlando Danilo Mesías Gavilánez, Ángel Benigno Vinueza, José Luis Verdezoto Rodríguez, y también Kléver Fernando Silva Ibarra, observados por nosotros como los dirigentes o cabecillas del grupo de ciudadanos a quienes arengaban para que continúen profiriendo las antes indicadas expresiones injuriosas, en contra de los comparecientes. Las referidas injurias fueron reiteradamente proferidas mientras se desarrollaba la indicada diligencia judicial materia de nuestra acusación, así como fueron proferidas en momentos posteriores a hecho acusado, esto es fueron expresadas también cuando se produjo un receso, como fueron proferidas también al momento de conclusión de la indicada audiencia;

injurias que fueron proferidas en un lugar público y en presencia de un número muchísimo superior a 10 personas, imputaciones proferidas, consideradas como afrentosas en el concepto público; constituyen imputaciones de fala de moralidad cuyas consecuencias perjudicaron considerablemente nuestro honor, nuestro buen nombre, nuestra dignidad, crédito e intereses, imputaciones que merecen la calificación de graves, que con las injurias no calumniosas graves fuimos públicamente agraviados sin que ninguno de nosotros hubiéramos proferido expresión alguna en respuesta a las múltiples injurias; y, como el hecho relatado constituye delito de injurias calumniosas graves, tipificado en el art. 489 inciso final, 490 numerales 1, 2 y 3 del 490 y reprimido por el 495, del Código Penal. 2. Que, los querellantes, para justificar los fundamentos de hecho de dicha acusación particular, presentan las testimoniales referidas y, en lo principal, dicen: que el día martes 25 de septiembre 2012, a las 10h09, a ver qué es lo que pasaba con el juicio de peculado que tiene el Lic. Trujillo, estaban fuera de la Corte y fue el momento del ingreso de la audiencia, comenzaron a gritar en contra de los señores Concejales las injurias, abajo los concejales corruptos, ratas, ladronas, sinvergüenzas, concejales vagos abajo sinvergüenzas, corruptos, traicioneros, les vamos a dar boyero, el momento que salían al receso y el momento que nuevamente entraron, fueron las injurias, y entre ellos eran los señores Mario Verdezoto, Marco Pinos, Edwin Velasco, Adrián Barrigas, Danilo Mesías, Luis Gonzalvo, Raquel Sánchez, Sandra Sánchez, Leonor Guamán, Mery Borja, entre otros, que no dan ninguna referencia, y también Kléver Silva. De lo que podemos colegir, que dichos testigos, se remitieron simplemente a tratar de señalar las injurias y los presuntos ofensores, sin especificar circunstancias o razones de sus dichos, ya que los gritos eran en pro y contra de Alcalde y Concejales, en horas diferentes y lugar en que se han dado dichas injurias; cuando de la acusación particular, refiere que la audiencia comenzó desde las 10h09 hasta aproximadamente 16h30; 3. Que, de igual manera, de las testimoniales de cargo, en lo principal dicen, que escucharon que les gritaban a los señores Concejales diciéndoles abajo concejales corruptos, abajo concejales sinvergüenzas, vagos, traicioneros, ladrones, ratas, les vamos a mandarles dando con un boyero, y se mantenían gritando en la puerta de la Corte; que salieron a un receso, y de



igual manera diciéndoles así a los señores Concejales, y que los señores mencionados eran... De lo que podemos colegir, que la acusación particular, es por injurias no calumniosas graves y así la tipificación, pero de las testimoniales, también constan injurias calumniosas, de ladrones y corrupción, es decir delito contra la administración pública; aún más, cuando de las testimoniales de cargo, incluyen a Sandra Elizabeth Sánchez García; y, es en las repreguntas que indican que a las 10h00 NO se encontraba la presunta acusada, a esto se colige, la documentación constante a fs. 137 a 154; así como también en las repreguntas no concretan donde se encontraban los presuntos ofensores, unos son evasivos y, esto tiene lógica cuando se encontraba centenares de personas; de igual forma, según declaraciones de, Ángel Oracio Huilca y Víctor Hugo Tuglema, se encontraba Kléver Silva, también en la Sala de audiencia, máxime, cuando las de cargo se refieren, que las injurias fueron a la entrada a la audiencia, en el receso, de salida y regreso; como bien, manifiestan los acusados, era necesario un reconocimiento del lugar de los hechos, era "una mescolanza"; 4. Que, conforme la acusación particular, indican que los comparecientes concurrieron al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia a la audiencia, pero de igual manera, las testimoniales de cargo, NO refieren quienes son los Concejales que asistieron a dicha audiencia, pero alguna circunstancia para justificar su comparecencia y derecho que le asista como acusadores particulares y presuntos ofendidos, lo cual queda como simple enunciado en la acusación particular; y las de cargo, al referirse "CONCEJALES", sin indicar quiénes eran, ¿O ERAN todos?; 5. Que, por lo expuesto, NO han justificado, los fundamentos de su acusación, en forma contundente, como era su obligación; puesto, que los declarantes de cargo, si bien especifican las injurias proferidas en su contra; también la parte querellada, ha repreguntado y presentado testimonios, lo cual ha requerido un análisis, en su CONJUNTO, para establecer el nexo causal entre la infracción y responsabilidad de los querellados, lo cual no ha sido posible, por cuanto las testimoniales de cargo, por no dar razones de sus dichos, se consideran parcializadas, falta de uniformidad, coherencia y de credibilidad; de igual manera los escritos de comparecencia de los querellados, fs. 44, 45, 46, 49, 50, 52, 53 y 54, de las exposiciones hechas, y alegaciones, por una parte, la negativa pura

y simple de los fundamentos de la querella e improcedencia de la misma por no reunir las exigencias del art. 371 C.P.P., falta de derecho de los acusadores, nulidad procesal, no existe animus injuriandi, etc.; 6. Que, para los efectos legales, materia que nos ocupa, los hechos según la querella, las partes, se han defendido dentro del proceso, haciendo valer sus derechos, conforme las pruebas presentadas y analizadas en su CON-JUNTO así como, tomando en cuenta los dichos proferidos con ánimo de corregir, al manifestar las presuntas injurias los cusados (sic), concejales vagos, sinvergüenzas, corruptos; y proceder de las personas litigantes, numerosa (500 o mil personas) e incidencias; 7. Que, además, en la forma propuesta la querella y las pruebas de cargo analizadas, resultan imprecisas e indeterminada en cuanto a las personas, ofendidas como ofensores, al lugar y modo o circunstancias, así como las injurias genéricas. Por todas estas consideraciones, del estudio de las pruebas de cargo y descargo, en su conjunto, conforme los principios, de la sana crítica, de la verdad procesal, ponderación, etc., y sin causar gravamen a las partes, así como, sin que sea necesario otras, conforme los artículos 86, del Código de Procedimiento Penal; 273 y 115, del Código de Procedimiento Civil, "ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acogiendo las excepciones de los acusados, se declara sin lugar la querella penal propuesta, por improcedente e ilegal, en consecuencia se ABSUELVE a: Mario Marino Verdezoto López, cédula de ciudadanía Marco Vinicio Pinos Cabezas, Mery Raquel Borja Cabezas, Elisa Raquel Sánchez Andachi, Sandra Elizabeth Sánchez García, Leonor Maribel Guamán Paguay, Adrián Danilo Barrigas Tenenuela, Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Luis Edison Gonzalvo Pacheco, María Elena Moyano Jaramillo, Orlando Danilo Mesías Gavilánez, Ángel Beningno Vinueza, José Luis Verdezoto Rodríguez, y Kléver Fernando Silva Ibarra, ecuatorianos y domiciliados en el cantón de Chillanes, provincia de Bolívar, así como se considera, que la acusación particular presentada, no es temeraria ni maliciosa; también tómese en cuenta los casilleros judiciales # 03, 06, 35, 102 y las autorizaciones dispensadas a sus defensores. Actúe el señor Secretario del Despacho. Hágase saber.

f) Dr. Pedro R. Mitte Villón, Juez.





# **APELACIÓN**

# Jueza ponente: Doctor Álvaro Ballesteros Viteri

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR. SALA ESPECIALIZADA DE GARANTÍAS PENALES. Guaranda, jueves 1 de agosto del 2013, las 11h38.

VISTOS: El Juez Segundo de Garantías Penales en Bolívar, con fecha lunes 22 de abril de 2013, las 08h38, dicta sentencia absolutoria dentro del juicio penal nro. 0383-2012, misma que en su parte resolutiva expresa...«ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA», acogiendo las excepciones de los acusados, se declara sin lugar la querella penal propuesta, por improcedente e ilegal, en consecuencia se absuelve a: Mario Marino Verdezoto López; Marco Vinicio Pinos Cabezas; Mery Raquel Borja Cabezas; Elisa Raquel Sánchez Andachi; Sandra Elizabeth Sánchez García; Leonor Maribel Guamán Paguay; Adrián Danilo Barrigas Tenuela; Edwin Estuardo Velasco Rodríguez; Luis Edison Gonzalo Pacheco; María Elena Moyano Jaramillo; Orlando Danilo Mesías Gavilánez; Ángel Benigno Vinueza; José Luis Verdezoto Rodríguez; y Kléver Fernando Silva Ibarra, ecuatorianos y domiciliados, en el cantón de Chillanes, provincia de Bolívar, así como se considera, que la acusación particular presentada, no es temeraria ni maliciosa...". De esta sentencia Noe Ibarra Arboleda (fs. 260 y vuelta) y María Elena Moyano Jaramillo (fojas 265 a 266), Sandra Elizabeth Sánchez García y Leonor Maribel Guamán Paguay (fojas 267), interponen recurso de apelación, recurso que es concedido por el Juez inferior, conforme auto de viernes 26 de abril de 2013, las 13h39, por legal y oportunamente interpuesto (fojas 268). La Sala avoca conocimiento del recurso interpuesto y hallándose el proceso en este estado, convocó a una audiencia oral, pública y contradictoria, la cual se llevó a efecto el día miércoles 31 de julio de 2013 a las 14h39, audiencia en la cual intervienen los sujetos procesales. Hace uso de la palabra en primer lugar el recurrente Jaime Noé Ibarra Arboleda, por intermedio del doctor Eduardo González; luego María Elena Moyano Jaramillo, por intermedio de su abogado doctor Bolívar Ulloa, así como las recurrentes Sandra Elizabeth Sánchez García y

Leonor Maribel Guamán, a través de su abogado Luis Guzmán. Se dio paso a la réplica y contrarréplica, posteriormente a la deliberación de los señores Jueces se anunció de manera verbal la resolución adoptada, por lo que encontrándose la causa en curso de notificar por escrito y motivadamente la resolución se lo hace bajo las siguientes consideraciones: PRIMERO: Jurisdicción y Competencia. Por mandato del art. 76, núm. 7, literal m) de la Constitución de la República, en concordancia con los arts. 208 núm. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 29 numeral 1, 343 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tiene jurisdicción y competencia para sustanciar y resolver sobre el recurso de apelación: SEGUNDO: Validez Procesal. El trámite del recurso se ha desarrollado, conforme lo dispuesto en el art. 325, 345 del Código de Procedimiento Penal, se han respetado los derechos de libertad y protección determinados en los capítulos VI y VIII, del Título II de la Constitución de la República del Ecuador. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales, ni violación de trámite, consecuentemente, se declara su validez procesal. **TERCERO:** Antecedentes. Los querellantes en su acusación particular, numeral 3 expresan que: «...El martes 25 de septiembre del 2012, a partir de las 10h09 aproximadamente, los comparecientes en nuestras calidades de concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes, concurrimos al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, cuyo titular doctor Guido Campana convocó para ese día y hora a la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen fiscal dentro de una instrucción fiscal que por delito de peculado se sigue, en contra del Lic. José Ramiro Trujillo Mena (a esa fecha alcalde de dicha Municipalidad) y en contra de otros funcionarios de dicha Institución, proceso nro. 02100-2012-0028, audiencia oral y pública a la que concurrimos como ciudadanos y como concejales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes. Previa a la instalación de dicha diligencia, el pre nombrado Alcalde Chillanes había efectuado y conseguido la movilización de un numeroso grupo de ciudadanos de varios sectores rurales del cantón Chillanes, así como de



significativo número de empleados y trabajadores de la Institución municipal, quienes inicialmente efectuaron vivas o expresiones de respaldo al indicado Alcalde, habiendo ingresado al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar un número aproximado de 30 personas simpatizantes del prenombrado Alcalde y habían ingresado también un número aproximado de 10 personas del sector urbano de Chillanes, en tanto que en los alrededores de la puerta de ingreso principal de la Corte de Justicia se apostaron un significativo número de seguidores o simpatizantes del Alcalde de Chillanes. Mientras se desarrollaba la audiencia pública inicialmente las expresiones de los seguidores del Alcalde fueron expresiones proferidas en su respaldo, pero luego de pocos instantes los acusados, desde la puerta de ingreso a la Corte Provincial, que se encontraba bajo fuerte resguardo policial, entre otras expresiones injuriosas proferidas en contra de los comparecientes, expresaron las siguientes: «Abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo sinvergüenzas, corruptos, traicioneros, les vamos a dar boyero»; diatribas que eran reiteradamente expresadas y proferidas por los acusados, observados por nosotros como los dirigentes o cabecillas del grupo de ciudadanos a quienes arengaban para que continúen profiriendo las antes indicadas expresiones injuriosas, en contra de los comparecientes. Las referidas injurias fueron reiteradamente proferidas mientras se desarrollaba la indicada diligencia judicial materia de nuestra acusación, así como también fueron proferidas en momentos posteriores al hecho acusado, esto es fueron expresadas también cuando se produjo un receso, como fueron proferidas también al momento de conclusión de la indicada audiencia, injurias que fueron proferidas en un lugar público y en presencia de un número muchísimo superior a diez personas, imputaciones proferidas, consideradas como afrentosas en el concepto público; constituyen imputaciones de falta de moralidad cuyas consecuencias perjudicaron considerablemente nuestro honor, nuestro buen nombre, nuestra dignidad, crédito e intereses, imputaciones que merecen la calificación de graves, atendiendo nuestra condición de dignatarios de elección popular, que con el proferimiento de dichas injurias no calumniosas graves, fuimos públicamente agraviados, ofendidos e injuriados sin que ninguno de nosotros hubiéramos

proferido expresión alguna en respuesta a las múltiples injurias y agravios recibidos, si no que en actitud de respeto a la Autoridad y al sitio que nos encontrábamos, así como a la multiplicidad de ciudadanos de Guaranda y Chillanes, que observaban el desarrollo de los hechos, nos limitamos solamente a pedir que se sirvan tomar en cuenta o constar el agravio atroz del que habíamos sido víctimas de manera injusta e injustificada...» (sic). CUARTO: Argumentos de los recurrentes 4.1. El recurrente Jaime Noé Ibarra, en la audiencia, oral, pública y contradictoria expresa: señores jueces y presentes. Comparezco a esta audiencia por un acto de estricta responsabilidad profesional ya que el Municipio del cantón Chillanes tiene un Procurador Síndico que debía ser él quien, debía estar presente, entiendo que la Sala habrá efectuado el análisis y la sentencia expedida en esta casa, es difícil entender a la luz de la sana lógica que un Juez haya podido llegar a expedir una sentencia tan equivocada, ilegal, descabellada, no es posible que habiéndose demostrado en forma gráfica, testimonial, directa, concordante, quien en forma coherente, unívoca relatan las circunstancias de los hechos ocurridos el 25 de septiembre de 2012, en el edificio de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, de esta ciudad de Guaranda, ese día se produjo una masiva concurrencia de ciudadanos del cantón Chillanes del sector urbano, como rural, así como de varios empleados de ese Municipio, un grupo de ciudadanos que fueron más de trescientos, cuatrocientos, mil, en donde se realizaba una audiencia en contra del entonces Alcalde del cantón Chillanes por el delito de peculado, en el referido día y hora concurrieron los acusados en sus respectivas calidades de Concejales a esa audiencia, y tan pronto como se dio inicio a dicha diligencia al momento que concurrieron a ingresar a la Presidencia de esa Corte un grupo de simpatizantes del entonces Alcalde ingresó al interior del edificio, un número más alto o significativo se quedó en la planta baja que estaba siendo custodiado por miembros de la Policía Nacional, quienes trataban de controlar estos actos y desmanes, y luego de iniciada la diligencia se escuchaban ya una serie de injurias y ofensas que eran repetidas y formulaban grupos de personas que estaban en la planta baja de la Institución, al momento que se dictó un receso a la hora del almuerzo, en el instante que los concejales salían a la calle, volvieron a ser repetidas las injurias no calumniosas graves,





actitudes que no merecieron si no la actitud prudente de los concejales quienes se retiraron del lugar a servirse un almuerzo, en ese receso, al momento que regresaron fueron similares las actitudes en contra de los concejales, en horas de la tarde eran proferidas estas expresiones y otra en contra de los concejales, concluida la diligencia en la que se llamó a juicio por el delito de peculado al entonces Alcalde de Chillanes, al salir volvieron a ser repetidas las mismas injurias, por este grupo de ciudadanos organizados por los acusados, y el asunto no pasó a mayores, frente a este hecho de una injuria no calumniosa grave, por la que hemos formulado la acusación, frente a este agravio de pública ofensa proferida por los acusados ellos en su función de Concejales de dicho Municipio no podían menos en defensa de su buen nombre que formular una querella penal de acción privada, que fue demostrada a cabalidad con los tres testimonios presenciales de personas que estuvieron en el lugar de los hechos, y a pesar de haber demostrado la existencia de la infracción, con los testimonios directos, presenciales, de personas que estuvieron en el lugar de los hechos y constataron la forma como se produjeron los mismos y que identificaron a cada uno de los catorce acusados, se refirió el lugar, el día, la hora y las circunstancias en que se produjo la injuria no calumniosa grave, reiteraron las injurias que ellos escucharon en el día y lugar de los hechos, estos tres ciudadanos son imparciales, no fueron objeto de tacha se sometieron a un amplio contra interrogatorio que fue concordante, coherente con lo que dice la acusación particular, no se puede exigir mayor tipo de contundencia en una declaración testimonial, solo quien quiere hacerse el ciego o sordo no puede aceptar lo dicho, los acusados presentaron testimonios de tres ciudadanos que resultaron ser parientes de ellos, el uno, padre, el otro tío, a más de que uno de ellos de apellido Castillo que reconoció ser Jefe de Talento Humano de esa Entidad municipal, quienes evidenciaron su propósito de favorecer a sus parientes y no desvanecieron los testimonios de cargo, nos encontramos con una sentencia insólita que este Tribunal reiteradamente ha llamado la atención y ha solicitado sanción, y a pesar de ellos hasta ahora no ha cambiado el Juez Segundo de Garantías Penales y la muestra más evidente es esta sentencia por demás voluminosa de diez hojas que las nueve son transcripciones, con un desconocimiento de la realidad procesal, no es

posible que un Juez de tantos años de experiencia llegue a expedir una sentencia de este tipo, por lo tanto el recurso de apelación de la parte acusadora se contrajo a que el Tribunal analice, observe, para que este tipo de situaciones no se vuelvan a ocurrir, el recurso interpuesto simple y llanamente pretende que este Tribunal analice y observe con absoluta objetividad el mérito de los autos, y la forma tan superficial como se ha venido llevando este proceso, citados que fueron los acusados con la querella penal con fecha 17 de enero comparece la licenciada Sandra Elizabeth Sánchez García, designa defensora a la doctora Judith Torres Montenegro, señalando casillero judicial, fojas 27, observe que en el escrito de contestación con el patrocinio del doctor Bolívar Ulloa, se hace constar el nombre de Sandra Elizabeth Sánchez García, y con fecha 18 de enero de 2013, sin firmar ella, señala nuevo casillero, la señora Leonor Maribel Guamán Paguay, comparece a la causa con fecha 18 de enero de 2013, con el patrocinio del doctor Luis Guzmán Rochina, sin embargo de lo cual la misma señora designa abogado patrocinador, contesta la acusación particular, señala casillero judicial y electrónico donde el doctor Bolívar Ulloa, ¿cuál es la que vale?, ¿qué contestación es la que tomó en cuenta el Juez?, tiene dos contestaciones, el mismo día 18 de enero de 2013, que es la fecha de la contestación por parte del doctor Bolívar Ulloa, se pone el nombre de Ángel Benigno Vinueza y no está la firma de él, pero en el mismo escrito quien contesta la querella a nombre del ciudadano mencionado anteriormente es el doctor Bolívar Ulloa, como un Juez que está garantizado a guardar los derechos de los ciudadanos puede actuar de esta manera, cómo es posible que así se tramite este proceso, desde el punto de vista jurídico no existe contestación a la querella, reiterando al aspecto esencial al que se contrae nuestro recurso de apelación, existiendo prueba documental, testimonial, material, no es posible que se soslaye todo el mérito de los autos y se premie ese tipo de actitudes que no están bien, porque esas no son las actitudes de un hombre o una mujer decente, utilizar el tumulto, la masa humana, para injuriar a las personas, que no eran cualquier persona, son Concejales de un cantón, el pedido de los acusadores particulares se ratifica en el sentido que el Tribunal revoque esa sentencia, y se imponga una sanción para que a este señor se le mande a la porque los derechos no pueden ser



vulnerados por un Juez supuestamente de garantías penales. 4.2. La recurrente María Elena Moyano Jaramillo, por intermedio de su abogado defensor expone: señores Jueces y presentes, en esta intervención por parte del defensor de la parte querellante, encuentro que toda la culpa es del Juez; y, cuando si analizamos fríamente la irresponsabilidad y la culpa es de los abogados que no sabemos defender las causas, y desgraciadamente cuando se pierde el juicio a culpar al Juez, terminada esta audiencia los culpables serán ustedes porque confirman la sentencia, en este momento puedo aceptar el error con el que el doctor González pretende confundir a la Sala, porque doy contestación a la querella a nombre de mi defendido Angel Benigno Vinueza, con oferta de poder o ratificación, y él ratificó mi intervención, Leonor Maribel Guamán Pagay y Sandra Sánchez García, tampoco estuvieron y señalaron con otro defensor particular, y el hecho de que haya contestado otra vez no conlleva a omisión de solemnidad o mala fe para decir que con dos contestaciones ocasionan nulidad, lo que puede viciar son otras cosas que los abogados irresponsablemente actuamos faltando a nuestra ética profesional, en mi escrito del recurso de apelación que dice (da lectura la parte inicial de quien pone el recurso y de quienes representa), noten la gran diferencia cual es el contenido del recurso de apelación de la parte querellante, dice Noé García Ibarra a usted digo sigue la lectura, pero él no dice que es Procurador Común de los querellantes, lo hace a título personal, entonces la sentencia dictada para el resto de los señores Concejales no surte efecto porque es a título personal, así como ocurrió en la audiencia en la que tampoco asiste como Procurador Común y en el análisis del proceso, manifesté que el señor Juez debió haber declarado desierta la acusación por los acusadores, que no asistieron porque a la audiencia asistió únicamente el señor presente, pero tampoco como Procurador Común, quien tampoco se posesionó como Procurador Común, a diferencia de mi defendida, en todo el proceso el señor Noé García nunca comparece como Procurador Común de los demás, consecuentemente el culpable no es el Juez, si no el que hace la defensa técnica jurídica, que no le hizo posesionar, en la formulación de la acusación particular que dice en la audiencia cuando formaliza la acusación particular (da lectura), encontramos que aquí confunde entre el 489 con el 491 y que la Sala en algunos

pronunciamiento se ha dado que hay una inepta acumulación de acciones, falsas tipificación del delito, el juez no puede ir más allá de lo que piden las partes, porque la ley prohíbe al juez ir más allá de lo que piden las partes cuando se trata de acciones privadas, al formalizar la querella penal hay que determinar el lugar, día, mes y año de que fue cometido. Pero al formular la acusación, no dijo la hora en que fue cometida, el sitio del lugar de los hechos, hubo las siguientes etapas como dice aquí, llegaron a la audiencia, hubo un gran resguardo policial, unos se quedaron otros subieron, hubo una multitud de gente, (sic) la Policía controló que en la Sala no se produjeran tumultos, en la Sala estuvieron algunos querellados, otros afuera y otros en el parque, hubo un receso, los que estuvieron en la Sala no pudieron salir, de igual forma, los que estuvieron en las gradas, en el primer piso y en el parque, hubieron (sic) entre mil personas, y no es posible que las catorce personas estuvieran gritando lo que aquí se manifiesta, estuvieron dispersos, por eso es que el Juez, a pesar de que la defensa de los querellantes digan que el Juez no ha hecho nada, el Juez califica a las injurias como genéricas, los querellados estuvieron en diversos sitios, por eso el señor Juez califica como injuria genérica, imposible determinar el lugar, tiempo y espacio que hayan estado los catorce querellados lanzando injurias a los señores Concejales, reitero que el señor Juez califica de injuria genérica porque también iría en contra del Concejal Luis Montero, a quien también le ofendieron pero no se identificó quienes son, los señores Concejales que supuestamente fueron ofendidos no asistieron a la audiencia ni a la presente, también no podían asistir si ellos no apelaron, reitero en el pedido de la señora María Elena Moyano Jaramillo, quien comparece por sus propios derechos y como Procuradora Común, que se confirme la sentencia dictada por el señor Juez y se califique a la querella como maliciosa y temeraria como lo fundamento en el recurso de apelación. 4.3. La recurrente Sandra Elizabeth Sánchez y Leonor Maribel Guamán Paguay, a través de su patrocinador dice: señores Jueces y presentes, comparezco a nombre de mis defendidas, para fundamentar mi recurso porque el señor Juez Segundo de lo Penal de Bolívar no ha calificado a la querella como maliciosa o temeraria, pese a que existe una resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, en la que obliga a todos los jueces que se declare como maliciosa o





temeraria, que tiene concordancia con el Registro Oficial de 10 de mayo de 2012, en la que se reitera en el mismo sentido calificando a las denuncias como maliciosas y temerarias, razón por la que se interpuso el recurso de apelación, a lo manifestado por el señor Defensor de los Acusadores debo indicar a lo referente que existe dos contestaciones, fueron presentados en el término legal y lo sustente (sic) en la audiencia llevada a cabo ante el señor Juez Segundo de Garantías Penales, constan tres testimonios, presentados por los acusadores, las que no son unívocos, concordantes al hecho acusado, en lo que tiene que ver con mis defendidas Darwin Guamán dice (da lectura), Inés Yolanda Tarqui manifestó (da lectura), quien también dice que esa compadre (sic) con la señora del señor Noé Ibarra, razón por la que este testimonio no debe ser considerado como prueba, de la misma forma en el escrito de acusación particular y en la formulación de la acusación manifiesta al numeral 1 del art. 489 (da lectura), tipifica otros tipos penales, en esta audiencia dice que el delito era por injurias no calumniosas graves, que existe una contradicción entre los tipos penales, el hecho acusados, (sic) existe una inepta acumulación de acciones, razón por la cual al estar la sentencia del señor Juez, motivada y cumple con los requisitos de la sentencia, por lo que solicito se confirme la sentencia del señor Juez de primer nivel pero se deberá declarar la denuncia como maliciosa y temeraria. QUINTO: Análisis de la Sala. 5.1. Le corresponde a esta Sala analizar si el juzgador, al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de las personas acusadas, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues, es en base a éstas que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal establece que el juzgador debe valorar dichas pruebas, en consideración a los principios de inmediación, y contradicción. Al respecto de estos dos principios nos habla el autor Yecid Ramírez Bastidas, en su obra el juicio oral en Colombia, en la pág. 183, referente al primero nos dice la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen, añade, que es la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes

medios, como presupuestos lógicos de la sentencia. Inherente al segundo nos señala que se cumple cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral, dado que la prueba es producida en la fase procesal que controla el inferior, es precisamente este el más apto para valorar de la mejor manera los medios probatorios presentados por las partes. 5.2. Análisis de la infracción acusada y de las pruebas actuadas. El delito acusado es el de injuria no calumniosa grave, delito tipificado en el artículo 490 numerales 1, 2, y 3, sancionado por el artículo 495 del Código Penal, con las circunstancias del artículo 491 ibídem. En el delito de injurias el bien jurídico protegido es el honor. Al respecto el tratadista de derecho penal Edgardo Alberto Donna, en su obra Derecho Penal, parte especial, tomo I pág. 438, al hablar del honor, dice: "Honor es la suma de todas las cualidades, incluidos no solo los atributos morales, sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos así mismo, o la buena opinión y fama que tienen los terceros respecto de uno mismo. De tal modo, existen dos aspectos del honor, uno subjetivo que es la propia ponderación que tiene toda persona de sí misma, es decir, es un concepto propio e íntimo que cada uno realiza, con independencia de lo que consideren los demás, y otro objetivo, entendiendo como la reputación social o merito que otros hacen de la personalidad del sujeto, condicionada por el momento histórico dado... En pocas palabras, es el crédito que una persona tiene como consecuencia de la valoración social que realiza los terceros". La Constitución de la República del Ecuador, vigente en el artículo 66 numeral 18 protege este bien jurídico cuando expresa: "El derecho al honor y buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona". Nuestra Legislación en el artículo 489 del Código Penal; se refiere a la injuria no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto, y ésta última se la divide en graves o leves, conforme lo dispone el artículo 490 ut supra. En el caso de las injurias no calumniosas se produce por deshonra lo que significa quitar a una persona la honra, injuriar, despreciar a



alguien con ademanes; el descrédito, implica disminuir o quitar la reputación de una persona, lo que equivale decir hacer perder el crédito, la confianza de que goza en base a su profesión, cualidades. La norma se refiere también al menosprecio que significa mermar a una persona en la estima, en sus cualidades. La injuria tiene como elemento subjetivo el dolo (animus injurandi), esto es la intención del sujeto activo de injuriar, la conciencia de que las frases que dice son capaces de ofender a la honra o el crédito ajeno. 5.2.1. Las expresiones tenidas por injuria no calumniosas graves, por los querellantes son aquellas que el martes 25 de septiembre de 2012, a las 10h09, aproximadamente, en los alrededores de la puerta de ingreso principal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, un significativo número de seguidores del Alcalde de Chillanes (de ese entonces), mientras se desarrollaba la audiencia pública, en contra de los querellantes los querellados: Barrigas Tenenuela Adrián Danilo, Borja Cabeza Mery Raquel, Gonzalvo Pacheco Luis Edison, Guamán Paguay Leonor Maribel, Mesías Gavilanes Orlando Danilo, Moyano Jaramillo María Elena, Pinos Cabezas Marco Vinicio, Sánchez Andachi Elisa Raquel, Silva Ibarra Kléver Fernando, Velasco Rodríguez Edwin Estuardo, Verdezoto López Mario Merino, Verdezoto Rodríguez José Luis, Guamán Paguay Leonor Maribel y Sánchez García Sandra Elizabeth y José Luis Verdezoto Rodríguez expresan: "abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo, sinvergüenzas, corruptos, traicioneros, les vamos a dar boyero". Las injurias fueron reiteradamente proferidas mientras se desarrollaba la diligencia judicial, así como fueron proferidas momentos posteriores al hecho acusado, cuando se produjo un receso, y al momento de conclusión de la audiencia, injurias proferidas en lugar público, con presencia de más de 10 personas, lo cual es corroborado en la audiencia final al momento de formalizar su acusación particular. **5.2.2.** En la audiencia final la parte acusadora presenta como prueba a su favor los testimonios de: A. Darwin Iván Sánchez Paguay. Quien en lo principal expresa:... «Salí el día martes 25 de septiembre a ver qué es lo que pasaba con el juicio de peculado que tiene el Lic. Trujillo, estábamos fuera de la Corte y ahí fue el momento del ingreso de la audiencia, el momento que salían al receso y el momento que nuevamente entraron fueron las palabras que decían que son concejales

ladrones, corruptos, ratas, que van a meterles boyero, y entre ellos era el señor Mario Verdezoto, Marco Pinos, Edwin Velasco, Adrián Barrigas, Danilo Mesías, Luis Gonzalo, Raquel Sánchez, Sandra Sánchez, Leonor Guamán, Mery Borja, entre otros que no me acuerdo, también Kléver Silva, eso es lo que puedo decir». Al ser interrogado, responde. 1 ;Diga el lugar exacto donde permaneció usted el 25 de septiembre del 2012, aclara a las 10h00? R. «Yo vine a las 7 de la mañana de Chillanes más o menos y en aquel tiempo era la Corte al lado del parque, ahí permanecí como ciudadano, y más o menos se terminó a las cuatro de la tarde». 2. Al finalizar su testimonio manifestó también «era el señor Kléver Silva», por favor indique quien es esa persona. R. «Es un señor de Tablas Pamba». 3. El señor Kléver Silva, ¿dónde permaneció el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00? R. «Ahí con el grupo que gritaba incluso yo estaba con el concejal Pérez, porque él no entró a la audiencia y ahí nos gritaban a todos los que estábamos a éste lado». A las repreguntas formuladas por el Dr. Luis Guzmán dice: a la 1. ¿Diga el testigo si el martes 25 de septiembre del 2012, a partir de las 10h00 tomó contacto con todos los concejales del cantón Chillanes? R. «Al comenzar la audiencia no me acuerdo con quien no más saludaría pero lo que estuve es con el concejal Pérez el rato que estaban en la audiencia». 2. En el testimonio principal entre los acusados a mi defendida señora Leonor Guamán, le pregunto, describa en qué lugar exacto se encontraba la referida persona, en el edificio de la Corte Provincial de Justicia Provincial de Bolívar. R. «No estaban en la Corte estaban en la parte de abajo, los que gritaban estaban en la parte de abajo» 3. ¿Describa las prendas de vestir que llevaba la señora Leonor Guamán el 25 de septiembre del 2012 a las 10h00? R. «No recuerdo». El doctor Antonio Naranjo Camino, repregunta y dice: 1. ¿Conoce a la licenciada Sandra Sánchez García? R. «Claro que sí». 2. ¿Se encuentra en esta Sala? R. «Sí es la que está a lado suyo». 3. ¿Indique que si el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00 se encontraba presente la licenciada Sandra Sánchez García en las afueras del Palacio de Justicia, o en la Presidencia de la Corte de Justicia? R. «Ese día ella salió a Ambato, ese día a las diez exacto no estaba, ella después de las diez estaba ahí» 4. ¿A qué hora exacta usted le vio a la licenciada Sandra Sánchez García? R. «Ella se unió en el momento





del receso mas o menos de doce a una de la tarde, porque a las diez no estaba ahí» 5 ;Indique la hora exacta donde se produjo las injurias de parte de los acusados a los señores concejales? R. «Repito, era el momento en el ingreso a la audiencia, en el momento de la salida al receso, y al ingreso nuevamente a la audiencia, es lo que puedo decir, no estado presto para decir que soy testigo para anotar la hora». 6. ;Indique si observó personalmente si la licenciada Sandra Sánchez García injurió a los señores Concejales? R. «Yo estaba ahí». 7. ¿Indique si la licenciada Sandra Sánchez García gritaba injurias en forma personal o con el grupo? R. «Personal y con el grupo». B. Declaración de Lema Reinoso Darwin Geovanny, dice: «El 25 de septiembre del 2012 era el conocimiento público que tenía el licenciado Trujillo, peculado, entre mas o menos a las 10 de la mañana que nosotros salimos, y nos mantuvimos bajos (sic) de las instalaciones de la Corte de Justicia, cuando estaban pasando los señores Concejales a la audiencia se encontraban varios policías resguardando el lugar de los hechos, donde el momento que estaban pasando a la audiencia comenzaron a gritar en contra de los señores Concejales que eran unos corruptos, vagos, sinvergüenzas, traicioneros, ratas, ladrones, que le vamos a dar con boyero y así permanecieron diciendo con las mismas palabras en contra de los señores Concejales, en el transcurso del día en los que yo avancé a escuchar en ese momento había muchas (sic) gente quien les decía de la misma forma entre los que le ofendieron son: Mario Verdezoto, Marco Pinos, Mery Borja, Elisa Sánchez, Sandra Sánchez, Elena Moyano, Adrián Barrigas, Orlando Mesías, Kléver Silva, José Verdezoto, Ángel Vinueza y Luis Gonzalvo, y mientras a lo que salían al receso, al almuerzo, se mantuvieron ofendiendo con las mismas palabras en contra de los señores Concejales, y en horas de la tarde que se acabó la audiencia fueron lo mismo con las mismas palabras en contra de los señores Concejales que se terminó entre las cuatro». A las repreguntas responde: 1. ¿Si sabe usted por qué fue la audiencia el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10 de la mañana? R. «Sí, por que era de conocimiento público que todo el pueblo lo sabía que era en contra del licenciado Ramiro Trujillo a las diez, en bajos de la Corte de Justicia, frente al parque Central, donde se encontraban resguardando los bajos muchos policías, donde se encontraban los señores Concejales y a lo que

estaban entrando era por peculado». 2. ¿Donde permaneció usted el martes 25 de septiembre de 2012 a partir de las diez horas? R. «bajos de las instalaciones de la Corte Provincial de Justicia frente al parque central de Guaranda» 3. ¿Quién se encontraba junto a usted el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00? R. «Cómo era de conocimiento público me encontraba junto a otros quien querían saber qué es lo que pasaba como ciudadanos que somos, amigos el pueblo mismo, y que como había un sinnúmero de personas pero no tengo los nombres». 4. ;Si usted contesta, que estaba un sinnúmero de personas y qué es imposible reconocer por qué reconoce a los enjuiciados? Objeción aceptada y reformula. ¿Por qué identifica la presencia de los enjuiciados en el lugar de los hechos? R. «Porque ahí estaban de todas muchas personas, (sic) entre los que conozco y sé los nombres un sinnúmero que había y entre otros más» (sic) 5. ¿De las personas enjuiciadas el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00 si permanecieron juntos? R. Objeción aceptada. 6. ¿Si de las personas enjuiciadas por los hechos que motivan este juicio el martes 25 de septiembre del 2012 permanecieron juntos? R. «Cómo había un sinnúmero de gente entre los que yo les reconocí que estaban en contra de los señores Concejales, no sé si estaban juntos como había gran cantidad de gente» 7. En la querella penal dice que inicialmente los seguidores del Alcalde efectuaron vivas o expresiones de respaldo; por favor repita estas expresiones de vivas o respaldo. R. Objeción negada. R. «Sí había respaldo a favor del licenciado Trujillo, decían Ramiro las comunidades están contigo». 8. «Al contestar al interrogatorio principal, manifiesto cuando pasaban los señores concejales a la audiencia, por favor diga los nombres y apellidos de los señores Concejales que ingresaron a dicha audiencia». R. ¿Cómo era de conocimiento que el pueblo lo sabía? «Los nombres son Amado Cobos, Carmen Egas, Eduardo Pérez, Noé Ibarra, Mentor Huilca». 9. Al contestar la pregunta principal, dice había mucha gente, entre los que dijeron son, (sic) y detalla nos (sic) nombres de los enjuiciados, a más de ellos quienes más lanzaron las consignas en contra de los señores Concejales. R. «entre otros más, como había muchos no pude identificar». 10. ¿Cómo en forma reiterativa manifiesta que había muchas personas, cuántas personas más o menos había en dicho lugar? R. «Mas o menos ha de ver (sic) estado unas quinientas



personas». 11. ¿Si la audiencia realizada el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00 fue del señor Alcalde Ramiro Trujillo en contra señores Concejales o viceversa? Improcedente. Repreguntas de parte del doctor Luis Guzmán, 1. ¿Diga el testigo donde permaneció todo el tiempo que duró la audiencia de peculado, en el edificio de la Corte Provincial de Justicia el 25 de septiembre del 2012, esto es junto, cerca o lejos de las personas que hacían consignas en contra de los concejales? R. «Bajo las instalaciones, cerca de los sinnúmero de gente, frente al parque Central de Guaranda». 2. En la versión principal manifiesta que había aproximadamente mil personas, ;diga el testigo como pudo identificar únicamente a catorce personas entre ellas a los que ha mencionado en su versión principal?. Improcedente. Reformula la pregunta. ¿Diga el testigo si el 25 de septiembre 2012 conversó con todos los concejales del cantón Chillanes? Objeción, improcedente. 3. ¿A qué distancia del grupo de manifestantes permaneció usted el 25 de septiembre del 2012? Improcedente por indicar una pregunta generalizada al indicar a qué distancia se encontraba de los manifestantes, sin precisar cuándo estaba, que estaban en contra del alcalde y en pro del alcalde. (sic) El doctor Antonio Naranjo Camino hace repreguntas. 1. ¿Indique usted si el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10 de la mañana a qué hora exacta se encontraba a licenciada Sandra Sánchez García en las afueras del Palacio de Justicia de Bolívar? R. «A la misma hora que dice, a las diez de la mañana». 2 ¿Se encontraba el señor concejal Eduardo Cristóbal Pérez Cadme, se encontraba en las afueras del Palacio de Justicia, o en la Presidencia donde se desarrollaba la audiencia por peculado? R. ¿Se encontraba en las afueras? 3. ¿De qué manera pudo usted identificar a la licenciada Sandra Sánchez en la multitud? R. «En la voz y porque le conozco». 4. ;Al lado de que otros acusados se encontraban la licenciada Sandra Sánchez García? R. «Al lado de un sinnúmero de gente, pero no puedo concretar quien estaba al lado en ese momento». 5 ¿Al lado de que otro acusado se encontraba la licenciada Sandra Sánchez? R. «Se encontraba al lado de un sinnúmero de gente en este momento amplía que también se encontraba Edwin Velasco, es todo lo que puedo decir». C. Declaración de Inés Yolanda Tarqui López, quien dice: «El martes 25 de septiembre del 2012 a las 10h09 minutos, cuando ingresamos

nosotros acá a la Corte, escuché que les gritaban a los señores concejales diciéndoles abajo concejales corruptos, abajo concejales sinvergüenzas, traicioneros, ladrones, ratas, les vamos a mandarles dando con un boyero, luego se mantenían gritando en la puerta de la Corte, luego salimos a un receso, y de igual manera diciéndoles así a los señores concejales, los señores mencionados eran el señor Mario Verdezoto, Marco Pinos, Nelly Borja, Leonor Guamán, Adrián Barrigas, Kléver Silva, Danilo Mesías, Angel Vinueza, Luis Gonzalo, (sic) Elena Moyano, José Luis Verdezoto, ellos fueron los que les conocí, a la señorita Sandra Sánchez, Raquel Sánchez, a ellos son los que conocí en ese numeroso grupo de gente, luego así se mantenían gritando hasta que salimos en la tarde, cuando eran mas o menos las cuatro o cuatro y media de la audiencia, se mantenían gritando las expresiones no les importaban que estaba un grupo de policías. Eso es todo». El doctor Bolívar Ulloa, hace repreguntas. A la 1. ¿Dónde se encontraba usted y en compañía de qué personas el martes 25 de septiembre 2012 a partir de las 10h00? Reformula la pregunta y dice. ¿En dónde se encontraba usted el martes 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00? R. «En los bajos de la Corte». 2. ¿En compañía de qué personas se encontraba usted en el día y hora indicada en la pregunta anterior? R. «En compañía de unos amigos y mis hijas Carla Yánez y Anita Yánez». 3. ¿Diga los nombres de los amigos que se encontraba usted? (sic) R. «Con la señora Elizabeth Martínez, Vicente Alarcón, con ellos vine». 4 ¿Usted le conoce a la señora Martha Beatriz Reinoso Quinatoa, Darwin Iván Sánchez Paguay y Darwin Geovanny Lema Reinoso? R. «Si les conozco». 5 ¿Sí las personas indicadas en la pregunta anterior se encontraban junto a usted el 25 de septiembre del 2012 a partir de las 10h00? R. «Estaban conmigo, no les he visto». 6. ¿De las personas enjuiciadas en esta causa y que usted ha expresado sus nombres y apellidos, se encontraban juntos y en el mismo lugar? R. «Si estaban en un grupito, lo que no les vi yo en la mañana es a la señorita Sandra Sánchez (sic)»7. ¿Cuántas personas más o menos se encontraban en el lugar de los hechos, el martes 25 de septiembre del 2012? R. «Mas o menos unas 200 o 300 personas que se encontraban al frente de la Corte». 8. ¿Si sabe por qué fue la audiencia del martes 25 de septiembre del 2012 en la Corte Provincial? R. «Improcedente». 9 ¿Sí sabe que la audiencia que se llevó a cabo en





la Corte Provincial fue o no del Alcalde en contra de los concejales o viceversa? Improcedente, 10 ¿Si las expresiones que dice usted haber escuchado de todos los enjuiciados de esta acción fueron repetidos por más de 200 personas que usted dice se encontraban en el lugar? R. «Porque yo mas o menos les conozco a ellos» 11. ¿A más de las expresiones que es materia de esta acción si la multitud lanzó otras expresiones a favor del señor Alcalde de Chillanes? R. «Desconozco». 13 ;Si sabe quiénes de los señores Concejales ingresaron a la Sala de la Corte Provincial? R. «Sí, Lic. Carmita Egas, Amado Cobos, Noé Ibarra, a ellos les vi que entraron». 14 ¿Usted llegó a conocer la Sala de la Corte Provincial? R. «No». El doctor Luis Guzmán, repregunta. 1. ¿Diga la testigo en qué parte de la multitud se encontraba la señora Leonor Guamán el 25 de septiembre del 2012, a eso de las 10h00 en los bajos de la Corte Provincial de Bolívar? «Frente a la Corte estaba». 2. ¿Diga si la señora Leonor Guamán se encontraba al frente, en la mitad, o en la parte posterior de la multitud en el día, hora y lugar antes referido? R. «Yo le vi que estaba en la mitad del grupo de personas que estaba ahí». 3. ¿Diga usted si es compadre para el señor Noé Ibarra Arboleda concejal del cantón Chillanes? R. Reformula la pregunta. ¿Diga si entre usted y el concejal Noé Ibarra Alborada, (sic), son o no compadres? R. «Sí, con la esposa del señor Noé Ibarra». El doctor Antonio Naranjo Camino contrainterroga. 1. ;Indique usted si escuchó u observó las injurias proferidas por los acusados en contra de los señores Concejales, el martes 25 de septiembre del 2012 a las 10h09 aproximadamente? R. «Sí vi». 2. ¿Dónde se encontraba usted al momento que se produjeron las injurias el martes 25 de septiembre del 2012 a las 10h09, en las afueras del Palacio de Justicia o en la Sala de la Presidencia de la Corte Provincial? El Juzgado indica ya tiene contestado. 3. ¿A qué hora exactamente le vio a la licenciada Sandra Sánchez García el 25 de septiembre del 2012 en las afueras del Palacio de Justicia de Bolívar? R. «Yo le vi más o menos de 3 a tres y media yo le vi». 4 ¿Se encontraba el señor concejal Eduardo Cristóbal Pérez Cadme, en las afueras del Palacio de Justicia o en las afueras de la Corte? R. «Estaba afuera y no entró». 5 ¿Qué injurias profirió Sandra Sánchez García en contra de los señores concejales? R. «A la parte de estaban juntamente en el grupo, estaban insultando a los señores concejales, agrediendo con esas palabras

que ya mencioné que gritaban». 6. ¿Usted mantiene o mantuvo relación de dependencia con el Municipio de Chillanes? R. «Sí». 4.2.3. De su parte los querellados o acusados presentan como prueba las declaraciones de: A. Tuglema Guamán Víctor Hugo, quien dice: «Nosotros llegamos aproximadamente a las nueve y media de la mañana de ahí pidieron a los que tengamos cédula para pasar a la audiencia, y pasé yo uno de los diez, para pasar a la Sala de audiencia, y estaba junto al señor Kléver Silva, desde ahí el señor Juez pidió que apaguemos los celulares, que no haga bulla y que el que hace bulla se va, de ahí únicamente lo que se escuchaba que abajo hacían bulla, la multitud de gente, encima no se entendía lo que decían, no se entendía motivo alguno que ofendían a los señores concejales, eso fue todo de lo que pude escuchar, y que estuve junto al señor Kléver Silva, y de la parte de abajo no se pudo escuchar ninguna injuria a los señores concejales, no hubo por qué tratar mal a nadie, porque nosotros únicamente salimos acompañar al señor alcalde porque nos enteramos que había un juicio de peculado, en ese entonces no se podía tratar mal a nadie porque no existía discordia entre los señores Concejales y el señor Alcalde, es todo lo que puedo decir». El Dr. Eduardo González, repregunta. A la 1. ¿Indique si usted fue trabajador del Municipio de Chillanes? R. Responde «No he sido nunca trabajador del Municipio». 2. ¿Indique si a usted y la comunidad la que pertenece, han sido beneficiados de obras por parte del Municipio de Chillanes? Califica de improcedente, por cuanto no tiene relación a los hechos motivos de esta querella. 3. ¿Cuántas personas aproximadamente vinieron el 25 de septiembre del 2012 a la audiencia a la que usted se refirió? R. Vinimos (sic) un número aproximado de mil doscientas personas. 4. Indique quien canceló el valor de su traslado a la indicada audiencia. R. Improcedente. 5 ;Indique cuántas veces ha declarado como testigo en juicios relacionados al licenciado Trujillo, alcalde de Chillanes? R. «Es la primera vez que declaro». 6. ¿Indique si usted ingresó en el indicado día a la oficina de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Guaranda, que pertenece a la provincia Bolívar? R. «Si ese día de la audiencia a las diez de la mañana, ingresé a la audiencia, donde repito el señor Juez pidió que no haya ninguna bulla». B. Declaración del señor Ángel Horacio Huilca Andrade, mismo que dice: «En esa mañana pedí permiso al



Jefe de Talento Humano para acompañar a la audiencia de acusación que seguía la Contraloría al señor Alcalde por un presunto juicio de peculado, me trasladé a Guaranda, en mi vehículo acompañado de otros miembros de diferentes comunidades de nuestro cantón, llegamos a Guaranda y nos hicieron pasar a unos como representantes comunitarios y a otros como acompañantes del señor Alcalde, en este caso como funcionario municipal y como representante de mi comunidad del Cerro Negro, subí a la Sala, en ese momento leyó las normas que debe adoptar cada una de las personas dentro de la Sala y una de ellas era, guardar absoluta discreción, no hacer bulla ni interferencias, apagar los celulares y se procedió a la audiencia, yo me encontré ahí y vi al señor Kléver Silva que estaba desde el momento que inició la audiencia hasta el momento que terminó la audiencia, incluido el receso, durante el proceso de la audiencia había gritos pero no se podía clarificar que es lo que decían porque me encontraba concentrado en el desarrollo de la audiencia, por lo tanto no puedo afirmar ni determinar que se lanzaron gritos con consignas en contra de ningún funcionario o de los concejales. El doctor Eduardo González, le repregunta. 1. ¿Diga si usted trabaja en el área de compras públicas del gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes? R. Sí. 2. ;Indique en que administración entró a trabajar en dicha dependencia pública? R. «Desde el primer día laborable del mes de enero del 2012, en la administración del licenciado Ramiro Trujillo». 3. ¿Indique el nombre de la máxima autoridad de la referida Institución que usted trabaja? R. «Lic. Ramiro Trujillo Mena». C. declaración de la señora Anita María Cruz Granizo, quien expresa: «el día martes 25 de septiembre llegué aproximadamente a las nueve y treinta a respaldar al licenciado Ramiro Trujillo por un presunto peculado, que tengo entendido fue denunciado por la Contraloría en la Fiscalía, estábamos aproximadamente un promedio de 1.200 personas o más tal vez, respaldando al licenciado a las diez de la mañana más o menos, no fue mucho tiempo de lo que llegamos, el licenciado entró y comenzamos a dispersarnos unos se quedaron en la puerta de la entrada y como en el caso mío, del señor José Luis Verdezoto, del señor Adrián Barrigas nos dirigimos al centro del parque, donde permanecimos conversando, el señor Adrián y José Luis Verdezoto dio agua a la gente, a las 12 del día mas o menos del

día llegó la señora Elena Moyano aproximadamente estuvo con nosotros una hora, porque nos fuimos a comer, también estuvo con nosotros el señor Mario Verdezoto (sic) permanecimos hasta la una de la tarde, y nos fuimos a comer, regresamos al parque nuevamente ya no estuvo José Luis Verdezoto (sic) ni la señora Elena Moyano, permanecimos hasta las cuatro de la tarde ahí por boca de José Luis me enteré que habían subido a la Sala donde se encontraban en el juzgamiento del licenciado es todo lo que puedo decir. El doctor Eduardo González, repregunta. 1. ;Indique si usted trabajó para el Municipio o Gobierno Autónomo del Municipio de Chillanes? R. «Sí yo trabaje tres meses». 2. ¿Indique en que Administración se refiere trabajó usted en dicho Municipio? R. «En la administración del licenciado Ramiro Trujillo». 3. ¿Indique la declarante que parentesco tiene con la mujer del acusado Luis Verdezoto Rodríguez? R. Es mi hermana». 4. ¿Usted en su declaración indicó que dos de los acusados repartían agua en poma a la gente, ;indique quien proporcionó dicha agua? R. «No podría indicar, desconozco». 5 ¿Diga si en el indicado día en algún momento ingresó a la oficina de la Presidencia de la Corte de Justicia de esta Provincia? «No». D. Declaración del señor Olmedo Hidalgo Velasco Rodríguez quien, dice: «Que el martes 25 de septiembre del 2012, acudimos a Guaranda un numeroso grupo de chillanenses a respaldar al licenciado Ramiro Trujillo Alcalde este grupo era mas o menos de mil doscientas personas, el objetivo era respaldar porque ese día había una audiencia porque seguía la Contraloría en la Fiscalía, en ese respaldo se hacía con vivas, con gritos, ¡justicia, justicia!, ¡Ramiro el pueblo está contigo!, eso escuché yo, de lo que dice de los compañeros todos estábamos en grupo reunidos, no se sabía dónde estaban los compañeros acusados unos estaban por un lado otro por otro lado, unos señores acusados repartían agua a los demás, otros descansábamos en las bancas del parque, así pasamos todo ese tiempo hasta que se terminó la audiencia, en ningún momento se ha gritado escuchado pues que se ha gritado en contra de los señores concejales. Es todo lo que puedo decir. El doctor Eduardo González, hace las repreguntas. 1. ¿Diga si trabajó para el Municipio o Gobierno Autónomo Descentralizado de Chillanes? R. «Mi persona no ha trabajado para el Municipio». 2. ¿Diga si tiene algún grado de parentesco con alguno de los acusados en este juicio? R. «Con uno





de ellos creo que tengo algún grado de parentesco, con Edwin Estuardo Velasco Rodrigo, soy tío de él». E. Declaración de Milton Guillermo Mesías Bonilla, indica que, el día 25 de septiembre del 2012, yo me trasladé desde Chillanes con una orden de movilización en el vehículo que se encuentra a mi cargo con una comisión de personas hasta la Prefectura, luego de haberle dejado a los señores en la Prefectura, me acerqué hasta la planta baja de la Corte Superior de Justicia para acompañar al señor Alcalde a la audiencia que se estaba realizando al momento al llegar a la Corte Superior, pude observar que hubo un piquete grande de policías en la puerta de ingreso por lo que era totalmente difícil ingresar a la Corte por lo que decidí quedarme afuera, saludando con algunos dirigentes de comunidades que se han trasladado desde Chillanes a Guaranda, permanecí allí aproximadamente por unas tres horas mientras duraba la audiencia, pude observar que había unas mil a mil cien personas que acompañaban a la audiencia todos ellos eran de Chillanes, pude observar al señor concejal Eduardo Pérez con la señora concejal Carmen Egas, que se encontraban al otro lado del parque, con unas personas que son del sector de las Guardias entre ellos un señor de apellido Sánchez, unos señores Aguilar de San Francisco, un señor Arboleda, de los que pude identificar, se escuchaba que la gente gritaba, decían ¡queremos justicia, queremos justicia! repetidas veces, decían ¡alcalde amigo el pueblo está contigo!, repetidas veces, eso fue lo que pude apreciar. El doctor Eduardo González, hace las siguientes repreguntas. 1. ¿Indique en que Institución trabajó? R. «Como tengo indicado yo trabajo en el Municipio de Chillanes». 2. ¿En qué administración inició a trabajar en el Municipio de Chillanes? R. En la administración del licenciado Ramiro Trujillo. 3. ¿Diga si tiene parentesco con alguno de los acusados cuyos nombres se les dio lectura? R. «Sí, Orlando Danilo Mesías es mi hijo». F. Declaración de, Willian Edison Chacha Saltos, en lo medular expone: el 25 de septiembre, salí de Chillanes a las ocho y media de la mañana en un vehículo Vitara de un amigo, llegué a Guaranda, donde pude observar una multitud de gente (sic) y un cordón de policías, esa gente se mantuvo en el parque de Guaranda y ahí lo que decían es viva el alcalde y pedían justicia y era una multitud de unas mil cien personas, en eso yo como me llamaron hacer esta declaración de parte de la señorita Sandra Sánchez, jamás

pude ver a ella ni de mañana ni tarde, eso es todo lo que tengo que decir. El doctor Eduardo González hace repreguntas. 1. ;Indique en qué Institución trabaja? R. «En el Municipio de Chillanes, recién tengo un mes de trabajo». 2. ¿Indique en qué administración ingresó a trabajar. R. «Entré en esta administración del señor alcalde Ramiro Trujillo». 3. ;Indique si es pariente, amigo íntimo o compadre de alguno de los acusados? R. «No tengo ningún parentesco con nadie, son conocidos». G. Declaración de William Danilo Castillo Arteaga, mismo que señala: «el día 25 de septiembre en horas de la mañana trasladé a Guaranda a realizar unos trámites en el Ministerio de relaciones Laborales ya que ejerzo el cargo de Jefe de Talento Humano en el GAD del cantón Chillanes, luego de hacer los trámites procedía dirigirme a la Corte acompañarle al alcalde Ramiro Trujillo que tenía audiencia del presunto peculado, en las cuales pude ingresar junto a él a la Sala que se dio la audiencia en compañía de otros compañeros más y presencié todo la audiencia y cuando tocó retirarse nos trasladamos hasta una sede de una asociación de la Fecabrunari, tuvimos una pequeña sesión con compañeros de nuestro Cantón y de ahí regresamos a nuestros domicilios«. El doctor Eduardo González hace las siguientes repreguntas. 1 ¿Indique qué tiempo trabaja como responsable de Talento Humano o Recursos Humanos en el GAD de Chillanes? R. «Desde cuando inició la administración del señor alcalde Ramiro Trujillo». 2 ;Indique si tiene parentesco con alguno de los acusados? R. «Parentesco no tengo con nadie simplemente compañeros de trabajo». 3. ¿Indique si es amigo íntimo o compadre de alguno de los acusados? R. «De nadie». H. Declaración de Fanny Yadira Guamán Tumailla, quien señala: «vengo a declarar que la licenciada Sandra Sánchez estaba conmigo el 24 de septiembre del 2012 llegó a las nueve de la noche a mi domicilio que está ubicado en Ambato, yo vivo en Ambato y al siguiente día nos fuimos al hospital del IESS, hacerse atender, estábamos en el Hospital hasta las 11 de la mañana luego regresamos a la casa y ahí almorzamos y ella salió de Ambato a las dos de la tarde a Chillanes. Eso es lo que tengo que decir el 24 de septiembre, estaba conmigo en Ambato, y el 25 regresó a eso de las dos de la tarde Chillanes». El doctor Eduardo González, hace las siguientes preguntas. 1. ¿Diga en qué trabajaba en el mes de septiembre del año 2012? R. «Estoy en mi domicilio me



dedico a quehaceres domésticos». 2. ¿Indique si tiene parentesco con alguno de los acusados? R. «Ninguno». 3 ;Indique si es amiga íntima o comadre de la persona que le pidió que venga a declarar? R. «Soy conocida». 4. ;Indique si usted habitualmente recibe a pernoctar en su domicilio a personas conocidas? R. «Yo le recibí porque ella es conocida del mismo Cantón yo también soy del cantón Chillanes por eso le recibí en mi domicilio» 5. ; Si dice haber acompañado a su conocida al Hospital del IESS en el cantón Ambato para recibir atención médica, indique en que servicio hospitalario se hizo atender en ese día? R. «En el Departamento de Ginecología». 5. ¿Indique a qué hora tuvo el turno su conocida en el Hospital del IESS de Ambato Departamento de Ginecología, el 25 de septiembre del 2012. R. «A las ocho de la mañana». 6 ;Indique a qué hora del indicado día concluyó la atención médica de su conocida en el referido servicio hospitalario? R. «A las 11 de la mañana». 7 ¿Indique en qué empresa de transporte público regresó su conocida o lo hizo en vehículo privado? R. «Regresamos en el bus de línea 4 que pasa por Ficoa, Atocha la Simón Bolívar». **5.2.3.** De las pruebas aportadas por los querellantes se aprecia que los testimonios vertidos por Darwin Juan Sánchez Paguay, Darwin Geovanny Lema Reinoso e Inés Yolanda Tarqui López, al enunciar que han escuchado las injurias proferidas a los querellantes de «abajo los concejales corruptos, ratas ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo, sinvergüenzas, <u>corruptos, traicioneros, les vamos dar boyero»</u> (subrayado es de la Sala) no precisan a quien de los concejales se dirigían las mentadas expresiones, si era a Mentor Huilca Cobos, José Amado Cobos, Eduardo Cristóbal Pérez Cadme, Carmen Isabel Egas o Jaime Noé Ibarra Arboleda, pues los mentados concejales según los testimonios estuvieron ingresando al interior de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, puerta principal, en forma conjunta donde han sido víctimas de las injurias precedentes, se dice en forma genérica concejales, pero a quien de ellos, ya que la injuria debe tener un destinatario específico, singular y no pluralizar. A más de ello hay que tomar en cuenta lo sostenido por la Ex Corte Suprema de Justicia, que los artículos 489 y 491 del Código Penal, en relación al animus narrandi, en precisión de orden legal, doctrinario y jurisprudencia: «1 En la legislación ecuatoriana, el delito de injurias, conforme al artículo 489 de la Ley Sustantiva

Penal, se clasifica en calumniosa y no calumniosa, dividiéndose esta última en grave y leve. La injuria calumniosa... consiste, de conformidad con el referido artículo 489 del Código Penal, "en la falsa imputación de un delito"; empero, como no basta con que una persona se le califique genéricamente de delincuente -verbi gratia ladrón, estafador o violador- sino que las expresiones han de ser específicas y determinadas, como bien lo advierte el autor Carlos Cisneros Pazmiño cuando afirma que "la imputación debe ser determinada: el hecho delictivo tiene que ser preciso, concreto y determinados, sin importar si se trata de un delito consumado, frustrado o en grado de tentativa; no basta las imputaciones vagas o genéricas, como el llamar ladrón o estafador a un individuo" (Dr. Carlos Cisneros Pazmiño, la Calumnia, en Jurisprudencia Especializada Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, tomo III, julio octubre 2004, p. 27). Por lo que cualquier juez que aceptare una acusación violando el principio dispositivo y del principio de eficacia, evidentemente que no actúa con la debida diligencia que le exige el art. 172, inciso 2.º de la Constitución de la República» (sentencia dentro del proceso nro. 660-2012; Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia, Quito, septiembre 27 del 2012). Aplicado lo aludido a las expresiones vertidas se mezcla los tipos de injurias calumniosa (ladrones, corruptos) y no calumniosa (sinvergüenzas, traicioneros, vagos, ratas), por tanto no hay determinación, precisión y concreción de las injurias exteriorizadas. La prueba aportada por los querellantes solo se remiten a expresar que han concurrido al lugar de los hechos y que nada han escuchado en cuanto a las injurias no calumniosas graves, sino otro tipo de expresiones en favor del Alcalde de Chillanes de aquel entonces y que por encontrarse en el interior de la Presidencia en el desarrollo de la diligencia judicial no se escuchaba nada. En el caso sub-judice, según el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal la prueba debe ser apreciada por el juez o tribunal, en conjunto, en forma total, no parcial. A esta forma de valorar la prueba es lo que la doctrina llama valoración sistemática, lo cual se ha plasmado en esta sentencia, a ello se suma que en materia penal es indispensable que para emitir sentencia condenatoria, exista certeza de la existencia del delito y responsabilidad del o los acusados, lo cual se deriva del análisis de las pruebas que cada juez o tribunal realiza, si existe la comprobación





de estos elementos, el juez debe dictar sentencia condenatoria, caso contrario absolverá a los procesados. Sobre la base de lo expuesto la Sala, AD-MINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA: Rechaza el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, Noé Ibarra Arboleda, María Elena Moyano Jaramillo, Sandra Elizabeth Sánchez García y Leonor Maribel Guamán Paguay; por tanto, confirma en todas sus partes la sentencia emitida por el Juez Segundo de Garantías Penales de Bolívar. 2. Absuelve a: Mario Marino Verdezoto López, Marco Vinicio Pinos Cabezas , Mery Raquel Bor-

ja Cabezas, Elisa Raquel Sánchez Andachi; Sandra Elizabeth Sánchez García, Leonor Maribel Guamán Paguay; Adrián Danilo Barrigas Tenenuela; Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Luis Edison Gonzalo Pacheco, María Elena Moyano Jaramillo, Orlando Danilo Mesías Gavilánez, Ángel Benigno Vinueza, José Luis Verdezoto Rodríguez; y Kléver Fernando Silva Ibarra, ecuatorianos y domiciliados, en el cantón de Chillanes, provincia de Bolívar. 3. La acusación particular deducida no es maliciosa ni temeraria. Notifíquese.

f) Drs. Álvaro Ballesteros Viteri, Ponente. Washington Bazantes Escobar. Hernán Cherres Andagoya. Jueces.

# CASACIÓN

Resolución nro. 107- 2014; Juicio nro. 1279-2013

Juicio penal por injurias propuesto por Mentor Viterbo Huilca Cobos y otros, contra Mario Merino Verdezoto López y otros

Juez ponente: Dr. Paúl Íniguez Rios

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 21 de enero del 2014; las 10h00.

**VISTOS:** 

#### **ANTECEDENTES:**

Conforme consta de la denuncia presentada por los señores MENTOR VITERVO HUILCA CO-BOS, CARMEN ISABEL EGAS VELASCO, JOSÉ AMADO COBOS ZABALA, JAIME NOE IBARRA ARBOLEDA, EDUARDO CRISTO-BAL PÉREZ CADME, Conceiales del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Chillanes, provincia de Bolívar, los hechos se produjeron el martes 25 de septiembre del 2012, a las 10 horas 9 minutos, cuando los mencionados concejales concurrieron al despacho de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, a la realización de una audiencia preparatoria de Juicio y dictamen Fiscal por un delito de peculado seguido contra el señor José Ramiro Trujillo Mena, Alcalde del cantón y otros funcionarios, en la que previo a la instalación de la audiencia el indicado Alcalde había movilizado a un significativo número de personas que se apostaron alrededor de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, quienes desde la puerta de ingreso a la Institución, empezaron a proferir varias expresiones tales como:

"abajo los concejales corruptos, ratas, ladrones, sinvergüenzas, concejales vagos, abajo, abajo, sinvergüenzas corruptos, sinvergüenzas corruptos, sinvergüenzas, les vamos a dar boyero", y que dichas expresiones fueron emitidas por: Elisa Raquel Sánchez Andachi, Leonor Maribel Guamán Paguay, Adrián Danilo Barrigas Tenenuela, Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Klever Fernando Silva Ibarra, Sandra Elizabeth Sánchez García, de lo cual los querellantes formularon acusación particular contra Mario Merino Verdezoto López, Marco Vinicio Pinos Cabezas, Mery Raquel Borja Cabezas, Elisa Raquel Sánchez Andachi, Leonor Maribel Guamán Paguay, Adrián Danilo Barrigas Tenenuela, Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Klever Fernando Silva Ibarra, Luis Edison Gonzalvo Pacheco, Orlando Danilo Mesías Gavilánez, Jose Luis Verdezoto Rodríguez y Ángel Benigno Vinueza, y María Elena Moyano Jaramillo, procuradora común de los prenombrados querellados. Realizado el reconocimiento de la querella por los querellantes el JUZGADO SEGUNDO DE GA-RANTÍAS PENALES DE BOLÍVAR, la acepta a trámite, y con fecha 27 de septiembre del 2013, las 12h17, se ordena la respectiva citación a los querellados.

Con fecha 22 de abril del 2013, las 8h38, el JUZGADO SEGUNDO DE GARANTÍAS



PENALES DE BOLÍVAR, en sentencia, aceptando las excepciones de los querellados rechaza la acusación particular interpuesta por los querellantes.

Uno de los querellantes señor JAIME NOE IBARRA ARBOLEDA, así como la procuradora común de los querellados señora MARÍA ELENA MOYANO JARAMILLO, e indistintamente las querelladas SANDRA ELIZABETH SÁNCHEZ GARCÍA Y LEONOR MARIBEL GUAMÁN PAGUAY, en forma paralela interponen recursos de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justica de Bolívar, la misma que con fecha 01 de agosto del 2013, las 11H38, dicta sentencia y rechaza los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales. De dicha sentencia la procuradora común de los querellados interpone recurso de casación.

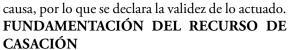
Una vez que se ha sustanciado el recurso conforme a las normas procesales penales, llegando el momento de resolver, para hacerlo se considera:

# **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182 último inciso de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este tribunal designado mediante sorteo de ley<sup>1</sup>, se encuentra conformado por la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional; y, los doctores Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, Paúl Íniguez Ríos, Juez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer el recurso de casación penal planteado, con arreglo a las normas adjetivas establecidas en el artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

# VALIDEZ PROCESAL

En la sustanciación del presente recurso de casación, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta



La señora María Elena Moyano Jaramillo, procuradora común de los señores: Mario Merino Verdezoto Lopez, Marco Vinicio Pinos Cabezas, Mery Raquel Borja Cabezas, Elisa Raquel Sánchez Andachi, Leonor Maribel Guamán Paguay, Adrián Danilo Barrigas Tenenuela, Edwin Estuardo Velasco Rodríguez, Klever Fernando Silva Ibarra, Luis Edison Gonzalvo Pacheco, Orlando Danilo Mesías Gavilánez, José Luis Verdezoto Rodríguez y Ángel Benigno Vinueza, por intermedio del abogado Dr. Bolívar Ulloa, en la fundamentación del recurso de casación manifestó lo siguiente:

- a) Que en el mes de diciembre del año 2012 en Guaranda, los señores Concejales del Municipio del Gobierno Autónomo Descentralizado de Chillanes, provincia de Bolívar, formularon una querella por supuestas injurias en contra de catorce personas, entre las que están incluidas particulares y personal del Municipio. Una vez llevado a cabo el procedimiento legal correspondiente, concluyó con la sentencia dictada por el Juez del Juzgado Segundo de Garantías Penales el 22 de abril del 2013, quien en la parte pertinente calificó a la querella como una acusación genérica, porque los querellantes acusaron que los catorce acusados los habían injuriado. Que dentro de la prueba se justificó que era imposible injuriar a los señores concejales. Que por la apelación presentada por los querellantes, la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, determinó que la querella era genérica y que no se podía justificar en cuanto al lugar, tiempo y espacio.
- b) Al finalizar su exposición, solicitó que se declare la querella como maliciosa o temeraria y se proceda conforme consta en la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 633 de 03 de febrero de 2012.

# CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN

 a. Que el recurso de casación se ha planteado para que se aplique la resolución de la Corte Nacional publicada en el Registro Oficial 633 de 03



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Código Orgánico de la función Judicial, artículo 196.



de febrero de 2012. En atención a la teoría del caso, debe considerarse que los trabajadores del Consejo Municipal con la anuencia del personal de la oficina de Recursos Humanos y por orden del Alcalde, en las instalaciones del Consejo Municipal, divididos en grupos diferentes; unos apostados en las gradas, otro grupo en el parque y otros dentro del Edificio de la Corte, donde asistieron a una audiencia, empezaron a gritar específicamente "abajo los concejales corruptos", "ratas", "ladrones", "sinvergüenzas". Sic y que eso repetían en varias ocasiones.

b. Que en la sentencia de primera instancia, ya se calificó la querella como no maliciosa y temeraria al igual que la Corte Provincial la califica de la misma manera. Por lo tanto se ha aplicado la resolución de la Corte Nacional de Justicia, por lo que solicito que se ratifique la sentencia que ha sido emitida por las dos instancias.

### EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación en materia penal se encuentra contemplado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Su procedencia exclusivamente depende de tres hipótesis de violación a la ley taxativamente establecidas, estas son: contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación. El conocimiento y resolución de este recurso extraordinario le corresponde a la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Siendo un recurso de carácter extraordinario, no procede en contra de toda resolución judicial ni se puede interponer en cualquier circunstancia, sino exclusivamente de aquellas resoluciones de segunda instancia y por las causales previamente establecidas en la ley. No significa una nueva instancia en la que se analice más allá de los aspectos en los que se funda la impugnación de la sentencia, salvo en los casos en que se case de oficio la sentencia, de haber mérito para aquello. El Estado ha garantizado el derecho a la defensa en cualquiera de las etapas procesales, en base a ella y habiéndose garantizado ese derecho ineludible es que la parte impugnante ha llegado con la interposición de su recurso hasta este máximo órgano de administración de justicia ordinaria para hacer valer sus derechos y solicitar al Tribunal de casación corregir los errores de derecho dentro de una sentencia que estiman injusta. Como lo señala el autor Rodríguez Choconta, en su obra "Casación

y Revisión Penal", Editorial Temis S.A. Pág. 49, quien señala que: "La proposición jurídica es una carga para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al órgano judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada, postulando un cargo dentro de una causal legalmente prevista, señalando su trascendencia en la sentencia, las normas jurídicas vulneradas, directa o indirectamente, (...)". Es decir que el Tribunal de casación realiza un análisis de la fundamentación del recurso por parte del recurrente y verifica las violaciones a la ley contenidas en las normas aplicadas dentro de la sentencia, la cual es motivo de impugnación, siendo el impugnante quien alega las supuestas vulneraciones.

#### EL DELITO DE INJURIA

En nuestra legislación el delito de injuria se encuentra regulado en los artículos 489 al 502 del Código Penal Sustantivo, esta puede ser, calumniosa y no calumniosa; la primera consiste en la falsa imputación de un delito y la segunda consiste en cualquier expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona o cualquier acción ejecutada con el mismo objeto, y puede ser, grave cuando se imputa un vicio o falta de moralidad, que pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses de la persona ofendida, las imputaciones que son consideradas en el concepto público como afrentosas, las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias de la persona ofendida y de la persona ofensora, por bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra; leve cuando se atribuye a una persona hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra de la persona injuriada.

El artículo 66.18 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas: "El derecho al honor y al buen nombre (...)", por lo tanto el delito de injuria atenta contra estos derechos, de tal manera que merece un juicio de reproche cuando la conducta de acuerdo a las circunstancias que rodean al hecho, se adecúe al tipo penal que en la ley penal se encuentre prestablecido.

El autor argentino Edgardo Donna en su libro Derecho Penal. Parte Especial, señala respecto de la injuria lo siguiente: "El fundamento radica en la vulneración al honor objetivo. Si bien estos sujetos



pasivos en algunos supuestos no podrán comprender el carácter deshonrante de la expresión inferida, esta podrá constituir un descredito, afectando su reputación frente a los demás"<sup>2</sup>. En tal virtud la vulneración en contra del honor debe necesariamente ser probada y no admitir cuestionamiento alguno, puesto que la decisión con respecto a establecer si se ha lesionado el honor, no se la puede aseverar en base a presunciones sino a hechos probados y verificables, para establecer la responsabilidad y por ende la sanción respectiva.

# ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

PRIMERO: El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, como se dijo anteriormente, establece las causales para la procedencia del recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, esto es, que se desobedece o se actúa en contrario de los que la ley expresamente señala; por indebida aplicación, es decir, se aplica una norma legal de manera errónea a determinado caso; o por errónea interpretación, cuando se llega a una interpretación de la norma distinta a su verdadero sentido.

SEGUNDO: Es importante dejar claro, que al Tribunal de Casación, no le corresponde realizar una nueva valoración de la prueba practicada en juicio; lo que si concierne analizar y verificar, es que la prueba haya sido actuada con observancia de los principios que la regulan, sujetándose a las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República y artículos 79 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, consecuentemente este Tribunal tiene potestad para verificar que en la valoración de la prueba se haya aplicado las reglas de la sana crítica por parte del juzgador y solamente, cuando se revele evidentes violaciones a este principio cabe corregir el error en derecho.

Es de anotar, que la sana crítica comporta ciertamente la aplicación de la recta moral, de la razón, de la 1ógica, de las reglas que componen la teoría del conocimiento; aquella no pugna con el "principio de la verdad procesal"<sup>3</sup>, en virtud de que las reglas de la sana crítica se utilizan para apreciar y valorar la prueba aportada, no se trata de un arbitrio que pueda ser ejercido de forma indis-

criminada por parte del juez para resolver sobre el estado de libertad de una persona, sino que la resolución únicamente se basa en las aportaciones dadas en juicio por las partes procesales.

**TERCERO**: En la fundamentación del recurso de casación, la parte recurrente y procuradora judicial señora MARÍA ELENA MOYANO JARA-MILLO, por intermedio de su abogado defensor Dr. Bolívar Ulloa, realizó una explicación amplia de los hechos sucedidos y motivo de las injurias, solicitando al final de su fundamentación al Tribunal de Casación que se aplique la resolución de la Corte Nacional publicada en el Registro Oficial 633 de 03 de febrero de 2012. En ninguna parte de la fundamentación la casacionista, mencionó la causal por la cual se ha interpuesto el recurso de casación, acorde a lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud la fundamentación de la parte recurrente ha sido limitada, y no se subsume dentro del marco de lo que implica la fundamentación de un recurso de casación como así lo determina la ley, ya que fundamentar consiste en que el casacionista determine los errores de derecho en la sentencia impugnada, expuestos ante el Tribunal de casación para que este a su vez entre a analizar las alegaciones contenidas en la fundamentación y verifique si existen o no violaciones a la ley en la sentencia recurrida, tal como lo expone el profesor uruguayo Enrique E. Tango, referente a la fundamentación del recurso de casación expresa: "Es un recurso extraordinario por cuanto exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley, por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso"<sup>4</sup>. Es decir que es obligación del recurrente establecer las causales en las que se incurre en la sentencia recurrida y explicarlas al Tribunal de casación ya que este no puede hacer las interpretaciones de lo que el casacionista pretende. Por otro lado el recurrente al solicitar al Tribunal que se aplique la resolución de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 633 de 03 de febrero de 2012; es impertinente e improcedente, ya que dichas resoluciones, así



<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> DONNA, Edgardo: "Derecho Penal. Parte Especial": Pág. 337

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 27.

Fundación de Cultura Universitaria, cuarta edición actualizada, Montevideo-Uruguay, noviembre de 2007, pp. 269-260.



como la doctrina constituyen herramientas para que el cancionista pueda afianzar su fundamentación, que en el presente caso no se observó, es más se alejó de todo lo que tiene que ver con la interposición del recurso de casación, conforme lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, al no establecerse cuales fueron las violaciones a las normas dentro de la sentencia impugnada y detallando como estas afectaron los derechos de los recurrentes.

Es así que en el presente caso se ha garantizado el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal a) de la Constitución de la República que señala que: "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento", permitiendo que la parte recurrente acuda ante este máximo organismo de administración de justicia ordinaria, para que haga valer sus derechos presumiblemente vulnerados por una sentencia que estima injusta, sin que en el ejercicio de este derecho logre acreditar la violación a la ley en la sentencia objetada.

Más aun, este Tribunal considera que la sentencia impugnada cumple con los requisitos contenidos en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 304-A del Código de Procedimiento

Penal, de lo cual existe la figura jurídica del doble conforme o lo que es lo mismo, existe una sentencia confirmatoria de un derecho, sentencia que al cumplir con los requisitos de la motivación que se refiere al razonamiento expresado por el juez para determinar una resolución en base a todas y cada una de las aportaciones de los sujetos procesales, así como la exposición clara de las normas en que se funda su decisión y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes fácticos; y al no haberse justificado conforme a derecho el recurso de casación puesto que la parte recurrente no ha establecido ninguna violación a la ley en la sentencia impugnada, arriba a lo siguiente:

#### **DECISIÓN**

En virtud de lo expuesto, y conforme a lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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, declara improcedente el recurso de casación. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) Dr. Paúl Íñiguez Ríos Juez Ponente, Dra. Lucy Blacio Pereira Jueza Nacional, Dr. Jorge Blum Carcelén Juez Nacional.





# Ш

# Resolución nro. 453-2014 Juicio nro. 1736-2013

Juicio penal por trata de personas seguido por el Estado Ecuatoriano contra Olga Virginia Pantoja Tovar

#### SÍNTESIS

El día 18 de enero del 2013, agentes de la DINAPEN realizaron un control a algunos bares del sector de la parroquia Pacayacu, recibiendo la denuncia de una señora que indicaba, en un Night Club denominado "La Cacahuera" estaban adolescentes laborando. En el control de dicho local se encontró a una menor de edad, por lo que procedieron a detener a la señora Olga Pantoja, quien se presentó en calidad de administradora del local. El Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos resolvió declarar culpable a la señora Olga Virginia Pantoja Tovar, por el delito de Trata de Personas según los artículos 190.2 y 190.3 del Código Penal, en el grado de autora, según el artículo 42 ibídem, imponiéndole la pena de nueve años de reclusión menor extraordinaria, por lo que la sentenciada interpone recurso de apelación, el mismo que fue conocido por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, quienes resolvieron negar el recurso interpuesto, confirmando en todas sus partes la sentencia condenatoria impugnada, de igual forma declararon abandonado el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía del distrito de Sucumbíos. La procesada presenta recurso de casación ante la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, que lo declara improcedente.

# PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SU-CUMBÍOS. TRIBUNAL DE GARANTÍAS PE-NALES DE SUCUMBÍOS. Lago Agrio, lunes 23 de septiembre del 2013, las 12h03.

**VISTOS**: El Juez Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, con fecha 14 de marzo de 2013, a las 11h00, de conformidad a lo dispuesto en el art. 232 en concordancia con el art. 224 del Código del Procedimiento Penal dicta auto de llamamiento a juicio en contra de la señora PANTOJA TOVAR OLGA VIRGINIA por cuanto considera que existen elementos de convicción suficientes, basado en indicios recogidos durante la etapa de instrucción fiscal, que llevan a presumir la materialidad del delito, así como de la participación de la procesada en el delito del delito de trata de personas; tipificado y sancionado con lo dispuesto en el art. 190.2 y 190.3 del Código Penal en el grado de autora. Ejecutoriado que ha sido el auto, remite el proceso a este Tribunal para la sustanciación del juicio pertinente. Radicada la competencia en este Tribunal, habiéndose llevado a cabo la audiencia reservada,

oral y contradictoria del juicio, y realizadas las deliberaciones correspondientes, el Tribunal por resolución unánime anuncia su decisión de declarar la culpabilidad a la señora PANTOJA TOVAR OLGA VIRGINIA y siendo el estado de dictar sentencia, para hacerlo, se considera: PRIMERO. Este Tribunal es competente para conocer y resolver este proceso de conformidad con lo establecido en los arts. 17 numeral 5 y 28 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal. SEGUNDO. En la sustanciación de este juicio se ha cumplido con las garantías del derecho al debido proceso contemplado en el art. 76 de Constitución de la República del Ecuador, así como con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal. TERCERO. La procesada responde a los nombres de PANTO-JA TOVAR OLGA VIRGINIA, ciudadana colombiana, de 36 años de edad, de ocupación ama de casa, con domicilio en Colombia, La Hormiga. CUARTO. El art. 250 del Código de Procedimiento Penal, determina textualmente que: "En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales





necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para según corresponda, condenarlo o absolverlo"; y, respecto a las pruebas a actuarse el art. 85 del mencionado cuerpo legal, advierte que "La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado"; por consiguiente, la etapa del juicio es aquella en la que se decide la situación jurídica del procesado, una vez que se hayan acreditado las pruebas inculpatorias o exculpatorias aportadas por las partes procesales. En virtud de aquello, en dicha etapa del juicio, es en la que tiene lugar el juicio de desvalor de su estado de inocencia del acusado, para atribuirle la comisión de la infracción consumada y determinar el grado de culpabilidad. Así mismo, el art. 252 del Código de Procedimiento Penal, puntualiza que "La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los "anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal...". Estos principios rectores del juicio guardan armonía con los principios generales de la prueba, estipulada en el art. 79 del cuerpo legal referido, que textualmente dice: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio." es lo que se considera como el de la judicialización de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de instrucción fiscal. En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales. La prueba material conforme lo determina el art. 91 del Código de Procedimiento Penal "... consiste en los resultados de la infracción en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los Tribunales Penales" y, bajo estos principios y consideraciones se desarrolló la audiencia del juicio en la situación que nos ocupa. QUINTO. En la audiencia del juicio, el señor Fiscal presenta su teoría del caso e indica que en esta diligencia se va a juzgar el delito tipificado en el artículo 190.2 y sancionado en el artículo 190.3 y siguientes del Código Penal, la Fiscalía demostrará y probará que la adolescente, el día 18 de enero del

2013 a las 18h00, fue rescatada de un nigth club La Cacahuera, ubicado en la parroquia Pacayacu que personal de la DINAPEN detienen a la señora Pantoja, en calidad de administradora de dicho local, que al rescatar a la menor, se encontró en su cuarto, como evidencias, ropa, vestimenta apropiada para el trabajo sexual y con relación al delito, el consentimiento de la víctima no es vinculante, la existencia de la infracción y la responsabilidad existe. La Dra. María Ávila, defensora de Olga Virginia Pantoja Tobar, expresa que demostrará que su defendida no es administradora del Night Club La Cacahuera, el lugar donde dice que existe este prostíbulo es una cabaña bar y que su clienta viaja de Colombia hasta Pacayacu a visitar a su novio y este le pide que le dé vigilando el bar y el día viernes a las 16h00, es detenida sin ningún motivo. **SEXTO**. El Tribunal fundado en los principios constitucionales de oralidad, contradicción e inmediación, en que las pruebas deben producirse en la audiencia dispuso la práctica de las pruebas, correspondiendo en primer término a la Fiscalía, que para justificar su teoría del caso, presentó: 6.1.1. Testimonio del Tnte. CARLOS ALFONSO FU-LER ALMEIDA, de 31 años de edad, que trabaja como policía 10 años y en la DINAPEN 3 años, quien juramentado dice: que el día 18 de enero del 2013 a las 15h00 salimos a Pacayacu, con el objetivo de controlar algunos bares, ya en la ciudad una señora nos manifestó que en un night club de ese lugar existían adolescentes, nos trasladamos a ese lugar y encontramos a 4 mujeres de nacionalidad colombiana, siendo una de ellas menor de edad, procediendo a su recuperación, ingresamos a su cuarto, se constató una funda en el baño, una caja de preservativos y papel higiénico, en las demás habitaciones se encontró las mismas evidencias, la señora detenida manifestó ser la administradora hasta que el dueño aparezca. Preguntas, contesta. No tiene ningún letrero, es conocido como La Cacahuera, las tres chicas estaban con la menor, la menor estaba con ellas, en el cuarto había ropa de ella, los preservativos estaban en cada cuarto, el menor de edad, estaba tomando licor, elaboro un informe conjuntamente con los demás policías, la menor no contestó del porqué de las cosas suyas en el cuarto, la señora detenida, de nombre Pantoja se encuentra en esta audiencia. Preguntas de la defensa, quien contesta. A la menor se la topó afuera del bar, y ella dijo que ese cuarto era suyo, ella dormía ahí, no se pudo determinar que la adolescente trabaja ahí, la señora Pantoja dijo, que le ha pedido a



la menor que venga a darles cocinando. 6.1.2. Testimonio del CBOP. ÁNGEL VINICIO JÁTI-VA LEÓN, de 33 años de edad, quien juramentado y conocedor de las penas del perjuro dice: que tiene 1 año 7 meses en la DINAPEN, dice que el 18 de enero del 2013 a las 18h00, una señora denuncia que en un local, existen adolescentes tomando licor, estaba la adolescente y otras chicas, había otro adolescente varón, ella nos llevó a su cuarto, donde ella dormía, estaba en una funda negra un preservativo usado, esa ropa y una carterita pequeña, la menor ha dicho que estaba de cocinera, estaba como administradora del bar, la señora Pantoja, quien manifestaba que estaba de cocinera, los demás manifestaron que se dedicaban al trabajo sexual, ellas habían dicho que estaban 15 días. La señora Pantoja dice que no tiene permiso para el funcionamiento, el lugar es una choza, alejada del pueblo, de la vía principal unos 15 metros, existen cuatro cuartos individuales, las evidencias, preservativos estaban en cada cuarto, cuando le preguntamos no contestó nada. P. defensa. A la que contesta, la menor estaba dentro de la cabaña con 3 chicas y 3 hombres, la menor estaba de pie, en el sector de Pacayacu, nos interceptó la denunciante, la menor estaba fuera del cuarto, ella nos llevó al cuarto y dijo que la habían contratado para cocinar, tenía sus documentos personales, que la tía la había contratado. 6.1.3. Testimonio del Dr. CAR-LOS ALBERTO MACIAS AVILES, médico legista, quien juramentado y conocedor de las penas del perjuro dice: el día 23 de enero del 2013, se realizó experticia de la menor, la misma que había manifestado que fue abusada sexualmente, el 18 de enero del 2013, no sabía a qué se dedicaba la tía, ella estaba cocinando en ese lugar, al examen ginecológico presenta dilatación anal, la zona de la vagina estaba rojiza, existe desfloración total, la adolescente tenía huellas de escoriaciones en las manos, producto de que se había hecho en la cocina que ella realizaba, que estaba hace dos semanas. 6.1.4. Testimonio de la menor NN, de 16 años de edad, con cédula nro. 1.006.845.187, se designa como curador ad litem al Ab. Santiago Paz Lara, quien juramentado de representar, la menor dice: el 18 de enero del 2013, las 18h00 llegan los señores de la DINAPEN, yo estaba arreglando la ropa de las muchachas, estaba visitando a mi novio, el día anterior a las muchachas yo les lavaba la ropa y el último día les cocinaba, ese día no me encontraron con nada. A las preguntas de la Fiscalía contesta: las muchachas trabajan en lo sexual, no tengo ningún

parentesco con la señora Pantoja, no me entregaron ningún cuarto. P. de la defensa. La señora Pantoja no me contrató, ese día estaba en la habitación arreglándoles la ropa, en ese lugar cociné, lavé y planché, la policía llega a las 18h00, a Lago llegamos de noche. 6.1.5. Testimonio del Cbo. EFREN OSCAR GONZALEZ PAREDES, de 30 años de edad, quien juramentado dice: que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos y la verificación de las evidencias. Que el día 6 de febrero del 2013 a las 14h00 en el Km. 35 1/2 de la vía a Pacayacu, en el lugar se encontraba el Dr. Oscar Samaniego, en la que el inmueble existe, tiene un techo de paja y paredes de tabla, con piso de cemento, el área habitada, poco acceso vehicular y peatonal, se tomó fotografías desde afuera, porque el local ese día estaba cerrado con llave, existiendo una área destinada para bailar y existen habitaciones, se encuentra fuera del perímetro urbano de la ciudad, a 500 metros aproximadamente. Como evidencias se encontraron una carterita, billetes, preservativos, se realiza informes de cada experticia. Preguntas. Contesta. No ingresé porque estaba cerrado con candado, nadie me ayudó, se hizo el examen visual, como perito no puedo determinar el líquido encontrado en los preservativos, las fotografías se las tomó desde afuera, las evidencias existentes se exhiben, como son papel higiénico, preservativos. 6.1.6. Fiscalía ingresa como prueba documental, informe de reconocimiento del lugar de los hechos, informe de evidencias y el informe médico legal ginecológico de la adolescente. PRUEBAS DE LA DEFENSA. 6.2. Testimonio propio de OLGA VIRGINIA PANTOJA TOVAR, de 34 años de edad, ama de casa, quien juramento dice (sic): mi novio me llamó de Ecuador, el 15 de enero del 2013 llegué a Ecuador en el este sitio, (sic) a las 12h00 llega y me lleva hacerme curar, ese día estaba la muchacha, le ha rogado que le dé cocinando, a las 14h00 le dije que revise para ir al mercado, ella se fue y llegaron los de la DINAPEN, el menor estaba refrescándose esperando que lo pasen al otro lado del río Aguarico. Preguntas y contesta: su novio era ecuatoriano, ahí habían muchachas que trabajaban sexualmente, su novio administraba el local, a la muchacha la conocí ese día que llegó la policía, el novio se llama Oswaldo Velásquez, la muchacha cocinaba en una cocineta del local. 6.2.1. Testimonio de LEONILA CANTICUZ GARCÍA, ecuatoriana, de 62 años de edad, quien juramentada dice: la cabaña bar está a lado de mi finca, conocí a la menor NN, porque llegó a mi casa y no tenía donde llegar, la menor





dice que tenía su enamorado y que trabaja en la compañía, una chica del bar, me dijo que si quería lavar ropa, le dije que no, que aquí estaba una muchacha y que le diga a ella para que se gane ese dinero, pasaba en mi casa todo el tiempo, ese día voy a cobrar, que le lave la ropa y les dé planchando, mi esposo estaba fuera y como ese día ya se iba a ir de viaje, que vaya llevando su maleta, que yo voy a volver tarde, a las 16h00 llega la policía. La distancia que existe entre el bar a mi casa es de 30 metros, la menor lavaba en mi casa, la muchacha no trabaja en el bar. P. Fiscal, dice que a muchacha la conoce dos veces (sic). 6.2.2. Testimonio de KLEVER JOVITO SÁNCHEZ CALVA, ecuatoriano, de 52 años de edad, quien juramentado dice: yo vivo a 100 metros del bar, yo conocí a la señorita NN, ella dormía en la casa de la señora Leonila, ahí pasaba ella, los días que estaba en el Ecuador, trabajaba lavando la ropa. Cuando llegaron las chicas estuve presente, el día miércoles yo presencié que las dos chicas le rogaron a la adolescente que le dé lavando la ropa, ella le dijo que la chica les dé lavando la ropa en el río y que cuelgue la ropa en la cabaña, la policía llega a las 17h00 y después de 15 minutos se la lleva. P. de la Fiscalía. Contesta: se dedica a la agricultura, cosecha cacao en el sitio de a lado, 3 has, tiene, la cabaña bar estaba arrendada al local, la muchacha llega el 15 de enero del 2013. 6.2.4. Prueba documental. La defensa agrega documentos varios, de no tener antecedentes penales, referencias personales de Colombia, patente municipal del funcionamiento del local, a nombre de Gladis Ankuash, certificado de Rentas Internas, donde se determina quién es el dueño del bar. SÉPTIMO. ALEGATOS. OCTAVO. MOTIVACIÓN. El Tribunal en base al art. 305 Código de Procedimiento Penal, luego del análisis de los medios de prueba presentados en la forma indicada en los considerandos que anteceden; pruebas que han sido practicadas por las partes procesales bajo los principios de inmediación y contradicción, en la manera dispuesta en el art. 168 de la Constitución de la República y arts. 79, 83 y 86 del Código de Procedimiento Penal y bajo el principio y al amparo de las reglas de la sana crítica contemplada, el Tribunal por unanimidad ha determinado la existencia de la materialidad del delito de trata de personas y su nexo causal con la acusada, declarándola CULPA-BLE, por las siguientes razones: 1. Es de importancia considerar que el art. 84 del Código de Procedimiento Penal confiere a las partes la posibilidad de la denominada "libre prueba" que está

estrictamente vinculado con el principio consagrado en el art. 86 del mismo cuerpo normativo antes invocado y que se refiere a la sana crítica. En nuestra legislación procesal existen los sistemas de valoración de la prueba: 1. El de la prueba legal o tasada; y, 2. El de la prueba libre que a su vez comprenden dos aspectos: el de las reglas de la sana crítica y el de la libre convicción del juez. Las reglas de la sana crítica no constan en normas de derecho positivo porque son reglas del correcto entendimiento humano en las que confluyen las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez; es decir, que es la unión de lógica con la experiencia humana suministrados por la ciencia y la técnica, que le dan al juzgador el conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero de lo que es falso. El sistema de la sana crítica persigue más que una certeza subjetiva en el juzgador un convencimiento racional cuando analiza el conjunto de hechos justificados, según la traba de la litis y las cargas probatorias de las partes utilizando la lógica y la experiencia que tiende a lograr en la búsqueda de la verdad procesal, un razonamiento libre de duda, compaginando con el conocimiento doctrinal y legal, así como con sus vivencias personales. El juzgador debe valorar los factores inmediatos y desencadenantes del delito, acervo del cual debe fluir el sano raciocinio en armonía con la ley, no solo para pronunciarse sobre la comprobación o no de la existencia de la infracción, sino también de la culpabilidad del procesado, realizando la valoración de ese acervo. 3. La materialidad del delito y el nexo causal con la acusada, se encuentra plenamente determinado y acreditado su responsabilidad por los testimonios del Tnte. de Policía. CARLOS ALFONSO FULER ALMEIDA y CBOP. ANGEL VINICIO JÁTIVA LEÓN, agentes de la DINAPEN acreditados que han sido por el Fiscal en torno a la experiencia en sus actividades como agentes de la DINAPEN, quienes afirman en lo principal que el día 18 de enero del 2013 a las 15h00, salieron a realizar el control en algunos bares de la parroquia Pacayacu, y al llegar en el parque central una señora quien no se identificó, les manifestó que en un Night Club de ese lugar denominado "La Cacahuera" existían adolescentes trabajando, y al trasladarse al lugar, encontramos a 4 mujeres de nacionalidad colombiana, siendo una de ellas menor de edad -16 años-, quienes se encontraban al ingreso del local, les ha solicitado sus documentos y la menor les ha presentado su cédula, y luego la misma menor les



ha llevado al cuarto – habitación la cual ha dicho que es de ella, que ella dormía allí, donde se constató una funda negra con un preservativo usado en el baño, una caja de preservativos si usar (sic) y papel higiénico con manchas que parecían ser sangre, en las demás habitaciones se encontró las mismas evidencias. Cabe indicar que ante las preguntas aclaratorias realizadas el testigo responde que en el cuarto donde la menor les llevó se encontraba una maleta con ropa de la misma, que al preguntarle a la adolescente que hacía en ese lugar había contestado que su tía –las señora Pantoja– le había contratado para cocinar; también en el lugar se encontraban otras personas consumiendo licor. Que al momento del ingreso al lugar se encontraba la señora OLGA VIRGINIA PANTOJA TOVAR, quien ha manifestado ser la administradora hasta que el dueño regrese; y que la menor en referencia, venía a darles cocinando desde hace 15 días atrás; sin embargo los testigos afirman que no existía ningún producto para cocinar ni siquiera una cocina en el lugar. Que las demás mujeres manifestaron que se dedicaban al trabajo sexual; testimonio que permite apreciar que la adolescente NN fue encontrada infraganti en el lugar donde ha sido explotada sexualmente. Con el testimonio del Cbo. EFREN OSCAR GONZALEZ PAREDES, quien realizó el peritaje de reconocimiento del lugar de los hechos y la verificación de las evidencias. Se tiene "...que el lugar existe, que se encuentra en la parroquia Pacayacu en el Km. 35 1/2 de la vía Lago Agrio-Tarapoa, que se trata de un inmueble de techo de paja y paredes de tabla, con piso de cemento, el área es poco habitada, acceso vehicular y peatonal, existiendo un área destinada para bailar y habitaciones donde las chicas ejercen su trabajo..." Como evidencias se encontraron una carterita, billetes, una caja de preservativos y papel higiénico usado así como preservativos usados; y también se tiene el testimonio del Dr. CARLOS ALBERTO MACÍAS AVILÉS, médico legista de la Fiscalía, quien afirma dentro de la historia médico legal que la adolescente NN el día 18 de enero del 2013, había estado trabajando como trabajadora sexual, y sobre el examen ginecológico realizado presenta "dilatación anal, la zona de la vagina estaba rojiza, existe desfloración total" afirma también que ya tenía en el lugar dos semanas a la fecha de realización del reconocimiento, realizando actividades de cocina porque su tía de crianza – la procesada Olga Virginia Pantoja Tovar la contrató. Pruebas éstas con las cuales el Tribunal ha llegado a establecer

con certeza tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad de la señora Olga Virginia Pantoja Tovar. Tanto más que los señores Agentes de Policía de la Dinapen, testigos de Fiscalía tanto en el interrogatorio como contrainterrogatorio han dejado clara al juzgador que Olga Pantoja Tovar, al momento del ingreso y recuperación de la adolescente en referencia se encontraba tras mostradores, ubicada para atender al público con bebidas alcohólicas y demás productos propios de un bar de expendio de bebidas alcohólicas, donde también ofrecían servicios sexuales; es decir, que la adolescente fue encontrada en un bar de expendio de bebidas alcohólicas, donde ha sido sujeto de explotación sexual en beneficio de la procesada Virginia Pantoja Tovar, quien estaba a cargo de la administración de dicho lugar. Que la adolescente en mención fue inducida por la procesada para ofrecer servicios sexuales en el bar que se encontraba bajo su dominio y administración. Así mismo, se ha considerado el testimonio de la adolescente, de 16 años de edad, en su testimonio manifiesta que ese día 18 de enero del 2013, estaba arreglando la ropa de las muchachas y que había venido a Ecuador a visitar a su novio y que la dueña del local es su tía, que así se llama a las amigas de confianza, negando que haya estado prestando servicios sexuales en ese local; sin embargo el Fiscal, da cuenta al tribunal que este testimonio difiere de lo que la misma ha indicado al momento de ser detenida, cuando indicó que había sido contratada como cocinera, que ella no sabía que su tía (la procesada) se dedicaba a ese negocio, que llegó hace 15 días atrás a la fecha de su recuperación por la DINAPEN, entre otros, razón por la cual el testimonio de la adolescente no responde a la verdad de los hechos que se juzgan, sino que tienden a favorecer a la procesada Virginia Pantoja Tovar, de quien dice es su tía por la consideración y cariño; pues lo que sí se tiene como cierto es que la adolescente estuvo con su consentimiento, sin embargo el consentimiento prestado por la víctima no es trascendente en el delito que se juzga, puesto que el art. 45.4 de la Constitución de la República, en la que estipula que el ESTADO brindará protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole o contra la negligencia que provoque tales situaciones, a los niños, niñas y adolescentes, entendiéndose a aquellos a todos los que son menores de 18 años de edad, además el art. 528.17 del Código Penal, tipifica que es irrelevante el consentimiento de la víctima, en los delitos





sexuales y de trata de personas. Por su parte, la acusada OLGA VIRGINIA PANTOJA TOVAR en su testimonio indica que su novio le llamó de Ecuador, el 15 de enero del 2013, llegó a este sitio y le lleva hacerse curar, ese día estaba la muchacha, le rogué que me dé cocinando y llegaron los de la DINAPEN, que su novio administraba el local y se llama Oswaldo Velásquez, que a la muchacha la conoce ese día que llegó la policía, testimonio que no es creíble, por cuanto el día de los hechos ha indicado al agente de la DINAPEN, "...ser la administradora del local hasta que el dueño aparezca", que la adolescente estaba la adolescente estaba en dicho lugar desde hace dos semanas atrás. En fin, en la audiencia de juzgamiento en la presente causa, se ha demostrado tanto el delito de trata de personas, que según el Código Penal, debe reunir los siguientes requisitos: promover, inducir, participar, favorecer a la captación, traslado, acogida o recepción y entrega a personas para la explotación sexual, mismos que al momento en que se han cumplido en el caso que se juzga. Relacionando estos preceptos con el caso que estamos juzgando, la adolescente vino de Colombia, traída por la procesada, en la que los requisitos se cumple: el acto (qué se hace): la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas. La forma o medias para promover dicho acto o convencimiento, se tiene: los medios (como se hace): el engaño, por una situación de vulnerabilidad, debido a que se trata de una adolescente madre, a quien le ofreció un pago o beneficio económico a cambio de vender su cuerpo, esto es un objetivo (por qué se hace): para fines de explotación, que incluye prostitución, explotación sexual. La acusada, la acogió y le hizo trabajar, en el bar -nigth- club "La Cacahuera" local que ella administraba, ubicado en la parroquia Pacayacu, negocio que esta disfrazado como choza bar, del cual tenía permiso a nombre de Gloria Ankuash, pero no para servicio sexual sino para otros. Actitud ilígal (sic) con conocimiento y voluntad de los hechos. Ya que no se puede aceptar como pruebas de descargo los testimonios de los testigos: LEONILA CANTICUZ GARCÍA, de 62 años de edad, quien dice la cabaña bar está a lado de mi finca, conocí a la menor NN, porque llegó a mi casa quien me dijo que tenía su enamorado, que trabaja en la compañía y que no tenía donde irse; una chica del bar, me pidió que le dé lavando la ropa, yo le dije que no, que aquí estaba una chica que ella podía ganarse ese dinero, pasaba en mi casa todo el tiempo, ese día voy a cobrar y como ese día ya se iba de

viaje, le dije que vaya llevando su maleta, que yo voy a volver tarde, la distancia que existe entre el bar y mi casa es de 30 metros; de KLEVER JOVI-TO SÁNCHEZ CALVA, quien dice, yo conocí a la señorita NN en la casa de la señora Leonila, ahí pasaba ella, trabajaba lavando la ropa, la policía llega a las 17h00 y después de 15 minutos se la llevó, que se dedica a la agricultura, cosecha cacao en sus 3 has. de terreno que tiene junto a la choza bar. Que esta cabaña está arrendada, pero no sabe a quién. Quienes mienten y tratan de favorecer con sus testimonios a la procesada, hoy acusada por este delito. El novio de la señora no aparece ni ha sido identificado, no se ha presentado a dar su versión de los hechos ni se ha presentado en esta audiencia del Tribunal, no existen procesalmente. LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EX-PLOTACIÓN SEXUAL se define como: la violencia sexual, en sus diferentes manifestaciones, está determinada por las normas socioculturales prevalecientes sobre los roles de género. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es una violación sistemática de sus derechos humanos, una barrera al desarrollo económico y social de las mujeres y una prioridad de salud pública. La trata de personas violenta el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las niñas. Se asocia con: violaciones y otros actos de violencia sexual, embarazos adolescentes, embarazos no deseados/planeados, resultados adversos del embarazo, como bajo peso en el/la recién nacido (a), parto prematuro, abortos forzados y/o inseguros y pérdida fetal, infecciones de transmisión sexual (ITS), incluyendo el VIH/SIDA y vulnera los derechos a: la información, la provisión de métodos de planificación familiar, tomar decisiones sobre su propio cuerpo, la atención de la madre gestante, la prevención del embarazo adolescente, la atención ginecológica segura y de calidad, la libertad, una vida libre de violencia. Delito que vulnera los derechos de los niños y adolescentes, el cual está en contra de la Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia, delito universal que es combatido por todos los países de las Naciones Unidas y que reclaman protección de derechos humanos. La trata de personas con fines de explotación sexual, por sus mismas características, obstaculiza el acceso a recursos e información de salud sexual y reproductiva para la víctima. Actualmente, 30 entidades federativas y el Distrito Federal tipifican la violencia familiar como delito. Sin embargo, subsiste el reto de armonizar la



legislación civil, penal y de procedimientos y responsabilidades de las y los servidores públicos, así como de los municipios, entre otras (reflexiones programas del UNEPA. México). Al haberse comprobado en la presente causa este delito de trata de personas, con fines de explotación sexual a una adolescente, así como el nexo causal de responsabilidad con la acusada, este Tribunal con fundamento en los arts. 309 y 312, en relación con el art. 304A parte final, del Código de Procedimiento Penal ADMINISTRANDO JUSTICIA NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PUBLICA, encuentra CULPABLE a OLGA VIRGINIA PANTOJA TOBAR por el delito de trata de personas, según los arts. 190.2 y 190.3 del Código Penal, en el grado de AUTORA, según el art. 42. Ibídem. De nacionalidad colombiana, de ocupación ama de casa, de 34 años de edad,

condenándola a la pena de NUEVE AÑOS de Reclusión Menor Extraordinaria. Pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres del Inca, en la ciudad de Quito, debiendo imputarse a su favor el tiempo que haya estado privada de su libertad por esta misma causa, pena que lleva inmersa la suspensión de los derechos de ciudadanía e interdicción del reo por un tiempo igual al de la condena, esto de conformidad a lo previsto en los arts. 56 y 60 del Código Penal. Existió una debida actuación del señor fiscal Dr. Carlos Jiménez Tillaguango y abogada defensora. Hágase conocer el contenido de esta sentencia al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Mujeres del Inca. **Notifíquese.** 

f) Dra. Lilia Marlene Ortiz Vásquez, Presidenta Acutuante en esta causa; Dr. Francisco Euclides Revelo Ojeda Juez Temporal; Dr. Freddy Fiallos Ortiz, Juez Temporal.

# **APELACIÓN**

Juicio nro. 2013-0505

Juez ponente: Dr. Juan Carlos Encarnación Sánchez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SUCUMBÍOS. SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SUCUMBÍOS. Lago Agrio, viernes 25 de octubre del 2013, las 10h04.

**VISTOS:** Motivados porque el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, ha remitido los autos, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana Pantoja Tovar Olga Virginia; y el Ab. Ángel Montesdeoca, Fiscal de lo Penal del Distrito de Sucumbíos, de la sentencia condenatoria dictada, al interior del proceso nro. 0048-2013-TPGPS; y, por radicada la competencia en esta Sala, avocamos conocimiento de la causa signada en esta instancia 0505-2013-S-CPJS y advertidos que su estado es el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO. Que esta Sala es competente para conocer y resolver el presente proceso penal venido en grado, amparados en lo dispuesto en el literal m) numeral 7 art.76 de la Constitución de la República y art. 17 numeral 3, art.29 numeral 1, art. 343 y 332 del Código de Procedimiento Penal 345 del Código de Procedimiento Penal en relación con el numeral 1 art. 208 del Código Orgánico de la Función

Judicial. **SEGUNDO**. AI presente proceso se lo ha tramitado de conformidad a la Constitución y la Ley por lo que se declara la validez del mismo. La Sala es competente para conocer y resolver el asunto que es materia del recurso. De acuerdo a lo ordenado en el art. 335 del Código de Procedimiento Penal, le compete a la Sala resolver en primer término el recurso de nulidad; pues bien, la recurrente señora Pantoja Tobar Olga Virginia, mediante escrito de fecha, 25 de septiembre del 2013 a las 10h00, únicamente interpone recurso de apelación; (fs. 122 a 123); posteriormente a presentado petición en calidad de adendum al recurso de apelación, mediante la cual señala que la resolución dictada, no se han practicado varias diligencias, tales como: reconstrucción del lugar de los hechos; se allanado el lugar donde fue encontrada a la menor sin autorización de juez competente entre otros hechos alegados. **TERCERO**. En la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, se llevó a cabo la audiencia oral pública contradictoria, de fecha el 21 de octubre del 2013 a las 14H40, con la presencia del señor Dr. Rubén Padilla Landázuri, abogado defensor de la sentenciada e impugnante ciudadana. Olga Virginia Pantoja Tobar, no ha





comparecido a esta diligencia el señor Fiscal que interpuesto el recurso de apelación, por lo que acorde a lo que determina el art. 326.1 del Código de Procedimiento Penal, se declara el abandono del recurso respecto de la Fiscalía el señor Dr. Rubén Padilla Landázuri en defensa de la Sra. Olga Virginia Pantoja Tobar, quien interpone sus argumentos jurídicos y dice en lo pertinente: "... Señores Jueces, se me ha concedido la defensa en calidad de proponente de la acción del recurso de apelación señores Jueces, debo indicar que ante los señores Jueces del Tribunal Penal de Sucumbíos, presenté un adedum al recurso de apelación en el sentido que se haga valer los derechos del recurso de nulidad, para lo cual mediante providencia se me aceptó y consta dentro del proceso por eso solicito que se dignen aceptar a trámite tanto el recurso de nulidad y el recurso de apelación, como dice el Código de Procedimiento Penal y siendo este el momento procesal primero se analiza o se resuelve el recurso de nulidad a fin de dar paso al recurso de apelación, (nulidad a fs. 131) señores Jueces tengo que indicar que en el procedimiento desde la instrucción fiscal, hasta la etapa intermedia el señor Fiscal no ha logrado reunir todos los elementos de convicción necesarios que conforme el Código de Procedimiento Penal le faculta realizar todas las investigaciones, a fin de dar con el o los posibles responsables de un delito y establecer la existencia material de la infracción, he indicado en forma escrita y en esta audiencia en forma verbal que el señor Fiscal, ha incurrido en lo que establece, en el art. 76 de la Constitución de la República, que habla sobre el debido proceso, de la misma manera ha incurrido en lo que dice el art. 82 de la misma Constitución de la República, que habla sobre la seguridad jurídica, habida cuenta que la Constitución de la República que actualmente nos rige en todo el territorio ecuatoriano, es garantista de los derechos de las personas, el Código de Procedimiento Penal hablando en términos generales le faculta al representante del Ministerio Público a realizar todas y cada una de las diligencias necesarias para determinar la existencia de la infracción y los presuntos responsables del delito en la instrucción fiscal, no se ha realizado alguno de los actos procesales que tenía que haber hecho la Fiscalía, y me permito detallar todos y cada uno de los actos procesales que se ha obviado en realizar en la etapa intermedia y en la presentación de su dictamen fiscal poner en conocimiento del señor Juez de Garantías Penales, a fin de que resuelva lo pertinente, tal es el caso de que

tratándose de este delito de trata de personas, hablándose de una supuesta menor de edad y ahora van a conocer a ciencia cierta de que la menor no es menor de edad, tiene 16 años de acuerdo a la partida de nacimiento extendida en la República de Colombia, pero en si ella tiene 20 años, ha sido inscrita tardíamente, yo iba a solicitar que se le haga un reconocimiento médico legal para identificar la edad de la supuesta menor de edad, en Quito tenemos en Criminalística se hacen exámenes en el cráneo, piezas dentales y mandíbula para determinar la edad, dentro de la violación de lo que estoy solicitando la nulidad la Fiscalía ha procedido a allanar el nigth club, sin autorización expresa del señor Juez de lo Penal y dentro del proceso consta que no ha existido la orden judicial, violación procesal, el señor médico legista que practicó la experticia en las partes íntimas de la menor, el Código de Procedimiento Penal en su art. 95 inciso tercero dice: "da lectura", se ha incumplido la Ley tenía que haberse practicado la experticia por una mujer a una mujer, acá lo hizo el doctor Macías, médico legista a la chica, violación de la Ley por otra parte en la reconstrucción de los hechos, esta diligencia tenía que habérsela hecho para determinar la exactitud, tiempo, modo en donde se realizó la infracción, quienes participaron y para eso no se realizó la reconstrucción de los hechos, no se ha determinado a ciencia cierta si es que la menor fue contratada por mi defendida para que realice actividades sexuales, ni laborales, eso tenía que realizarlo la Fiscalía, se dice que se encontró en el cuarto donde fue aprehendida la menor un preservativo usado y papel higiénico con sustancias orgánicas masculinas, el Fiscal no realizó la experticia de la investigación, si es que ese preservativo fue usado en la menor para considerársela que ha estado realizando actividades ilícitas sexuales, la menor que es una prueba contundente a fin de elaborar su dictamen fiscal violación de la Ley, por otra parte mi defendida se indica tanto en la acusación fiscal como en la sentencia no se logra determinar que mi cliente ha sido la administradora del nigth club, no se llegó a determinar ni a demostrar en ningún tipo de prueba, toda vez que existen documentos dentro del proceso en donde se determina la legalidad de los permisos otorgados por el Municipio de Lago Agrio, donde dice que la Sra. Gladys Ancuash Unuc, es la propietaria del lugar, no se dice nada de la sentenciada ahora, por otra parte en la versión que indica la menor de edad conjuntamente con su curador ad litem de acuerdo a la Ley, indica que ella ha ido



voluntariamente para realizar actividades de lavado, cocinado, planchado para las chicas que han estado trabajando en calidad de prostitutas, en ningún momento ella indica que ha estado comercializando su cuerpo en calidad de prostituta, en ningún momento del proceso y esto es fundamental señores Jueces, que tengan la amabilidad de revisar una y mil veces a fin de determinar su criterio con la sana crítica, por otra parte la menor de edad tiene un hijo, el hijo tiene 4 años, es decir de que ella lo procreó a la edad de 12 años, es decir que cuando el médico legista la realizó su experticia, se identificó que su himen era desflorado en su totalidad y de la misma manera tenía en el ano su pequeña desfloración, según el informe médico legista, se indica también de acuerdo a la versión que rindió la menor, que no existía ningún tipo de relación amistosa ni de parentesco con la ahora procesada, las versiones rendidas por el señor Teniente Fuller, el que dirigió el operativo de la aprehensión, el señor Cabo Ángel Játiva, prácticamente se contradicen en las versiones rendidas dentro de la instrucción fiscal y en los testimonios rendidos dentro de la etapa de juicio, no hay coherencia no hay uniformidad, no existe el nexo causal entre la responsabilidad de la acusada y la infracción supuestamente cometida, las versiones rendidas a favor de mi defendida de los señores Leonila Cantíncuz García, Klever Jobito Sánchez, prácticamente en la etapa de juicio no se hace valer para nada porque se dice que mienten; los señores testigos mienten con el ánimo de favorecer a la procesada, un juez no puede decir eso, solamente debe remitirse estrictamente al tenor de la Ley y a su sana crítica y en base a la prueba practicada dentro de la audiencia del juicio, todas estas consideraciones señores Jueces, conforme lo tengo presentado y consta dentro del proceso se darán cuenta compaginando prácticamente, existe vicios de procedimiento que afecta la validez del proceso, dentro de nuestro Código Penal existe la nulidad y por eso estamos haciendo relación en esta audiencia el recurso de nulidad..." La Sala luego del análisis jurídico correspondiente, ha decidido por unanimidad inadmitir el recurso de nulidad. Luego se dispone que el abogado de la procesada motive en forma oral el recurso de apelación conforme lo manda el Código de Procedimiento Penal, quien dice "... Debo indicar que ha existido transgresiones al debido proceso de conformidad a lo que dice el art. 76 y la seguridad jurídica del art. 82 del Código de Procedimiento Penal de la misma manera señores Jueces, la sentencia

dictada por el Tribunal Penal de Sucumbíos prácticamente no se encuentra debidamente motivada de conformidad con lo tipificado en el art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, por otra parte no existe suficiente prueba aportada en el proceso desde la instrucción fiscal, hasta la etapa de juicio habiéndole condenado a la pena de 9 años de reclusión menor a mi defendida injusta e ilegalmente por otra parte, no se ha comprobado conforme a derecho tanto la existencia material de la infracción ni tampoco la responsabilidad penal de mi defendida, los señores Jueces del Tribunal Penal, al momento de elaborar la sentencia en sus 3 partes expositiva, considerativa y resolutiva, hacen constar solamente en la sana crítica, la experiencia del juez y la experiencia de sus actividades a los agentes como integrantes de la Dinapen, de la misma manera declaran la culpabilidad de la señora Olga Pantoja, única y exclusivamente por unanimidad y no de conformidad al valor de la prueba aportada por Fiscalía, ni de las pruebas practicadas dentro de la etapa de juicio, por último señores Jueces, durante la sustanciación del juicio hasta este momento procesal de conformidad con la Ley, no se ha determinado con exactitud el grado de responsabilidad penal en la que ha sido objeto en la presente causa mi defendida, concomitante a lo manifestado solicito señores Jueces, que se digne aceptar el recurso de apelación en los términos estrictamente contemplados en la Ley y de conformidad con la sana crítica y el criterio jurídico como jueces probos, conocedores de la materia penal se dignen deliberar a favor de mi defendida..." La sala luego de la deliberación niega el recurso de apelación interpuesto por la sentenciada Olga Virginia Pantoja Tobar, por intermedio de su defensor. CUARTO. La revisión de los autos permite determinar que al proceso que es materia de la especie se le ha dado el trámite que conforme a derecho corresponde y lo cual de ningún modo permite viabilizar o determinar en forma fáctica, la declaración de nulidad que prescribe el art. 330 nro. 1, 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, como adicionalmente tampoco aquella que supletoriamente prevé el art. 1.014 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, como impropiamente alega la sentenciada tanto en las peticiones de interposición de los recursos como en la audiencia oral contradictoria, llevada efecto en la Sala, de igual forma no se observa en modo alguno la trasgresión de la referida solemnidad, como impropiamente alega la impugnante, en consecuencia y al estimar que no es necesario





mayor abundamiento. La Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, amparada en lo ordenado en el art. 335 del Código de Procedimiento Penal, rechaza el recurso de nulidad interpuesto. **QUINTO**. Desechado que ha sido el recurso de nulidad y amparados en lo dispuesto en el art. 345 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 343 nro. 2 ibídem, la Sala procede a analizar el recurso de apelación interpuesto por la procesada Pantoja Tovar Olga Virginia, respecto a la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, de fecha 23 de septiembre del 2013 a las 12h03, quien lo fundamental ha expresado. "Conforme lo manda el Código de Procedimiento Penal, debo indicar que ha existido transgresiones al debido proceso de conformidad a lo que dice el art. 76 y la seguridad jurídica del art. 82 de la Constitución de la República de la misma manera señores Jueces, la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Sucumbíos prácticamente no se encuentra debidamente motivada de conformidad con lo tipificado en el art. 76 numeral 7 literal (l) de la Constitución de la República, por otra parte no existe suficiente prueba aportada en el proceso desde la instrucción fiscal, hasta la etapa de juicio, habiéndole condenado a la pena de 9 años de reclusión menor a mi defendida injusta e ilegalmente, por otra parte, no se ha comprobado conforme a derecho tanto la existencia material de la infracción ni tampoco la responsabilidad penal de mi defendida, los señores Jueces del Tribunal Penal, al momento de elaborar la sentencia en sus 3 partes expositiva, considerativa y resolutiva, hacen constar solamente en la sana crítica, la experiencia del juez y la experiencia de sus actividades a los agentes como integrantes de la Dinapen, de la misma manera declaran la culpabilidad de la señora Olga Pantoja, única y exclusivamente por unanimidad y no de conformidad al valor de la prueba aportada por Fiscalía, ni de las pruebas practicadas dentro de la etapa de juicio, por último señores Jueces durante la sustanciación del juicio hasta este momento procesal de conformidad con la Ley, no se ha determinado con exactitud el grado de responsabilidad penal, en la que ha sido objeto en la presente casusa (sic) mi defendida concomitante a lo manifestado solicito señores Jueces, que se digne aceptar el recursos de apelación en los términos estrictamente contemplados en la Ley y de conformidad con la sana crítica y el criterio jurídico como jueces probos, conocedores de la materia penal, se dignen deliberar a favor de mi defendida...". SEXTO. El

art. 250 del Código Adjetivo Penal a la letra dispone "...En la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo"; y, el art. 85 ibídem "...la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado". El art.79 de este mismo cuerpo legal, dice "...Las pruebas deben de ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las Juezas y Jueces de Garantías Penales, las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal, alcanzarán el valor de prueba una vez que se han (sic) presentadas y valoradas en la etapa de Juicio", consecuentemente es en esta etapa procesal, es donde se decide la situación jurídica del acusado, una vez que se acrediten las pruebas inculpatorias y exculpatorias por parte de los sujetos procesales inmersos en el proceso, es decir que la etapa de juicio es en la que tiene lugar el juicio de desvalor de la presunción de inocencia o de culpabilidad del procesado, para atribuirle o no la comisión de la infracción consumada a además se determinará el grado de culpabilidad. Por su lado la Constitución de la República en sus arts. 76 y 168. Establecen principios básicos en la Administración de Justicia. **SÉPTIMO**. En la audiencia de juicio llevada a efecto el día 19 de agosto del 2013 a las 14h00, en la Sala del Primer Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, el señor Dr. Carlos Jiménez, Fiscal que ha intervenido en la presente diligencia en su exposición inicial ha manifestado. Fiscalía demostrará que el 18 de enero de 2013, a eso de las 18h00 en la parroquia Pacayacu en el night club "La Cacahuera" se procedió a la recuperación de la menor NN, en circunstancias de que era víctima de explotación sexual, en estas circunstancias se procedió a la detención de Pantoja Tovar Olga Virginia por identificarse como administradora de dicho local, así mismo se demostrará que en dicho local, se encontraron prendas de la menor como relación a los hechos; se demostrará la existencia de la infracción y la responsabilidad de la señora Olga Pantoja...". A continuación interviene la abogada de la defensa, quien manifiesta: "La defensa va a probar de que en primer lugar que la señora no es la administradora del presunto prostíbulo La Cacahuera, ese lugar se denomina Cabaña Bar según documentación otorgada por el Municipio de Lago Agrio y está ubicado



entre una plantación de cacao y es por eso que durante la investigación le denominaron La Cacahuera; mi clienta en ningún momento se encontraba administrando la Cabaña Bar, en que fue detenida, por el hecho de tener un novio en dicho lugar mi clienta viaja desde Colombia a Pacayacu, llegando el martes 15 de enero del 2013 a la Cabaña Bar, a las 12 de a, (sic) más sucede que en ese momento se encontraban cuatro chicas que laboraban en dicho lugar y como supo manifestar que era novia del administrador le permitieron quedarse, el día jueves llega el novio de ella y como estaba enferma le pidió que la llevara al médico es atendida el día viernes y a eso de las 4 de la tarde el novio le pide que le ayude a cuidar el negocio y ella se sienta en la parte de afuera con el fin de que no se sustraigan nada del lugar, llega la policía la detienen a ella y a la menor, eso es lo que pasó; se demostrará la inocencia de mi defendida...". Las partes en esta diligencia han practicado las siguientes pruebas; Fiscalía. 1) Testimonio Tnte. Carlos Alfonso Fuel Almeida: quien en lo principal ha indicado "... Llevo trabajando 10 años en la Policía y 3 años para la Dinapen. El 18 de enero de 2013 estaba planificado y aproximadamente a las 15H00, salimos a varios cantones entre ellos Pacayacu, hicimos registro en varios lugares constatando que no estén vendiendo bebidas alcohólicas a menores de edad, en eso se nos acercó una persona que no se quiso identificar a decirnos que en un night club denominado "La Cacahuera" se encontraban adolescentes consumiendo bebidas alcohólicas y había también una adolescente realizando prostitución, por lo que inmediatamente nos trasladamos y en el sitio constatamos que habían 4 mujeres de nacionalidad colombiana, tres de ellas estaban en las mesas y otra en un lugar destinado para la venta de cervezas a las personas que llegaban, al solicitarle sus documentos constatamos que una de ellas era menor de edad, tenía 16 años de edad por lo que tomamos procedimiento a la recuperación ya que se trataba de un prostíbulo, a la adolescente se le preguntó que estaba haciendo allí y supo manifestar que estaba viviendo allí por lo que le preguntamos donde dormía y nos llevó al cuarto de ella y a la entrada del cuarto encontramos una funda color negro y en su interior había, un preservativo ya usado y papel higiénico con vestigios humanos al parecer sangre, le preguntamos a la adolescente por qué estaba eso allí y no contestó, luego recorrimos los otros cuartos y encontramos evidencias con los mismos indicios a lo cual preguntamos a las mujeres quien era la administradora

por lo que procedimos a la detención, por presumirse que se estaba cometiendo el delito de trata de personas con fines de explotación sexual; de igual forma se encontraban en dicho local tres hombres de los cuales dos eran adultos y uno era adolescente al que también se lo recuperó para entregarlo a los familiares. La persona de nacionalidad colombiana que se identificó nos dijo que le habían encargado momentáneamente la administración del local hasta que llegara el administrador, en poder de la detenida se encontró una billetera con 76 dólares americanos y en la cama de la menor se encontró también una billetera con dólares y que al preguntarle no nos quiso contestar. A las preguntas del Fiscal, responde: el lugar es conocido en Pacayacu como night club La Cacahuera. Habían 4 mujeres incluida la hoy procesada, las otras tres mujeres estaban en las mesas, la adolescente estaba sentada en una mesa vestida con un short y una camiseta, estaba junto a las otras dos muchachas. En el cuarto de la adolescente se encontró una maleta con ropa y ropa íntima de la adolescente. En todos los cuartos se encontró fundas negras con preservativos con fluido orgánico. Los preservativos estaban en los cuatro cuartos. En total había 52 preservativos, habría unos 8 preservativos en cada cuarto. Los tres hombres estaban sentados al ingreso en la primera mesa tomando cervezas. La hoy procesada estaba en una especie de lugar, donde se expende la cerveza, había un refrigerador y jabas de cerveza. Reconozco el parte de detención puesto a la vista; al pie del mismo consta mi firma. La menor se llama NN. La menor no decía nada. La hoy procesada nos dijo, que a la menor la habían contratado para que cocine, pero cuando llegamos no había nada cocinado ni nada para cocinar. La señora Pantoja Tovar Olga Virginia, sí se encuentra en esta audiencia, es ella (señala a la procesada). A las preguntas de la defensa, responde: la persona que nos indicó el local era una señora de 30 años de edad de nacionalidad ecuatoriana. Nosotros nos encontrábamos en el parque Central de Pacayacu y allí se nos acercó esa persona. Las personas del lugar nos manifestaron que el local era conocido como La Cacahuera. Se encontraron preservativos en el cuarto de la menor el cuarto que ella mismo (la menor) nos indicó que allí dormía, ella nos dijo este es mi cuarto y mis compañeros le tomaron unas fotografías. Mis compañeros tomaron las fotografías que constan en el parte policial. No se pudo determinar que la menor trabajaba en dicho lugar pero se presume. A las aclaraciones solicitadas por el Tribunal, responde:





nosotros llegamos al lugar y al momento que pedimos los documentos ella nos indicó la cédula y constatamos que era adolescente, no decía nada, pero le preguntamos a la señora Pantoja, quién estaba encargada de la administración y nos dijo que era una sobrina que había traído para que cocinara, no nos dijo desde cuando había estado allí la menor. Todas las cuatro mujeres que estaban en el local eran colombianas..." 2) Testimonio. Cbos. Ángel Vinicio Játiva Loor: en lo principal indica: "... El 18 de enero de 2013 nos trasladábamos a Pacayacu, para hacer actividades de rutina y se nos acerca una señora a decirnos que en un bar conocido como La Cacahuera vendían alcohol a menores y habían personas prostituyéndose, llegando al lugar encontramos constatamos la presencia de la adolescente por lo que se procedió a su recuperación y a la detención de la señora hoy procesada. A las preguntas del Fiscal, responde: a la menor la encontramos en el interior del night club con otras dos chicas. A la menor le preguntamos en qué cuarto tenía sus cosas y nos dirigió al cuarto en el que encontramos una funda negra con preservativos utilizados, papel higiénico y la maleta de la adolescente conteniendo ropa de ella. Solo constatamos el cuarto de la adolescente. La menor dijo que se encontraba como cocinera, pero no había ningún alimento preparado. La menor nunca manifestó que tenía algún novio o pareja. La menor se llama NN. Como administradora del local encontramos a la señora Olga Pantoja Tovar. Le preguntamos a la señora Pantoja, si sabía que no podía tener trabajando a adolescentes en ese lugar, pero ella supo manifestar que la chica estaba allí para cocinar. Sí se pudo verificar que las otras chicas se dedicaban al servicio sexual. Nos dijeron que la menor había llegado hace unos 15 días. A la señora Pantoja se le solicitó el permiso de funcionamiento, pero dijo que no tenía. La señora Pantoja se encontraba en un mueble en una esquina que da a la parte frontal del negocio, había una nevera, un equipo de sonido y cervezas. El lugar es una casa tipo choza de madera y queda retirado del pueblo a unos 15 metros de la vía principal. Había 4 cuartos individuales y las chicas ocupaban cada cual su cuarto. Las evidencias puestas a la vista las encontramos en los cuartos. Se encontraron 52 preservativos en total de todos los cuartos. La señora que se encuentra con blusa rosada, es la señora Olga Pantoja Tovar. A las preguntas de la defensa, responde: a la menor se la encontró dentro de la cabaña, habían tres chicas más y tres hombres. La menor estaba de pie al momento que

yo ingresé. La persona que nos interceptó a hablarnos sobre el bar nos interceptó en el centro de Pacayacu. A la menor se la encontró fuera del cuarto. Nosotros le preguntamos a la adolescente cuál era el cuarto de ella y ella nos dirigió a su cuarto. La menor nos dijo que estaba allí para cocinar. En el cuarto de la menor encontramos una maleta grande. AI bar llegamos cerca de las 18h00. Supimos que se trataba de una adolescente porque nos entregó los documentos. A las aclaraciones solicitadas por el Tribunal, responde: yo le pregunte a la adolescente desde cuándo había estado en el Ecuador, ella respondió que desde hace 15 días y que la había traído la tía (señala a la procesada Pantoja Tovar). 3) Testimonio del Dr. Carlos Alberto Macías Avilés: quien lo pertinente señala "El 3 de enero de 2013, aproximadamente a las 13h00 previa posesión se realizó el reconocimiento en la menor NN, ella fue clara en indicar que no había sido abusada ni violada. Dentro de su historia médico legal estaba orientada y activa en tiempo y espacio, manifestaba que en ningún momento ella había sido sometida para ser explotada sexualmente. AI examen físico general había huellas de escoriaciones de 6 a 5 centímetros de diámetro en su mano ella aducía de que se había quemado. Dentro del examen proctológico se contrató dilatación anal (sic), dentro del examen ginecológico se encontró desfloración total. A las preguntas del Fiscal, responde: de mi procedimiento yo elaboré un informe médico legal. Reconozco el informe médico legal puesto a la vista es de mi autoría y consta mi firma. A las preguntas de la defensa, responde: la menor mencionó que tenía novio con él mantenía relaciones sexuales y que se cuidaba con una inyección intramuscular mensual y mencionó que tenía un bebé que lo había tenido por mediante cesárea. La quemadura encontrada en la mano derecha ya estaba en proceso de cicatrización. La menor mencionaba que ella había estado de visita donde su tía y que la tía le había ofrecido el trabajo de cocinera. 4) Testimonio de la adolescente NN, de 16 años de edad, de estado civil soltera, instrucción secundaria, encontrándose acompañada de su curador ad-litem, el señor Santiago Felipe Paz Lara; ha manifiesta: (sic) "... Llegaron los de Dinapen y en ese momento me encontraba arreglando la ropa de las muchachas, porque ellas me pagaban, yo ya me iba ese día, yo vivía en frente donde doña Dionila, yo ya me iba a Colombia porque solo vine a ver a mi novio, pero nunca llegó, ese día pero llegaron dos muchachas a preguntarle a la señora si les podía



lavar una ropa y la señora me dijo a mi si quería ganarme ese dinero, entonces yo comencé a lavarles la ropa, les planchaba y les cocinaba, luego cuando ya me iba y las chicas estaban por pagarme llegó la Dinapen y me cogieron. A las preguntas del Fiscal, responde: Alberto Osorio es el papa de mi hijo. Las muchachas a las que yo les lavaba la ropa eran cuatro trabajadoras sexuales de Cabaña Bar. Cuando me cogieron me llevaron a las oficinas de la Dinapen y luego me llevaron a la fundación Casa Blanca, a los tres días me trasladaron a la fundación Nuestros Jóvenes, en donde me tuvieron 7 meses y me trataron súper bien, pero yo extrañaba mucho a mi hijo y cuando volví a la casa él estaba muy enfermo muy acabado. Yo no pensaba quedarme tanto tiempo. Yo no tengo ninguna relación con la señora Olga Pantoja Tovar, pero como ese día estuve haciendo las cosas en ese lugar y como acostumbramos en Colombia a decir madre, le dije tía a ella. Cuando llegó la Dinapen estaba doña Olga con otra muchacha en el local. A mí no me dieron ningún cuarto para vivir en ese bar, aquel día la dueña de la casa donde yo pasaba dijo que tenía una reunión y que llegaría a las 6 de la tarde me dijo que vaya sacando la ropa y bueno me fui a Cabaña Bar y le dije a una de las muchachas que me guardara el bolso en el cuarto mientras yo terminaba de planchar y de colocarle la ropa a cada una y fue en ese momento que me cogió la Dinapen, pidieron identificaciones y como yo era menor de edad me llevaron recogí mi maleta que la tenía en la pieza de una de las muchachas y me treparon al carro y me llevaron; en ese cuarto habían dos cuartos y yo estaba en el último donde la muchacha me había dejado planchar. A las preguntas de la defensa, responde: la señora Pantoja, no fue quien me contrató. El día que llegó la Dinapen yo estaba en la pieza planchando la ropa de las muchachas porque a las 6 de la tarde yo ya me iba en el bus que salía a Puerto Asís-Colombia, ese día yo planché, lavé y cociné, yo cociné un sudado de cachama con una limonada y arroz, ese día yo no me encontraba en el salón y me ratifico en lo dicho. La policía encontró mi maleta porque ese día yo me iba a Colombia, como a las 6 de la tarde y como las chicas me decían que les dé planchando estuve en ese cuarto. Cuando llegó la policía estaba la señora Olga y su hija y mi persona. El dueño del local es Oswaldo, es un señor alto mono, es como gringo. Yo no trabajé en dicho lugar como trabajadora sexual, lo juro por mi madre y mi hijo. El fiscal ingresa como prueba documental el parte de detención, informe de reconocimiento

médico legal y el informe de reconocimiento del lugar de los hechos con las objeciones realizadas por la defensa en cuanto al parte policial e informes periciales. 5) Testimonio del Chop. Efrén Oscar Paredes González: quien ha actuado en calidad de perito; declara: "...Para el reconocimiento del lugar de los hechos siendo las 14h00 del miércoles 6 de febrero de 2013, me trasladé al km. 35 cantón Pacayacu, se puede observar un ingreso de lastrado en el momento estuvo presente el Dr. Samaniego Oscar, se pudo verificar un inmueble de construcción mixta con techo de paja, se encontraba con las respectivas seguridades, habitada, poco acceso peatonal y vehicular, se encontraba un ambiente destinado para salón y ambientes destinados como dormitorio, se encontraba dentro del perímetro rural, había varias viviendas en su entorno (Procede a mostrar las fotografías del informe ante los jueces del Tribunal). A las preguntas del Fiscal, responde: al momento de la inspección la entrada del inmueble, se encontraba con candado esto significa que el local no se encontraba funcionando. Respecto al reconocimiento de evidencias físicas en las bodegas de la Policía Judicial se constató una cartera de fabricación textil celeste con varios billetes de diferente denominación, 52 preservativos marca Luxe, papel higiénico color blanco con manchas amarillentas. De las experticias de reconocimiento del lugar y evidencias yo realicé un informe. Reconozco el informe pericial puesto a la vista y las fotografías que constan en el mismo. A las preguntas de la defensa, responde: yo no pude ingresar al interior del local porque la entrada se encontraba con candado. Solo se realizó el reconocimiento exterior del inmueble. No se pudo determinar qué contenían los condones ni se pudo determinar de qué se trataban las manchas amarillentas y rojizas en el papel higiénico. A las preguntas del Fiscal, responde: reconozco las evidencias puestas a la vista y que hice contar en mi informe. El Fiscal ingresa como prueba documental el informe de reconocimiento del lugar de los hechos. Prueba de la parte procesada a) Testimonio de la procesada Olga Virginia Pantoja Tovar: quien ha indicado "... Yo estaba con mis dos hijas enfermas y mi novio me dijo que viniera acá para hacerme ver, llegué el día jueves me llevó a hacer curar y quedaron en el local las chicas y la muchacha, que lavaba la ropa, cuando regresamos yo me fui a recostar y el salió, como yo estaba enferma y la muchacha seguía lavando, como a las 6 de la tarde le dije a la muchacha que buscara algo para hacer de comer y en eso llegaron los agentes de





la DINAPEN y nos trajeron acá. A las preguntas del Fiscal, responde: mi novio es ecuatoriano, cuando nos cogieron los de la Dinapen, él no dio la cara y se escondió. En el local había muchachas que trabajaban allí haciendo puntos sexualmente. Mi novio Oswaldo Velásquez, es el encargado de administrar ese negocio. A las aclaraciones solicitadas por el Tribunal, responde: yo no la distinguía a la chica menor de edad, yo la conocí ese día que llegó la policía, ese día fue que ella me empezó a decir tía ya que en Colombia se acostumbra a decir así por respeto. Mi novio se llamaba Oswaldo Velásquez, llevábamos 3 meses de novios, era la segunda vez que nos veíamos. En el local había una estufa de 4 hornillas en donde cocinaba la niña...". b) Testimonio de Leonila Canticuz García: quien dice "...Yo vivo en el cantón Pacayacu, en frente de la Cabaña Bar, ahí tengo mi finca, yo sí conozco a la menor NN, ella llegó porque tenía un enamorado, como mi esposo estaba enfermo ella sabía llegar a lavar, luego llegaron unas chicas de Cabaña Bar a rogarme que les dé lavando y yo le dije eso a la niña, para que se gane una platita, ella se fue a lavar pero la niña pasaba en mi casa ella no trabajaba en Cabaña Bar, el día viernes llegó una chica para que le dé lavando y le dé haciendo el almuerzo y como yo iba a salir e iba a dejar cerrando la casa le dije a la niña lleva nomas tu maletita porque voy a llegar bien tarde y ella se fue. A las preguntas de la defensa, responde: Cabaña Bar queda al frente de mi casa. La menor llegaba a mi casa a dormir. Yo estoy consciente de que NN, no trabajaba en Cabaña Bar, ella pasaba en mi casa. A las preguntas del Fiscal, responde: las chicas que trabajaban en Cabaña Bar las conocí porque llegaron a mi casa en dos ocasiones; c) Testimonio del ciudadano Klever Jobito Sánchez Calva: quien dice. "... Yo sí conozco a la menor NN, ella dormía en la casa de la vecina que acaba de declarar, lo sé porque yo veía que ella llegaba allí incluso yo trabajaba allí por eso la veía. La menor NN no trabajaba en Cabaña Bar. Las chicas que trabajan en Cabaña Bar, llegaron a la casa de mi vecina a rogarle si le podía dar lavando ropa pero la señora le dijo que no podía porque estaba enfermosa y le dijo a la niña que si quería dar lavando..." El Tribunal A quo ha dictado sentencia a (fs. 116 a 119 vta.), concluye dictando sentencia condenatoria en contra de Pantoja Tova Olga Virginia (sic). **SÉPTIMO**. La Constitución de la República, en su art. 66, numeral 3, literal a) establece: "Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal, que incluye: la integridad física,

psíquica, moral y sexual. La misma Norma Constitucional en el literal del numeral y artículo antes citado expresa: "Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación". El art. 44 de la Constitución dice: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se entenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas". La Supremacía de la Norma Constitucional, consagrada en el art. 425, la coloca, en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; los Jueces tenemos el deber de velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales, se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también de las víctimas del delito, conforme a lo establecido en el art. 78 ibídem; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el principio de universalidad, consagrado en el numeral 2 del art. 11 ibídem. Que determina "...El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. Del análisis realizado a la prueba actuada en su conjunto, que se encuentra comprobada conforme a derecho el delito investigado y la responsabilidad de la sentenciada Olga Virginia Pantoja Tovar en calidad de autora, por las siguientes motivaciones: 1) Es de importancia jurídica considerar que el art. 84 del Código de Procedimiento Penal confiere a las partes la posibilidad de la denominada "libre prueba" que está estrictamente vinculado con el principio



consagrado en el art. 86 del mismo cuerpo normativo antes invocado y que se refiere a la sana crítica. En nuestra legislación procesal existen los sistemas de valoración de la prueba: a) El de la prueba legal o tasada; y, b) El de la prueba libre que a su vez comprenden dos aspectos: el de las reglas de la sana crítica y el de la libre convicción del Juez. Las reglas de la sana crítica no constan en normas de derecho positivo porque son reglas del correcto entendimiento humano en las que confluyen las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez; es decir, que es la unión de lógica con la experiencia humana suministrados por la ciencia y la técnica, que le dan al juzgador el conocimiento de la vida y de los seres humanos y le permiten distinguir lo que es verdadero de lo que es falso. El sistema de la sana crítica, persigue más que una certeza subjetiva en el juzgador un convencimiento racional cuando analiza el conjunto de hechos justificados, según la traba de la litis y las cargas probatorias de las partes utilizando la lógica y la experiencia que tiende a lograr en la búsqueda de la verdad procesal, un razonamiento libre de duda, compaginando con el conocimiento doctrinal y legal, así como con sus vivencias personales. El juzgador debe valorar los factores inmediatos y desencadenantes del delito, acervo del cual debe fluir el sano raciocinio en armonía con la ley, no solo para pronunciarse sobre la comprobación o no de la existencia de la infracción, sino también de la culpabilidad del procesado (a), realizando la valoración de ese acervo. 3. La materialidad del delito y el nexo causal con la acusada, se encuentra plenamente determinado y acreditado su responsabilidad por los testimonios del Tnte. de Policía Carlos Alfonso Fuler Almeida y Cbop. Ángel Vinicio Játiva León, agentes de la DI-NAPEN acreditados que han sido por el Fiscal en torno a la experiencia en sus actividades como agentes de la DINAPEN, quienes en lo principal señalan "...Que el día 18 de enero del 2013 a las 15h00, salieron a realizar el control en algunos bares de la parroquia Pacayacu, y al llegar en el Parque Central una señora quien no se identificó, les manifestó que en un night club de ese lugar denominado "La Cacahuera" existían adolescentes trabajando, y al trasladarse al lugar, encontramos a 4 mujeres de nacionalidad colombiana, siendo una de ellas menor de edad 16 años, quienes se encontraban al ingreso del local, les ha solicitado sus documentos y la menor les ha presentado su cédula, y luego la misma menor les ha llevado al cuarto habitación la cual ha dicho que es de ella, que ella

dormía allí, donde se constató una funda negra con un preservativo usado en el baño, una caja de preservativos sin usar y papel higiénico con manchas que parecían ser sangre, en las demás habitaciones se encontró las mismas evidencias, también en el lugar se encontraban otras personas consumiendo licor. Que al momento del ingreso al lugar se encontraba la señora Olga Virginia Pantoja Tovar, quien ha manifestado ser la administradora hasta que el dueño regrese; y que la menor en referencia, venía a darles cocinando desde hace 15 días atrás; sin embargo los testigos afirman que no existía ningún producto para cocinar ni siquiera una cocina en el lugar. Que las demás mujeres manifestaron que se dedicaban al trabajo sexual; testimonio que permite apreciar que la adolescente NN fue encontrada siendo s explotada sexualmente (sic). Con el testimonio del Cbo. Efrén Oscar González Paredes, quien realizó el peritaje de reconocimiento del lugar de los hechos y la verificación de las evidencias. Se tiene "...que el lugar existe, como evidencias se encontraron una carterita, billetes, una caja de preservativos y papel higiénico usado así como preservativos usados; y también se tiene el testimonio del Dr. Carlos Alberto Macías Avilés, médico legista de la Fiscalía, quien afirma dentro de la historia médico legal que la adolescente, NN, el día 18 de enero del 2013, había estado trabajando como trabajadora sexual, y sobre el examen ginecológico realizado presenta "dilatación anal, la zona de la vagina estaba rojiza, existe desfloración total" afirma también que ya tenía en el lugar dos semanas a la fecha de realización del reconocimiento, realizando actividades de cocina porque su tía de crianza – la procesada Olga Virginia Pantoja Tovar, la contrató. Pruebas éstas con las cuales el Tribunal ha llegado a establecer con certeza tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad de la señora Olga Virginia Pantoja Tovar. Tanto más que los señores Agentes de Policía de la Dinapen, testigos de Fiscalía, tanto en el interrogatorio como contrainterrogatorio han dejado claro al juzgador que Olga Pantoja Tovar, al momento del ingreso y recuperación de la adolescente en referencia se encontraba tras mostradores, ubicada para atender al público con bebidas alcohólicas, y demás productos propios de un bar de expendio de bebidas alcohólicas, donde también ofrecían servicios sexuales; es decir, que la adolescente fue encontrada en un bar de expendio de bebidas alcohólicas, donde ha sido sujeto de explotación sexual en beneficio de la procesada Virginia Pantoja Tovar, quien estaba a cargo de la





administración de dicho lugar. Que la adolescente en mención fue inducida por la procesada para ofrecer servicios sexuales en el bar que se encontraba bajo su dominio y administración. El art. 528.17 del Código Penal, tipifica que es irrelevante el consentimiento de la víctima, en los delitos sexuales y de trata de personas. Por su parte, la acusada Olga Virginia Pantoja Tovar en su testimonio indica que su novio le llamó de Ecuador, el 15 de enero del 2013, llegó a este sitio y le lleva hacerse curar, ese día estaba la muchacha, le rogué que me dé cocinando y llegaron los de la DINAPEN, que su novio administraba el local y se llama Oswaldo Velásquez, que a la muchacha la conoce ese día que llegó la policía, testimonio que no es creíble, por cuanto el día de los hechos ha indicado al agente de la DI-NAPEN, "...ser la administradora del local hasta que el dueño aparezca", que la adolescente estaba en dicho lugar desde hace dos semanas atrás. En fin, en la audiencia de juzgamiento en la presente causa, se ha demostrado tanto el delito de trata de personas, que según el Código Penal, debe reunir los siguientes requisitos: promover, inducir, participar, favorecer a la captación, traslado, acogida o recepción y entrega a personas para la explotación sexual, mismos que al momento en que se han cumplido en el caso que se juzga. Por otro lado la trata de personas con fines de explotación sexual se define como: la violencia sexual, en sus diferentes manifestaciones, está determinada por las normas socioculturales prevalecientes sobre los roles de género. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es una violación sistemática de sus derechos humanos, una barrera al desarrollo económico y social de las mujeres y una prioridad de salud pública. La trata de personas violenta el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las niñas. Se asocia con: violaciones y otros actos de violencia sexual, embarazos adolescentes, embarazos no deseados/planeados, resultados adversos del embarazo, como bajo peso en el/la recién nacido (a), parto prematuro, abortos forzados y/o inseguros y pérdida fetal, infecciones de transmisión sexual (ITS), incluyendo el VIH/SIDA y vulnera los derechos a: La información, la provisión de métodos de planificación familiar. Tomar decisiones sobre su propio cuerpo. La atención de la madre gestante. La prevención del embarazo adolescente. La atención ginecológica segura y de calidad. La libertad. Una vida libre de violencia. Delito que vulnera los derechos de los niños y adolescentes, el cual está en contra de la Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia, delito universal que es combatido por todos los países de las Naciones Unidas y que reclaman protección de derechos humanos. La trata de personas con fines de explotación sexual, por sus mismas características, obstaculiza el acceso a recursos e información de salud sexual y reproductiva para la víctima... Sin embargo, subsiste el reto de armonizar la legislación civil, penal y de procedimientos y responsabilidades de las y los servidores públicos, así como de los municipios, entre otras. Por las motivaciones precedentes, la Única Sala de Corte Provincial de Justica de Sucumbíos, al haberse comprobado conforme a derecho el delito de trata de personas, con fines de explotación sexual, tipificado en el art. 190.2 y 190.3 del Código Penal, así como la responsabilidad de la sentenciada Pantoja Tovar Olga Virginia. Al determinar procesalmente, en base a las pruebas actuadas en forma legal por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, en la especie y al expedir el fallo, ha procedido de conformidad con la Constitución, la Ley, de manera pormenorizada y motivada, así como en sustento de las actuaciones probatorias precedidas en la audiencia del juicio, las mismas que en este fallo han sido valoradas acorde a lo previsto por el art. 86 del Código Adjetivo Penal, en concordancia con el art. 82 de la Constitución de la República. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se niega el recurso de apelación interpuesto por la sentencia Olga Virginia Pantoja Tovar, se confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria impugnada dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, de fecha 23 de septiembre del 2013 a las 11h00. En lo referente al recurso de apelación interpuesto por el Abg. Angel Montesdeoca Peralta Fiscal del Distrito de Sucumbíos, se lo declara abandonado tal como lo determina art....(326.1) del Código de Procedimiento Penal, por no haber comparecido a la Audiencia Oral Pública y Contradictoria de fecha 21 de octubre del 2013 a las 14h40. Por renuncia de la Secretaria Relatora Titular, actué como tal la Ab. Rosa María Viejo. **Cúm**plase y Notifíquese.

f) Dr. Carlos Aurelio Moreno Oliva, Juez provincial; Dr. Juan Carlos Encarnación Sánchez, Presidente de Sala; Dr. Wilfrido Erazo Araujo, Conjuez permanente.



### CASACIÓN

Resolución nro.: 1736-2013

Juicio penal por trata de personas seguido por el Estado Ecuatoriano contra Olga Virginia Pantoja

Tovar

Juez ponente: Dr. Jorge M. Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 07 de abril de 2014, a las 11h00.

VISTOS: La Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en sentencia de 25 de octubre del 2013, a las 10h04, confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, que le impuso a Olga Pantoja Tovar, la pena de nueve años de reclusión menor extraordinaria, sentencia de la cual la prenombrada procesada interpone recurso de casación, al no estar conforme con dicha sentencia.

Aceptado a trámite el recurso de casación y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron: Dr. Andrés Idrovo Larreategui, delegado de Fiscalía General del Estado y el Dr. Rubén Darío Padilla, en representación de la procesada Olga Pantoja Tovar; habiéndose cumplido con el trámite previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera:

# PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 22 de julio de 2013, integra sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituye el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial por sorteo de ley, correspondió conocer el recurso de casación, a este Tribunal integrado por el doctor Jorge M. Blum Carcelén, como Juez Nacional Ponente, doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional y la doctora Mariana Yumbay Yallico, Jueza Nacional, por lo que, somos competentes para sustanciar y resolver el presente recurso planteado.



Examinado el trámite de recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el artículo 352 Ibídem, por lo que este Tribunal de casación declara su validez.

#### **TERCERO. ANTECEDENTES:**

El día 18 de enero del 2013, a las 18h00, agentes de la DINAPEN realizaron un control a algunos bares del sector de la parroquia Pacayacu, recibiendo la denuncia de una señora que indica que en un Night Club denominado La Cacahuera, están adolescentes laborando, en el control de dicho local se encontró a una menor de edad por lo que procedieron a detener a la señora Olga Pantoja, quien se presentó en calidad de administradora del local. Analizadas las pruebas el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, el 23 de septiembre del 2013, a las 12h30, resolvió declarar culpable a la señora Olga Virginia Pantoja Tovar, por el delito de Trata de Personas según los artículos 190.2 y 190.3 del Código Penal, en el grado de autora, según el artículo 42 ibídem, imponiéndole la pena de nueve años de Reclusión Menor Extraordinaria por lo que la señora Pantoja Tovar, interpone recurso de apelación, el mismo que lo conoció la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 25 de octubre del 2013, a las 10h04, quienes resolvieron negar el recurso de apelación interpuesto por la sentenciada Olga Virginia Pantoja Tovar, confirmando en todas sus partes la sentencia condenatoria impugnada dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, de igual forma declararon abandonado el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía del distrito de Sucumbíos.

De la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos presenta la procesada recurso de casación.

### CUARTO. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIONES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA:

Según lo dispuesto en el art. 352 del Código de





Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345 ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresan:

### 4.1. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DEL DOCTOR RUBÉN DARÍO PADILLA EN REPRESENTACIÓN DE OLGA VIRGINIA PANTOJA TOVAR:

- Que su defensa la realiza en forma gratuita, en virtud de que la procesada es de bajos recursos económicos.
- Que la fundamentación del recurso de casación presentado ante la Corte Nacional de Justicia, la hace en base a las causales del artículo 3 numerales 2, 3 y 4 de la Ley de Casación, en armonía con el artículo 6 que habla de los requisitos formales de la ley de la materia, dando lectura a continuación de los mismos, así, el artículo 3 trata de las causales, en su segundo numeral, dice: "...aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente..."; el tercer numeral, señala que: "...Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto...".
- Que cuando se realizó la audiencia en la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, para resolver los recursos de nulidad como de apelación, no intervino el señor Fiscal Provincial de Sucumbíos, de ahí que en la sentencia la Corte Provincial declaró abandonado el recurso de apelación.
- Que debe tenerse en cuenta la no comparecencia del Fiscal Provincial de Sucumbíos, pues el Código de Procedimiento Penal dispone que se trata de una audiencia oral, pública y contradictoria y, en este caso, no hubo contradicción, ni réplica respecto a la materia.
- Que el delito motivo de la audiencia es por trata de personas, que de conformidad con la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Sucumbíos y confirmada por la Corte Provincial de Sucum-

- bíos, a su defendida Olga Pantoja Tovar se le impuso la pena de nueve años de reclusión menor en virtud de la disposición contenida en el artículo 190.1 y 190.2 del Código Penal.
- Que desde que se inició la tramitación de la presente causa se produjeron una serie de vicios de procedimiento, tal es así, que fue puesto en conocimiento del señor Fiscal y del señor Juez penal que instauró la etapa intermedia y realizó la audiencia preparatoria de juicio pero, de conformidad con la ley no se revisaron las cuestiones prejudiciales y no se subsanaron los vicios de procedimiento que afectaron la validez del proceso.
- Que tanto en la audiencia preparatoria de juicio como en la de juicio se mencionaron pormenorizadamente todos y cada uno de los vicios de procedimiento que pudieron afectar e influenciar en la decisión de la causa, indicando seguidamente tales vicios en los que ha incurrido Fiscalía y los Jueces Penales, esto es: de conformidad al artículo 11 del Código Penal se ha violado el derecho a la defensa por las razones antes indicadas, en razón de que no se han reunido todos y cada uno de los elementos de convicción a fin de establecer con claridad y exactitud la existencia material de la infracción así como la responsabilidad penal de su defendida.
- Que se ha violado el derecho constitucional de la presunción de inocencia dispuesto en el artículo 76 numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de la Constitución de la República, concomitantemente con el artículo 77 del mismo cuerpo constitucional.
- Que se ha violado el debido proceso y la seguridad jurídica que son requisitos fundamentales y están consagrados en la Constitución de la República, así como, en los tratados internacionales de derechos de los cuales el Ecuador es parte.
- Que en el momento de allanar el supuesto Night Club, en el lugar denominado Pacayacu, a un lado de Lago Agrio, en la provincia de Sucumbíos, la policía que realizó el referido allanamiento asistió sin la presencia del señor Fiscal y sin orden judicial conforme lo dispone el artículo 93 en concordancia con los artículos 194, 195 y 199 del Código de Procedimiento Penal.
- Que en el momento que se realizó el reconocimiento médico legal a la menor Y. Y. R. L.<sup>1</sup>, con

A fin de evitar su exposición pública y que perjudique a su desarrollo personal, social e integral, se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia; quien será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (YYRI),



la intervención del médico legista, doctor Carlos Macías, esta experticia no fue autorizada por ningún curador; que se ha violado lo estatuido en los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República en armonía con los artículos 12 y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia que hablan del interés superior del niño y del adolescente.

- Que la experticia realizada en la menor por parte del médico legista, debía haberlo hecho una mujer, tal cual lo dispone el artículo 95, inciso tercero del Código de Procedimiento Penal, es decir, que jamás un hombre podía haber practicado la referida experticia a una menor de edad.
- Que no se ha realizado la reconstrucción de los hechos, toda vez que el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal determina el esclarecimiento de la verdad de los hechos en el tiempo y espacio cuando se cometió la infracción.
- Que en la versión que rindió la menor de edad en la audiencia de juicio con su respectivo curador, indicó que no le había conocido a su defendida, señora Olga Pantoja y además, que ella no le había contratado para actividades sexuales ni laborales.
- Que constan en el proceso unos certificados del Cuerpo de Bomberos de Lago Agrio que autorizan el permiso de funcionamiento del establecimiento, el registro único de contribuyentes del SRI y una patente del 2010, que indican que la propietaria del Night Club es la señora Sekuut Gladys Ankuash Unup.
- Que en las versiones de los agentes aprehensores existe contradicción y no hay coherencia, por cuanto, por un lado, el subteniente Carlos Fuel, quien presidió el allanamiento y detención de su defendida y la recuperación de la menor de edad, indicó que se encontraron tres trabajadoras sexuales y que la indicada menor se encon-

- traba en el interior de una habitación y, los otros agentes indicaron que la menor se encontraba en el patio y que habían dos trabajadoras sexuales, es decir, no hay coincidencia ni armonía en las versiones y testimonios rendidos en el juicio.
- Que en los testimonios se indicó también que se había encontrado en uno de los cuartos un preservativo usado con residuos orgánicos masculinos y papel higiénico, pero el señor Fiscal no investigó si dichos residuos eran de la menor de edad o de las señoras trabajadoras sexuales.
- Que las normas legales y constitucionales que se han violado y son motivo del recurso de casación, esto es: el artículo 76 de la Constitución de la República que habla sobre el debido proceso que es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las actuaciones judiciales con sujeción a las garantías constitucionales y legales (hay debido proceso si se respeta la libertad, la libertad humana y la seguridad jurídica); lo dispuesto en el artículo 76.2 de la presunción de inocencia; el artículo 76.7 literal a) de la norma constitucional del derecho a la defensa; el artículo 76.7 literal l) también de la Constitución de la República, por cuanto las sentencias no fueron debidamente motivadas; lo preceptuado en el artículo 82 de la Constitución que habla sobre la seguridad jurídica; lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que dice que las pruebas obtenidas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
- Que al no existir prueba suficiente aportada por Fiscalía y, por cuanto no se han practicado los actos necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de su defendida conforme a

considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos: se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas"; en el mismo sentido, se expresa el art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia, están obligados a garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes que viven en el Ecuador; para lograr su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad. Al efecto, regula el goce y ejercicio de esos derechos, deberes y responsabilidades, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior y la doctrina de protección integral prescrito en el art. 50 Ibídem, como el art. 52, que se refiere a las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen; y, las prohibiciones de los numerales 3 y 4, que tienen que ver con "La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas..." así como "La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación (...) víctimas de maltrato, abuso sexual..."; y, el art. 53 que precautela el "derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar...".





lo establecido en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal y, por evidenciarse además en la tramitación de la presente causa vicios de procedimiento que afectan la validez del proceso y la decisión de la causa, se declare la nulidad de todo lo actuado y, conforme al principio constitucional de inocencia, se deje sin efecto la pena aplicada por el presunto delito de trata de personas.

Que de no aceptarse lo solicitado, pide se revea la sentencia y se modifique la pena a una menor.

### 4.2. CONTRADICCIÓN POR PARTE DEL DR. ANDRÉS IDROVO LARREATEGUI, DE-LEGADO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL **ESTADO:**

Por su parte el doctor Andrés Idrovo, delegado del señor Fiscal General del Estado, en lo esencial se refirió:

- Que en el planteamiento de la defensa, hay una imprecisión jurídica cuando revela como fuente de su impugnación a la Ley de Casación, toda vez que en materia penal las disposiciones que cobijan a este medio de impugnación de carácter extraordinario, es el Código de Procedimiento Penal, conforme al artículo 349.
- Que la defensa ha tratado de traer a colación aspectos que tienen que ver con supuestas violaciones del procedimiento, lo cual riñe con la naturaleza jurídica de la casación penal, porque de lo que se trata en esta etapa procesal es de evidenciar cuáles son los errores jurídicos en la sentencia y no en el procedimiento.
- Que de manera muy genérica la defensa de la recurrente se ha referido a principios y normas constitucionales que no han sido fundamentadas, motivadas y explicadas de manera clara, por lo que, se considera que se han hecho meros enunciados, pues si aquellas violaciones se las contrasta con el contenido de la sentencia, no tienen asidero constitucional, ni jurídico.
- Que la sentencia impugnada acoge la disposición del artículo 309 en cuanto a los requisitos de la sentencia, determinándose cuáles son los aportes probatorios que establecen claramente la existencia de la infracción y deviene en un análisis que engloba la responsabilidad penal de la acusada, señora Olga Pantoja Tovar.
- Citando la afirmación de la defensa de la recurrente de que al tratarse de una menor (una niña) el facultativo que realice el examen ginecológico debía ser una mujer (persona del mismo sexo), señalando que si se contrasta aquello

- con el artículo 95 del Código de Procedimiento Penal invocado, se detecta que la norma no lo impone de manera tajante, sino que es facultativo, ya que dice "...podrá exigir que quienes actúen como peritos sean personas de su mismo sexo..."; que en el recurso de casación no se permite ni se requiere de la revalorización de la prueba (último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal).
- Que es importante acotar que tanto el Tribunal Penal como la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, dejan claro que el 18 de enero de 2013, se recibió una denuncia de una persona que habitaba el sector y no quiso identificarse, de que en la parroquia Pacayacu en el Nigth Club Cacahuera, existían personas menores de edad que estaban trabajando al interior de este lugar de tolerancia por lo que, frente a ello, policías de la DINAPEN emprendieron un operativo para determinar si esa información era cierta y al ingresar al night club encontraron efectivamente a varias personas, entre ellas una menor de edad Y.Y.R.L. quien manifestó que se encontraba viviendo en ese lugar.
- Que la adolescente guió a su lugar de habitación a los agentes policiales quienes pudieron observar que dentro de las evidencias se encontraban varios preservativos, unos en caja y otros que contenían un fluido corporal, habiendo sido adjuntados y presentados en la audiencia de juzgamiento.
- Que así mismo, la acusada se presentó como administradora y encargada del lugar; que la administradora y la menor manifestaron que la joven se dedicaba de cocinar, sin embargo, de la revisión del lugar se dieron cuenta que no existía ningún producto para la cocina y ni siquiera se encontró una cocina.
- Que del informe médico legal se desprende que se realizó un examen proctológico donde se determinó una dilatación anal y, del examen ginecológico se comprobó que la zona de la vagina estaba rojiza y había una desfloración total; que el Tribunal y la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, en la audiencia de juzgamiento determinaron varias contradicciones, entre ellas una referida por la recurrente en cuanto a desde qué momento conocía a la menor, pues primero manifestó que la conoció ese mismo día, pero la menor supo señalar que la conocía desde hace quince días e incluso dijo que la conocía desde pequeña.



- Que se dijo que la menor no solo se dedicaba a labores de cocina sino de planchado y lavado de ropa, lo que nunca se llegó a establecer.
- Que las contradicciones anotadas fueron ya valoradas por el juzgador y, como mencionó anteriormente, esta no es una etapa en que se pueda revalorizar la prueba, por lo que en, tal sentido, en nombre de la Fiscalía considera que el tipo penal al momento de subsumirlo con el comportamiento de la acusada, es correcto, legal y cumple con los elementos objetivos y subjetivos para determinar la existencia material del delito y la responsabilidad penal de la acusada.
- Que debe tomarse en cuenta la disposición constitucional del artículo 35 que señala que los menores de edad son considerados como niños, pertenecen a los grupos vulnerables y recibirán por ello la atención prioritaria y especializada, estando el Estado en la obligación de promover esa protección.
- Que no existe violación de la ley en las formas y modos lo ha planteado la recurrente, pues ha hecho un vago planteamiento y anuncios genéricos sin llegar a establecer precisamente cuál fue la violación, refiriéndose a vicios de procedimiento y, por tal razón se solicita se declare el recurso planteado improcedente por falta de fundamentación.

# QUINTO. CONSIDERACIONES DEL TRINUNAL DE LA SALA.

El recurso de casación es técnico y extraordinario, no constituye una tercera instancia, y se lo tramita ante la Corte Nacional de Justicia; pero para ello el recurrente, debe expresar en audiencia oral, pública y contradictoria, cómo y de qué forma se ha violado la ley, al tenor de las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación. En el recurso de casación por ningún motivo se podrá valorar la prueba, por cuanto esto es responsabilidad del Tribunal ad quem, por lo que el sustento de la fundamentación del recurso, no puede tramitárselo acorde a la Ley de Casación, ya que materia penal se lo debe realizar conforme la norma procesal penal, incurriendo la recurrente en un error técnico y lleno de imprecisiones.

En octubre del 2006 el Estado Ecuatoriano aprueba mediante Decreto Ejecutivo nro. 1823, Registro Oficial # 375, el Plan Nacional Contra la Trata de Personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual y laboral, y otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores, con lo cual reafirmó su compromiso de establecer como política pública prioritaria el combate a la trata de personas. No obstante en el año 2010 se propuso una reformulación del Plan con el fin de enfocar de manera especializada la problemática de la trata de personas, ofreciendo un enfoque integral basado en la prevención, la protección de las víctimas, la investigación y sanción; que al mismo tiempo promueva acciones integrales y coordinadas entre las diferentes instituciones del Estado, así como una mejor coordinación con la sociedad civil, las organizaciones y la cooperación internacional. El Manual de Derecho Penal Ecuatoriano de Ernesto Albán Gómez, indica sobre el delito de Trata de Personas: "(Ley 2005, Registro Oficial 45, de 23 de junio del 2005), cuyo objetivo fundamental era incorporar al Código disposiciones destinadas a proteger a los menores de edad en casos de explotación sexual, introdujo adicionalmente dos capítulos al Título II del Libro II. El primero de los nuevos capítulos, que se ubica a continuación del tercero, se denomina "Del delito relativo a la trata de personas". Conforme se señala en los considerandos de la Ley, con las reformas se pretende garantizar la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Podría afirmarse, por tanto, que el bien jurídico protegido en este caso es tanto la libertad individual como el derecho de las personas a desarrollar libremente su personalidad (Constitución, art. 66, numeral quinto). También debe tomarse en cuenta, entre los antecedentes de esta reforma legal, la aprobación que realizó el Ecuador, el año 2005, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional. Inclusive la tipificación prevista en la ley coincide con los conceptos básicos del Protocolo, en la figura básica. El primer artículo innumerado determina los elementos que configuran la tipicidad básica: los verbos que utiliza la ley: promover, inducir, participar, facilitar o favorecer, establecen las posibles modalidades que puede adoptar la conducta delictiva; la conducta debe dirigirse a la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas, con lo que se complementa el repertorio de modalidades del delito; estos actos deben tener como finalidad la explotación ilícita de tales personas. El segundo





inciso del artículo determina que la explotación puede consistir en trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta o utilización de personas para mendicidad, conflictos armadas o fines delictuosos. Si la explotación fuere de carácter sexual, se deberá aplicar otra norma legal, también introducida por el legislador en esta reforma, pero dentro del Título VIII, referido a los delitos sexuales;

Los medios empleados para la realización de la conducta deben ser amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta. Pero en la parte inicial del artículo se señala que habrá delito "aunque medie el consentimiento de la víctima", frase que implica, en definitiva, que el medio empleado no tiene importancia, pues basta para la existencia del delito la realización de los actos previstos en este mismo artículo. De todos modos, estas referencias recalcan el carácter doloso del delito".

En el presente caso, consideramos que el Tribunal ad quem realizó en forma pertinente el análisis de las pruebas que en su debido momento fueron presentadas en la audiencia de juicio, por lo que, la defensa no ha fundamentado en este recurso de casación, en que parte de la sentencia atacada se ha violado lo dispuesto por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ni se ha demostrado que exista errores de derecho en la sentencia examinada. De igual forma, la sentencia de la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos analiza el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia impuesta por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, por lo que no existe ningún tipo de nulidad, ni violación de trámite que pudiera influir en la decisión de la causa, ya que todo ella fue objeto de estudio por los jueces de instancia.

La trata de personas es un delito que ha sido materia de análisis no solo nacionalmente, sino internacionalmente, es por eso que en el convenio de 1949 se inauguró oficialmente a nivel internacional el fin del reglamentarismo y el dominio de las políticas en materia de prostitución, siendo un triunfo para las Naciones Unidas la abolición de la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

En el presente caso, la persona involucrada es una menor de edad siendo protegida de forma prioritaria por la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República de Ecuador que señala: "EI Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescen-

tes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos: se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"; en el mismo sentido, se expresa el artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia, están obligados a garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes que bien en el Ecuador; para lograr su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Consecuentemente, lo alegado por el recurrente respecto a la violación del debido proceso, a la falta de motivación y a la seguridad jurídica, son simples enunciados que no se ajustan a la verdad descrita en la sentencia impugnada, este Tribunal de Casación no puede examinarla, ya que del análisis del fallo se evidencia que no existe tales violaciones constitucionales, de igual manera el argumento de que el examen médico ginecológico carece de valor porque no fue practicado por una persona del mismo sexo, tampoco tiene relevancia jurídica y no es motivo de nulidad, porque esa dicha disposición es facultativa, por lo que no existe violación del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal.

### SEXTO. RESOLUCIÓN.

Por estas consideraciones, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, como lo expresado en la fundamentación del recurso de casación, el recurrente no ha logrado establecer la violación de la ley en la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, acorde a las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y no habiendo violación de la Ley en la sentencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal por unanimidad se declara improcedente el recurso. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para el cumplimiento de la pena. Actúe la Dra. Silvia Jácome Jiménez como Secretaria Relatora (E). Notifíquese y Devuélvase.-

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc., Juez Nacional Ponente; Dra. Ximena Vintimilla Moscoso y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Juezas Nacionales.



### IV

### Resolución nro. 556-2014 Juicio nro. 089-2013

Juicio penal en contra Angel María Campoverde Rivera

### SÍNTESIS

El Fiscal del Cañar en La Troncal, formula acusación en contra de Ángel María Campoverde Rivera, imputándole la autoría en el cometimiento del delito de estafa. La infracción se produjo en contra de socios de la Cooperativa "22 de Marzo" de la ciudad de La Troncal, a quienes motivó para invadir terrenos que anteriormente pertenecían al ingenio azucarero "Aztra", prometiendo entregar escrituras legalmente inscritas en el Registro de la Propiedad, lo cual no ocurrió. El procesado fungía como gerente de la referida cooperativa, realizando cobros, pero los dineros no ingresaron a la cuenta que mantenía la cooperativa "Abdón Calderón Muñoz" en el Banco Nacional de Fomento. El Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, declara la culpabilidad del señor Ángel María Campoverde Rivera como autor del delito de estafa, tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 563 del Código Penal, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional más el pago de daños y perjuicios. El sentenciado interpuso recurso de apelación. La Sala Especializada de Garantías Penales y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, desecha el recurso interpuesto y confirma la sentencia del Tribunal del juicio. El procesado presenta recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que declara improcedente el recurso interpuesto.

### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2012-0084

Juez ponente: Dr. Fernando Sigüencia García

TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES DEL CAÑAR.- Cañar, a 23 de octubre del 2012.- A las 15h30.-

VISTOS: En audiencia de preparación de juicio y de formulación de dictamen, el señor Fiscal del Cañar en La Troncal, Dr. Bolívar Andrade Martínez, formula acusación en contra de Ángel María Campoverde Rivera, imputándole la autoría en el cometimiento del delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 563 del Código Penal; al término de la misma, el señor Juez Quinto de Garantías Penales del Cañar, acogiendo el dictamen fiscal, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del referido acusado en el grado y por la infracción puntualizada. Ejecutoriado el auto en referencia, la competencia para el conocimiento y trámite del juicio se radicó en este tribunal, organismo que procede a señalar la audiencia pública de juzgamiento, que tiene lugar con la participación de los

sujetos procesales convocados, en su desarrollo se evacuan y se incorporan legal y debidamente las pruebas por ellos anunciadas, se satisfacen los principios de inmediación, oralidad y contradictoriedad, agotada la actividad probatoria, tiene lugar los debates cuyo contenido con mayor abundamiento consta en acta respectiva levantada por secretaría. Luego de la deliberación de rigor, el tribunal se reinstaló en audiencia para dar a conocer oralmente su decisión, que fue la de declarar la culpabilidad del acusado por el delito objeto del enjuiciamiento, correspondiendo en este momento emitir sentencia por escrito, en la que se habrá de motivar en forma completa y suficiente la decisión adoptada, sentándose para ello las siguientes consideraciones.- PRIMERO: No se ha omitido vicio u omisión de solemnidades sustanciales que afecten la decisión de la causa. Debiendo anotar que el trámite dado a la presente causa como delito de acción





penal pública, es el establecido en la ley, por lo expuesto, se declara la validez del proceso. SEGUN-**DO**: Probar es la actividad que va dirigida a la búsqueda fidedigna de un juicio, por lo que la prueba, como sustantivo de probar, es el procedimiento dirigido a tal demostración. En materia penal, en virtud de los principios que gobiernan el sistema acusatorio oral, la prueba tiene por objeto convencer al tribunal aquellos presupuestos que constituyen el cimiento de todo enjuiciamiento penal; la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, para conforme atañe declarar su culpabilidad o confirmar su inocencia. Por otra parte en garantía del principio o derecho a la inocencia que asiste a todo justiciable, incumbe a la parte acusadora en particular a fiscalía, el onus probandi, es decir, probar los hechos en que los funda su acusación esto es, demostrar un ilícito que transgreda las normas penales que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen. TERCERO: Con el objeto de justificar aquellos presupuestos, como prueba documental fiscalía produce los siguientes elementos: a) Copia Certificada, otorgado por la Jefe Operativo del Banco Nacional de Fomento-La Troncal, sobre cuentas de ahorros pertenecientes a la Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón"; b) Copias certificadas, de comprobantes únicos de pago de impuestos al predio Urbano perteneciente a Campoverde Ortega Charlot Jadira y Santander Agustín. Por su parte, tendiente a descargar la carga inculpativa, el acusado sustenta su defensa en las pruebas anunciadas, en el orden documental se incorpora como prueba: a) Copias certificadas del juicio No. 74-2004 seguido por la Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón Muñoz": b) Copia certificada del juicio No. 341-99 tramitado en el Juzgado Octavo de lo Civil del Cañar, por Prescripción Adquisitiva de Dominio.- CUARTO: En alegatos iniciales y definitivos fiscalía define el hecho acusado como un delito de estafa, tipificado en el artículo 563 del Código Penal, en virtud, que el acusado Ángel María Campoverde Rivera desde hace años a la fecha ha venido vendiendo solares en la Cooperativa Abdón Calderón Muñoz, que posteriormente recibió el nombre de "22 de Marzo", terrenos que antes pertenecían al Ingenio Azucarero Aztra, que en estos mismos solares ha venido realizando varias ventas a los propios invasores por las cuales ha venido recibiendo cantidades de dinero para proceder a la escrituración, pero hasta el día de hoy no se ha cumplido con la inscripción en el Registro de la Propiedad, aclara que Campoverde

Rivera fungía como socio fundador y directivo de la mencionada Cooperativa Abdón Calderón Muñoz.- QUINTO: En la especie el concepto elemental que sustenta la acusación, es haber el acusado venido negociando lotes de terreno de la Cooperativa Abdón Calderón por las cuales ha recibido dineros por estas ventas, pero que los mismos no ingresaban a cuentas de la organización, así como tampoco ha procedido a inscribir las respectivas escrituras en el Registro de la Propiedad del cantón La Troncal, a pesar de haber ya cancelado los respectivos valores al hoy procesado, que los mismos solares vienen siendo vendidas a varias personas que inclusive ni siquiera pertenecen a la mencionada Cooperativa, sino que las ventas se las efectúan incluso a invasores de tales predios, empero aparecen planillas a nombre de Charlot Campoverde hija del acusado, con lo que se demuestra que ella es una de las beneficiarias con un lote de terrenos en la mencionada Cooperativa, mientras otras personas a pesar de haber cancelado los respectivos valores y aún siendo socios no han podido todavía obtener sus escrituras.- SEXTO: En la audiencia de juicio deponen sobre los hechos, el Doctor Ramón Darío Peñafiel González, quien en lo medular de su exposición, nos da a conocer: que ostenta el cargo de Registrador de la Propiedad del cantón La Troncal y que en reiteradas ocasiones el hoy acusado le ha solicitado que proceda a la inscripción de escrituras públicas que pertenecen a la Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón Muñoz", del cantón La Troncal, inmueble que tiene una cabida aproximada de diez hectáreas, que fueron adquiridas en ese entonces al Ingenio Aztra, terrenos en los cuales se realizaba una lotización, con el nombre antes mencionado, esto es como Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón Muñoz", a raíz de la aprobación de los planos y más exigencias de ley, títulos que fueron legalizados, solo respecto a aquellos que se hacían a nombre de los socios y cumplían con los demás requisitos legales y tramitados en el Ministerio de Bienestar Social, que hace unos cinco años atrás sabe que ha existido la Ciudadela con el nombre de "veinte y dos de Marzo", pero que no las legalizó, sino solamente a la Cooperativa Abdón Calderón, sé que se han dado invasiones se han tramitado juicios en diferentes instancias. A las preguntas de la defensa, responde: que hace unos veinte y nueve años se procedieron a inscribir solamente las escrituras que vienen con el Acuerdo Ministerial y cumplan con los demás requisitos de rigor, que si tiene conocimiento de que se inscribió



una demanda por invasión. El testimonio de: Baltazar Cristóbal Paredes Santander, quien comienza reconociendo al acusado presente en la sala, y en lo principal indica: que lo conoce desde el año de mil novecientos ochenta, fecha en que le contrató como operador de motosierra, que por su trabajo no le pagó, más en mil novecientos ochenta y nueve sufre un accidente, se fractura las piernas, entonces el hoy procesado le ofreció un solar, aclarando que no ingresó a la Cooperativa, por lo que le solicitó que le devuelva los doscientos sucres en el año de mil novecientos ochenta y siete, pero como parte de pago le dio un solar, como no le devolvió el dinero, en mil novecientos noventa y uno le compré el terreno a quien se encontraba en posesión del mismo, es decir compró a un señor Cáceres en ochocientos mil sucres, empezó a construir su casa, en el año dos mil aparece Ángel Campoverde acompañado del señor Reyes Nieto, manifestando que le van a dar la escritura, que no vale que viva así, pero que le costaba un mil dólares, a la final le rebajaron a ochocientos dólares, en ese momento le entregó cuarenta dólares, luego le pedía siempre, por lo que le dio trescientos sesenta dólares, pero que nunca le entregó recibos, siempre me iba solo, me ofrecía las escrituras y ahora me dice que yo no tengo los requisitos necesarios y no soy socio, debo manifestar que todo el esfuerzo de mi vida está ahí, he vivido pacíficamente, pago mis impuestos, yo nunca ingresé como socio, hay otras personas que están en posesión: a las preguntas de la defensa, responde que: yo no fui socio fundador, yo ingresé después a la Cooperativa, últimamente en el dos mil once ingresé con trescientos dólares, yo no sé ese detalle, yo di cuarenta dólares, yo entregué como trescientos sesenta dólares para la Cooperativa, ya nunca más volvió, no tengo resultado alguno, pero si estoy ocupando el terreno, en mil novecientos ochenta y siete me dio el terreno como parte de pago, si me invadieron el terreno y negocié ese terreno con la invasora sin que tenga nada que ver la Cooperativa, posteriormente entregó trescientos dólares para que levante el patrimonio, a repreguntas del señor Fiscal, responde que Campoverde no le entregó escritura alguna, que quiso ser socio de la Cooperativa, que en el año dos mil le entregó la última vez el dinero. El testimonio del señor Jorge Eriberto Ortega González, quien en lo fundamental señala: yo le conozco al acusado desde hace unos siete años atrás, yo ahí veinte y cuatro años (en el terreno) en la ciudadela veinte y dos de Marzo, pero este terreno está a nombre de un señor

que trabaja en el Municipio vendido por el señor Angel Campoverde, mi mamacita me llamó diciendo que Ángel Campoverde ya ha vendido, pero este terreno ya estaba a mi nombre, y yo pagaba mis impuestos en el Municipio a mi nombre, a preguntas de la defensa responde que, más o menos en el año de mil novecientos setenta y nueve o mil novecientos ochenta se formó la Cooperativa, yo no fui miembro de la Cooperativa, que en el año de mil novecientos setenta y nueve la gente invadió esos terrenos, a mí me dio mi cuñado que invadió, que si formaron una Cooperativa llamada veinte y dos de marzo, yo no soy invasor, yo vivía donde el Darío, quien me quiso llevar, yo no me fui como invasor, yo si le dejé a mi madre en ese terreno, a mi madre si le han dicho, a mí no me dice que quiere arreglar, pero yo si pago los impuestos, no me da precio el Zapata para ver cuánto quiere, yo no sé si el señor Zapata es socio, desalojo no ha habido. Testimonio del señor Mariano Néstor Rodas Narváez, quien en lo principal nos enseña: que, si le conoce al acusado desde hace unos treinta y dos años, es miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, yo fui Presidente del Comité de Vigilancia, que a Charlot Campoverde le aceptaron como socia, que era madre soltera, se puso en consideración de la Asamblea y se le aprobó como socia y como socia tenía derecho a un lote, no se le dio el lote porque estaba invadido y en problemas, de la escritura de Charlot Campoverde no sé si le han dado, para obtener el terreno tenía que dar dinero, Charlot es hija del acusado Campoverde, no apoyamos dar el terreno por socia, sino por madre soltera, mediante recibos se sabe que se ha dado dinero, el Gerente cogía todo el dinero; a las preguntas de la defensa responde que: Yo no soy socio fundador, yo entré cuando ya estaba formada la Cooperativa, fui miembro del Consejo de Vigilancia, si se compró terrenos, la Cooperativa tenía que reunir sus documentos y de ahí venía la orden, para ser socio, primero se hacía una solicitud por escrito y luego se aceptaba por los socios, si nos invadieron el terreno, pero yo no fui a la Cooperativa por un problema, vinieron con piedras, palos, les quitaron, roban, pegan, todos estamos invadidos hasta ahora, tuvimos conocimiento que hay una prohibición, algunos tienen escrituras, el señor Campoverde ha querido ser siempre Gerente, él es Presidente, quería ya descansar, ha sido una persona de confianza, yo no le visto ningún fallo, él no ha vendido sitio a nadie, son los invasores que quieren matarle, no se puede dar lote alguno porque todos





están ocupados, el terreno de Zapata está invadido, el Gerente no ha pedido un solo centavo, los hijos le ayudan a sobrevivir, los dineros se entregaban a gerencia, él era Presidente, nunca recibió dinero. El Testimonio de Rosendo Gregorio García Maldonado, quien comienza reconociendo al acusado, y en la parte central de su declaración expresa: que él posee dos terrenos en la ciudadela veinte v dos de Marzo, mi hermano fue dueño unos seis años de estos lotes, el declarante los adquirió a su hermano desde hace unos diez años, quiso obtener las escrituras pero no pudo, el Municipio les concedió los permisos respectivos, pero les dio sin escritura, en otros lados no es así, aquí nos dicen que todo está legal me puse construir y en las Notarías me señalaron, usted no ha comprado nada, me dijeron que converse con el señor Campoverde, yo vendí el carro para comprar, me pidió doce mil dólares, me bajo a diez mil dólares y al final quedó en seis mil dólares, de los cuales le entregó cinco mil dólares y quedó un saldo de un mil dólares, me elijo que le arreglaría en un mes, pero hasta ahora no le arregla, ha pasado más de un año que le entregaron los cinco mil dólares de los dos terrenos, pero no nos da todavía las dos escrituras y yo ya le entregué el dinero, yo no soy socio pero yo le di mis documentos, cédulas, planos y todo lo solicitado, pero no nos da, nos dice que se ha ido a Quito, Azogues, Cañar, recalca que fue en el dos mil diez o dos mil once que le entregó el dinero, que la Señorita Hurtado es la interventora, pero hasta ahora no han hecho nada, no ha recibido la escritura, aclara que el nombre de la interventora es la abogada Deysy Hurtado, que el señor Paredes es quien está haciendo algo, nos mandó a depositar seiscientos dólares en Coopac-Austro para ser socio. A la defensa responde: yo compré a mi hermano Carlos García en tres mil dólares, yo no soy socio, ni miembro, las Cooperativas Veinte y Dos de Marzo y Abdón Calderón son iguales, reitera que compró a su hermano y mi hermano compró a un señor Sibri. El testimonio de Marcia Amelia García Saldaña, quien reconoce al acusado, en la parte medular de la declaración indica que: le pidió seis mil dólares del terreno hace unos ocho años atrás, a los tres meses se acercó don Ángel y después m mil dólares, yo le entregué al acusado en partes, él me iba a entregar las escrituras, me dijo que yo tenía que ser socia para darme la escritura, me entregó después la escritura cuando el señor Palacios fue concejal, yo le entregué mil dólares hace unos dos años y me dijo que la escritura ya estaba hecha, le inscribí esa es-

critura, hay otra escritura de mi hijo, pero eso fue cuando estaba presente ya la interventora y él iba entregar este terreno a una señora Vega: a las preguntas de la defensa, responde que: yo le entregué el dinero al señor Campoverde, si le di mil dólares por el terreno y tengo recibos. SÉPTIMO.-La defensa por su parte, pretende descargar su responsabilidad con el testimonio de: Charlot Yadira Campoverde Ortega, quien responde señalando: ser hija del acusado, luego de la explicación dada por el señor Presidente del Tribunal sobre las garantías constitucionales que le asiste, manifiesta que su deseo es declarar en forma voluntaria, en la parte medular de su declaración, indica que: No es socia fundadora, que ahora si es socia, la compra para la cooperativa fue de diez hectáreas de terreno, ella si efectuó la solicitud para ser socia y lo presentó, que se produjo una invasión de la cooperativa veinte y dos ele Marzo y hasta ahora está invadida, en mil novecientos ochenta y nueve su padre inició una demanda en el Juzgado Octavo de lo Civil del Cañar para desalojar a los invasores, quienes hasta ahora no quieren salir, hay muchos juicios a favor de la Cooperativa, pero no quieren salir, ni negociar los terrenos los invasores, hay una orden de desalojo, Zapata no sé si vendería, pero si está invadido por los miembros de la ciudadela veinte y dos de Marzo, la mencionada Cooperativa quiere hacer todo lo posible para quedarse con los terrenos. El Testimonio de Hernán Toledo Ortiz, quien en la parte medular de su declaración nos indica: que no es socio fundador, en mil novecientos ochenta y cinco llegó a ser socio, compraron diez hectáreas al Ingenio Aztra situadas en el Kilómetro setenta y dos, se otorgó escrituras a sus socios que fueron aprobados, se produjo una invasión de los socios de la veinte y dos de Marzo en los terrenos de la Cooperativa Abdón Calderón, ahora está invadido todo, pero estos terrenos están vendidos y hay una orden de desalojo, aclarando que los directivos no solo reciben aplausos, sino también son criticados, cuando las personas querían terrenos tenían que afiliarse a la Cooperativa, Charlot Campoverde fue aceptada como socia en la Cooperativa Abdón Calderón, hay unos socios que todavía se encuentran y otros que salieron. El Testimonio de Enmanuel Oswaldo León Coronel quien en lo principal nos da a entender que: si es miembro de la Cooperativa, la que adquirió diez hectáreas lícitamente, hasta hoy no puede tomar posesión de ese terreno, para ser socio hay que hacer un trámite en el Ministerio de Bienestar Social que la interventora y otros más



no quieren dar paso al desalojo, estos terrenos están en manos de otros invasores, la señora Charlot Campoverde también es socia de la Cooperativa, quien recibió todos los requisitos.- OCTAVO: En atención a lo referido, resulta incontrovertible la prueba que liga seriamente la participación del acusado Ángel María Campoverde Rivera, como autor del delito establecido en el Art. 563 del Código Penal cuya participación se concreta en el hecho de haberse apropiado indebidamente de caudales monetarios de propiedad de Rosendo Gregario García Maldonado, cuando al ser poseedor de dos cuerpos de terreno en la ciudadela veinte y dos de Marzo, adquiridos por compra a su hermano Carlos García, al no poder legalizar la propiedad de esos bienes, empero que Municipio le concedió los respectivos permisos para construir, y cuando alguien le comentó que no había adquirido nada, que si quería alcanzar la legalización de esos terrenos, debía conversar con el acusado Campoverde Rivera, lo que en efecto así lo hizo, entrando en trata con el mismo, llegando a pactar el precio de la adquisición en seis mil dólares, para esto tuvo que vender su vehículo, entregó cinco mil dólares americanos como anticipo al señor Campoverde, quedando un saldo de un mil dólares, se comprometió en el lapso de un mes ha entregar las escrituras respectivas de los inmuebles, pero hasta el momento no ha cumplido con el ofrecimiento, pese haber entregado el dinero hace ya más de un año, engañando que la documentación se encuentra en diferentes partes del país, lo que si aclara es que él nunca fue socio, ni de la Cooperativa Veinte y Dos de Marzo.- NOVENO: El delito de estafa consiste en el empleo de manejos fraudulentos, tendientes a provocar el error o el engaño de la víctima para logar el desapoderamiento de bienes ajenos; en la especie el conjunto probatorio, muestra la artificiosa conducta del acusado, al estar por décadas dedicado a la dirigencia de la: Cooperativa Abdón Calderón de la ciudad de Troncal, y en orden de su ejercicio se ocupaba de la venta de lotes de dicha organización, algunos de ellos en situación irregular por encontrarse invadidos por una asociación o cooperativa de vivienda denominada 22 de Marzo; en ese orden de cosas Rosendo Gregario García Maldonado, al estar en posesión de dos lotes de terrenos teniendo como antecedente aquella invasión y en el afán de legalizarlos a través de su propietaria la Cooperativa Abdón Calderón; en representación de ella el acusado se hizo entregar personalmente cinco mil dólares, ofreciendo la

suscripción oportuna en los años 2010 y 2011, de los títulos escriturarías, sin que encuentre cumplimiento hasta el momento. En muchos pasajes de su testimonio el acusado, hace gala de sus conocimientos de orden legal en materia cooperativista, y alude haber recurrido ante Notorio para absolver consultas de casos en que no podían ser beneficiarios quienes no eran socios de la entidad, ni peor si se encontraban en el extranjero, en el caso del señor García acepta que le ingresaron a la Cooperativa pero aquel nunca cumplió con lo acordado; evasiva orquestada para pretender justificar la no entrega de las escrituras públicas a las que se comprometió, sin embargo se hizo entregar la suma de cinco mil dólares, que aduce fueron invertidos en gastos para proceder al desalojo de los espacios invadidos, se ha de acotar que tales dineros no han sido depositados en las cuentas bancarias de la Cooperativa; en efecto, acorde al documento remitido por Janet Roca Sosa Jefe Operativo Encargada del Banco Nacional de Fomento La Troncal y que consta de autos, se establece que efectivamente el señor Campoverde Rivera Ángel María con cédula de identidad No. 0300371721, mantiene dos cuentas de ahorros como titular y figura como firma autorizada en dos cuentas de ahorros: a) la 0640052885 como titular la Cooperativa de Vivienda Abdón Calderón, con un saldo promedio de 47.05 U.S.D. desde el último movimiento que es el 06/02/2009: y, b) la Cuenta Número 0640599586, que corresponde a la titular Rojas Orbe Maritza Aracely, con un saldo promedio de 0.89 U.S.D. desde el 27/08/2008, si nos referimos al pago que efectuó Rosendo Gregario García Maldonado, al decir del ofendido en el año dos mil o dos mil once, simplemente no existe depósito alguno efectuado. Es por tanto colegible que el acusado se hizo entregar y se apropió de los cinco mil dólares americanos que le fueron entregados por el perjudicado García.- DÉCIMO: Se señala también que se adjudicó a Charlot Yadira Campoverde Ortega, hija del acusado, un lote de terreno en la Cooperativa Abdón Calderón, al respecto se presenta por parte de fiscalía una copia certificado del pago de impuestos al Gobierno Municipal Autónomo del cantón La Troncal, que refieren al pago del Predio Urbano, con la clave catastral No.02-08-04-14-000, de un terreno avaluado en 21.708.77 U.S.D., ubicado en la Ciudadela Abdón Calderón, perteneciente a la contribuyente Campoverde Ortega Charlot Jadira, persona que aparece como beneficiaria siendo hija del hoy acusado:





relacionamos este hecho con el del perjudicado García Maldonado, podemos observar el actuar malicioso del acusado Campoverde Rivera, en relación a aquel, en tanto se muestra útil y agencioso para extender un título en favor de su hija. Como se dijo la estafa es un delito atentatorio al bien jurídico propiedad, infracción que consiste en la obtención de un beneficio ilícito en perjuicio de otra persona, mediante el engaño o el abuso de confianza para hacerse entregar una cosa ajena, con el propósito de apropiarse de la misma, ya haciéndose entregar fondos, muebles, obligaciones, entre otros manejos que son utilizados para provocar el error en la víctima, y lograr el desapoderamiento del bien que se pretende apropiar; por lo tanto y en mérito a la gravedad, precisión, concordancia y conexión de los medios de prueba que obran del proceso, se considera demostrada la existencia del delito de estafa en contra de Rosendo Gregario García Maldonado, debiendo el imputado responder penalmente como autor del delito de estafa, al haber adecuando su conducta al tipo establecido y sancionado en el inciso primero del Art. 563 del Código Penal. DÉCIMO PRIMERO: Con los testimonios de Hilda Esperanza Rivas Franco y Luis Eleuterio Rivera Campoverde, justifica su muy conducta anterior no representando peligrosidad, además se trata de una persona mayor de sesenta

años, por lo mismo ha acreditado las atenuantes dos y siete del Art. 29 del Código Penal, las que serán consideradas para la imposición de la pena. Por lo manifestado este tribunal ADMINIS-TRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la culpabilidad de Ángel María Campoverde Rivera, con cédula de identidad número XXXXde la edad de sesenta y nueve años, casado, domiciliado en el cantón La Troncal, provincia del Cañar, comerciante, como autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 563 del Código Penal imponiéndose acorde lo dispuesto en el Art. 73 del Código Penal la pena de UN AÑO DE PRISION CORRECCIONAL, a la pena privativa de la libertad se le imputará el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta causa, se le impone la obligación del pago de daños y perjuicios al afectado Rosendo Gregorio García Maldonado, cuyo importe se determina en cinco mil dólares americanos con los intereses legales hasta su completa cancelación.- Notifíquese.-

f) Drs: Alex Castro C, Juez Presidente; Leonardo Santacruz M., Juez; Fernando Sigüencia G., Juez Temporal.

### (LE NACIONAL DE

#### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio nro. 2012-0230

### Conjuez temporal ponente Ab. Macario Zea Zamora

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CANAR.- SALA ESPECIALIZADA DE GARANTÍAS PENALES Y TRÁNSITO.- Azogues, viernes 14 de diciembre del 2012, las 15h31.

VISTOS: El Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, en sentencia, declara la culpabilidad de Ángel María Campoverde Rivera, como autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 563 del Código Penal, imponiéndole acorde a lo dispuesto en el Art. 73 del Código Penal, la pena de un año de prisión correccional y la obligación del pago del daños y perjuicios al afectado Rosendo Gregorio García Maldonado, cuyo importe se determina en cinco mil dólares americanos con los intereses legales hasta su completa cancelación. De esta sentencia, interpone recurso de apelación el acusado Ángel

María Campoverde Rivera. Subido en grado los autos radicada la competencia por imperativo legal en esta Sala, se lleva a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en atención a las previsiones legales del Art. 345 del Código de Procedimiento Penal, y luego de su conclusión y de la deliberación correspondiente, pronuncia la siguiente decisión oral: "lo actuado en el Tribunal, la prueba recibida y lo manifestado en esta audiencia, permite a la Sala establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado Ángel María Campoverde García (Rivera) en el presente caso, razón por la cual, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado, desechando de esta manera el recurso interpuesto". En seguimiento de la sustanciación, se pasa a elaborar la sentencia por escrito, para lo cual se realizan las siguientes



consideraciones: PRIMERO.- Durante el trámite se han observado las solemnidades sustanciales, siendo válido el proceso, como así se declara; SE-GUNDO.- En la audiencia pública del Tribunal, a fin de resolver la situación jurídica del acusado Angel María Campoverde Rivera, el señor Fiscal doctor Bolívar Andrade Martínez, en esencia expresa: Que el hoy acusado Ángel María Campoverde García (Rivera), ha sido llamado por Fiscalía a este juicio por el delito de estafa formulado por moradores de la Cooperativa "22 de Marzo" de la ciudad de La Troncal, indicando que el acusado quefomentar las acciones de terrenos que anteriormente pertenencia al Ingenio Azucarero "Aztra" en ese entonces, y que manipulaba las invasiones de los mismos, luego de determinado tiempo empezaba a tener lotes invadidos por los propios invasores para lo cual prometió entregar escrituras legalmente constituidas e inscritas en el Registro de la Propiedad, cosa que hasta el momento no se ha dado, existe elemento de convicción suficientes para que hoy estemos conociendo la situación del procesado. Indica que el procesado fungía como gerente o directivo de la Cooperativa "Abdón Calderón Muñoz" de la ciudad de La Troncal, que jamás los dineros adquiridos por el acusado han ingresado a la cuenta que mantenía la Ciudadela "Abdón Calderón Muñoz" en el Banco Nacional de Fomento; se ha podido constatar el hecho por el acusado, de querer sacar a todos los habitantes de la Ciudadela que no han cumplido con su cuota de pagaren lo que se les ha pedido; TERCERO.- La defensa del acusado Angel María Campoverde García (Rivera), en esencia indica: Que a eso del año 1976se conformó la Cooperativa "Abdón Calderón Muñoz", en esta ciudad, cuando en ese entonces era la parroquia Manuel J. Calle, conocido actualmente como cantón La Troncal, muchas personas y de distintas parroquias se trasladaban a la ciudad de La Troncal, para trabajar en el Ingenio "Aztra", este cantón ofrecía mejoramiento para sus familias, muchas de ellas tuvieron la oportunidad de adquirir terrenos, unos mediante compraventa, otros invadiendo, pero un grupo de personas visionarias entre ellas su defendido Angel María Campoverde Rivera, creó la Cooperativa "Abdón Calderón Muñoz" nombre en homenaje al líder asesinado; en 1976 había sido designado entre otros en calidad de presidente, gerente y miembro activo su defendido en la directiva, la misma que fue cambiante al transcurso de los años, entre otros conformada por Manuel Oswaldo

León Coronel, Héctor Rodas Narváez, Ángel María Campoverde, la Cooperativa surgió poco a poco en el tiempo; muchos invasores vieron como progresaba, invadieron los terrenos de la Cooperativa "22 de Marzo", al momento constituida legalmente, realizando hechos, en nombre y representación de Ángel María Campoverde Rivera y de los dirigentes: Isabel Ortiz, Edmundo Cueva, María Augusta Quinde, en un voluminoso juicio de prescripción adquisitiva de dominio seguido por los miembros de la Cooperativa en contra de todos los dirigentes, se encuentran nombres y apellidos de quienes aparecen hoy como estafados, varias han sido las denuncias presentadas en contra de Ángel María Campoverde Rivera, y a pesar de ello la Cooperativa está en buen camino, que existe en este proceso invasiones que se han realizado mismas que han seguido juicios que presentará, que el señor Juez de lo Civil dio fallo a favor de la Cooperativa, lo que ha ocasionado que casas construidas en los mencionados terrenos sean demolidas y despojados. Recalca que su defendido, fundador, fue candidato a Asambleísta, se trata de una persona honorable de la localidad; indica que tiempo atrás la Gobernación convocó a una reunión con el Ministro Fiscal Dr. Romero Gárate, que en el año 1989 fue Intendente de Policía y tenía conocimiento y se pusieron las denuncias correspondientes, que se trata de una venganza de terceras personas en contra de su defendido. CUARTO.- Según el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, en la etapa del juicio se practicaran los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho, la Cooperativa Abdón Calderón, Deyse Hurtado intervino en la Cooperativa, entregó el dinero en el 2000, desde allí nada. JORGE HERIBERTO OR-TEGA GONZALEZ, en la parte central de su declaración dice: Conocer al acusado hace siete años, tiene un solar 24 años en la Cooperativa 22 de Marzo, no está a su nombre, tiene el plano municipal, su madre quedó al cuidado, en el año 2007 que quiere pagar, ya no estaba a su nombre, su cuñado le dio un solar, no fue miembro de la Cooperativa, no soy invasor, no tenía escritura pero en el Municipio estaba a su nombre, YOFRE FRAN-CISCO GRANDA MALDONADO, en lo principal dice: Que conoce al acusado como dirigente de la Cooperativa Abdón Calderón, a la hija del acusado hace poco, que está en posesión del terreno desde hace 18 años pero sale a nombre de la hija del acusado Yadira Campoverde, no fue miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, si de la 22 de





Marzo, que el abogado le dijo que no había como hacer escritura, que los terrenos estaban en problemas, pagaba los impuestos a nombre de Agustín Santander, nunca ha conversado con el acusado ni le ha dado dinero, el terreno compró a Agustín Santander hace 18 años, no sabe de quién sería antes. MARIANO NESTOR RODAS NARVAEZ, en lo medular dice: Oue conoce al acusado hace 32 años como miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, fue miembro del Comité de Vigilancia, recuerda haber recibido la solicitud de Charlot Campoverde, los socios en conjunto decidieron pero no se le dio el lote porque la Cooperativa estaba intervenida, puede haber la escritura pero no está inscrita, no le consta si le dio o no dinero a Campoverde, en 1989 se invadieron terrenos de la Cooperativa Abdón Calderón los de la 22 de Marzo, hay un juicio, la Cooperativa no ha podido proceder al desalojo otros problemas; al abogado de la defensa responde, él ha sido persona de confianza de los socios no ha tenido denuncia en su contra, no ha negociado con nadie, que ha recibido amenazas de muerte, como presidente nunca recibió dinero. ROSENDO GREGORIO GAR-CIA MALDONADO, dice: " Que compró terrenos hace unos diez años, ando por todo lado para hacer la escritura pero no podíamos hacer en el Municipio, el arquitecto dijo que está todo legal medio sacando el plano, me pongo a construir, es donde el otario que el problema, me voy donde el abogado Gárate, me dice porque no habla directamente con el señor Campoverde, conversamos al respecto lo que puedo pagar, pidió doce mil dólares, vinimos a otra vez al final quedamos en seis mil, no me acuerdo la fecha pero le di cinco mil y faltaba mil hasta que se entregue la escritura, nunca llegó ya va pasado un año, en el 2010 al 2011, por la compra de dos terrenos, prometió la escritura y no dio nada, dijo que iba a inscribir, no tenía documento los papales están a nombre de mi señora y de mi hijo, que estaba a cargo de la Cooperativa la abogada Digna Hurtado, seiscientos dólares entregamos para hacer los papeles, mi hermano nos vendió, la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado; QUINTO.- Objeto de cumplir con esta finalidad, Fiscalía aporta prueba documentos consistente en: 1.- Copia certificada otorgada por la Jefe Operativo del Banco Nacional del Fomento-La Troncal, de cuentas de ahorros pertenecientes a la Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón"; 2.- Copias certificadas o comprobantes únicos de pago de impuestos al predio

urbano perteneciente a Campoverde Ortega Charlot Jadira y Santander Agustin. Como prueba testimonial las rendidas por: RAMON DARIO PE-NAFIEL GONZALEZ, quien en lo principal dice: Que es Registrador de la Propiedad del cantón La Troncal desde (sig) adquirió unos terrenos a Aztra aproximadamente diez hectáreas, planos de lotización a nombre de esa Cooperativa, aprobados por el Municipio, la adquisición mediante escrituras hechas donde Don Manuel Padrón, no reúne los requisitos, era a socios de la cooperativa, que les indicó que debían acudir al Ministerio de Bienestar Social para que sea aprobadas por acuerdo, para un grupo y a esa parte se les dio escrituras y la inscripción quedan algunas legalizadas; cinco años atrás se venía dando una situación con la de Marzo, fueron al Registro de la Propiedad a ver si reunían los requisitos hubo un tramite inscrito el terreno se hallaba en problemas, dice, debo (sig) hechos insinuaciones sobre los requisitos, la ley establece la negativa por falta de requisitos, que como Registrador inscribió la demanda ante una orden del Juez Civil, que no le consta que el acusado hava recibido dinero; BALTAZAR CRISTO-BAL PAREDES SANTANDER, domiciliado en la Ciudadela 22 de Marzo, en su declaración en esencia dice: Conocer al acusado desde 19 ...(sig) fue su trabajador por que tenía una moto sierra, no le pagaba y como del trabajo le dio un solar por 200 sucres en 1987, un solar de la Cooperativa "Abdón Calderón", en 1988, se dio un asentamiento (sig) incluido su solar invadieron, no le ingreso a la cooperativa, Campoverde no quiso devolver los 200 sucres, en 1991 compró a la que estaba en posesión Teresa Cáceres en ochocientos mil sucres, en el 2000 aparece Campoverde con Hugo Reyes Nieto, diciendo le vamos a dar escritura cuesta mil dólares, quedó en ochocientos dólares, le dio en ese momento cuarenta dólares, solicitándole tarde y mañana un dólar, eran 360 dólares total, ningún recibo, no le dejaba comer, manifestándole que si no (sig) escritura no le daba un dólar más, todo el esfuerzo de su vida estaba pagado los impuestos hasta el 2012 a su nombre pero jamás ha (sig) como socio; en el 2011 ingresó a la cooperativa pagando el ingreso socio, el dinero era para la cooperativa, no conoce el proceso civil, en documento consta como demandado. Respondiendo al defensor del dice: Campoverde no le dio escritura, en el 2011 entró como socio, cooperativa Abdón Caderón, Deysi Hurtado intervino en la Cooperativa, entregó el dinero en el 2000, desde allí nada.



JORGE HERIBERTO ORTEGA GONZALEZ, en la parte central de su declaración dice: Conocer al acusado hace siete años, tiene un solar de 24 años en la Cooperativa 22 de Marzo, no está a su nombre, tiene el plano Municipal, su madre quedo al cuidado en el año 2007 que quiere pagar, ya no estaba a su nombre, su cuñado le dio un solar, no fue miembro de la Cooperativa, no soy invasor, no tenía escritura pero en el Municipio estaba a su nombre, YOFRE FRANCISCO GRANDA MAL-DONADO, En lo principal dice: Que conoce al acusado como dirigente de la Cooperativa Abdón Calderón, a la hija del acusado hace poco, que está en posesión del terreno desde hace 18 años pero sale a nombre de la hija del acusado Yadira Campoverde, no fue miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, si de la 22 de Marzo, que el abogado dijo que no había como hacer escritura, que los terrenos estaban en problemas, pagaba los impuestos a nombre de Agustín Santander, nunca ha conversado con el acusado ni le ha dado dinero, el terreno compró a Agustín Santander hace 18 años, no sabe de quien sería antes. MARIANO NES-TOR RODAS NARVAEZ en lo medular dice: Que conoce al acusado hace 32 años como miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, fue miembro del Comité de Vigilancia, recuerda haber recibido la solicitud de Charlot Campoverde, los socios en conjunto decidieron pero no se le dio el lote porque la cooperativa estaba intervenida, puede haber la escritura pero no está inscrita, no le consta si le dio o no dinero a Campoverde, en 1989 se invadieron terrenos de la Cooperativa Abdón Calderón los de la 22 de Marzo, hay un juicio, La Cooperativa no ha podido proceder al desalojo por otros problemas; al abogado de la defensa responde, él ha sido una persona de confianza de los socios no ha tenido denuncia en su contra, no ha negociado con nadie, que ha recibido amenazas de muerte, como presidente nunca recibió dinero. ROSENDO GREGORIO GARCIA MALDO-NADO, dice: "Que compró terrenos hace diez años, ando por todo lado para hacer la escritura pero no podíamos hacer en el Municipio, el arquitecto dijo que está todo legal me dio sacando el plano, me pongo a construir, es donde el notario que hay el problema, me voy donde el abogado Gárate, me dice por qué no habla directamente con el señor Campoverde conversamos al respecto a lo que puedo pagar, pidió doce mil dólares, vinimos a otra vez al final quedamos en seis mil, no me acuerdo la fecha le di cinco mil y faltaba mil hasta

que se entregue la escritura, nunca llegó ya va pasando un año, en el 2010 al 2011, por las compras de dos terrenos, prometió la escritura y no dio nada, dijo que iba a inscribir, no tenía documento los papeles están a nombre de mi señora y de mi hijo, que estaba a cargo de la Cooperativa la abogada Digna Hurtado, seiscientos dólares entregamos para hacer los papeles, mi hermano nos vendió a nosotros el solar está a nombre de mi hijo y de mi señora, que no es socio ni miembro de la 22 de Marzo, el señor Campoverde me dio en la Abdón Calderón". MARCIA AMELIA GARCÍA SAL-DANA, en lo principal dice: Pidió seis mil para arreglar los terrenos hace ocho años, hace dos o tres meses se acercó a su casa para negociar el solar por mil dólares; Angel me ofreció entregar la escritura del terreno, llegó a entregar la escritura cuando esteba el Jefe Político, el concejal Palacios, el señor le dijo que la escritura están haciendo en Cañar, pero si logro inscribir en la Registraduría hace cinco años, la escritura que no se entregó es de otro solar, es de mi hijo cuando estuvo la señora interventora, dice, cómo va hacer que don Angel venga a vender el terreno donde estaba la casa de su hijo al primer dueño. SEXTO.- Por su parte el acusado Angel María Campoverde Rivera, sustenta su defensa en la prueba documental; 1.- Copias certificadas del juicio No. 74-2004 seguido por la Cooperativa de vivienda "Abdón Calderón Muñoz"; 2.- copia certificada del juicio No. 341-99 tramitado en el Juzgado Octavo de lo Civil del Cañar, por Prescripción Adquisitiva de Dominio; y la testimonial de JHOVANA NATALY TIXI GONZALEZ, quien en la parte central de la declaración dice: Conocer al acusado desde hace tres o cuatro años fundador de la Cooperativa Abdón Calderón, que ha demostrado una conducta ejemplar. CHARLOTE JADI-RA CAMPOVERDE ORTEGA, hija del acusado, en medular dice: Que no fue fundadora de la Cooperativa pero si socia, para (sig) necesitaba la aceptación de la asamblea general, que si hizo la solicitud, terrenos esta invadidos por la sociedad de 22 de Marzo, los invasores no quieren salir a negociar, que hay sentencia de desalojo, hacen esto porque quieren quedarse. HILDA ESPERANZA RIVAS FRANCO, en lo principal dice: Conozco al acusado desde hace veinte años, que fue fundador y gerente de la Cooperativa Abdón Calderón, es amiga de sus hijos, es una persona (sig) principios. HER-NAN ALPIDIO TOLEDO ORTIZ, en lo medular dice: En (sig) entró como socio de la Cooperativa, fue vocal en el consejo de administración los





socios que fueron aprobados en Quito recibieron las escrituras, el resto tiene, en 1989 hubo la invasión por los de la 22 de Marzo a la Calderón, hubo juicio pero mejor hay respaldo a los invasores, los (sig) son héroes porque han luchado por recuperar los terrenos, que no le (sig) el acusado ha vendido o no el terreno. MANUEL OSWALDO LEON COR(SIG), dice: Ser miembro de la Cooperativa Abdón Calderón, sabe que compra..(sig) terrenos lícitamente, no pueden tomar posesión los invasores, que ahora son víctimas y nosotros victimarios, que se necesitaba solicitud de los socios todos han cumplido los requisitos, que también fue presidente, los (sig) están invadidos, teniendo un bien no se puede disponer esto causa un (sig) económico, Charlote Campoverde es hija de Campoverde, no quiere (sig) no tenga derechos, porque fue aceptada por la asamblea general reunido los requisitos, el señor Zapata si es socio. LUIS ELEUTORIO RIVERA CAMPOVERDE, sobrino del acusado, expresa su decisión de no declarar; **SÉPTIMO**.- A su turno declara el acusado ANGEL MARÍA CAMPOVERDE RIVERA, en lo medular expone: Dirigió la Cooperativa, ha tenido tantos juicios, su amistad con los invasores hizo que se reunieran para perjudicarle, no se ejecutó la sentencia, el comité pro mejoras 22 de Marzo no es una cooperativa, han confundido con la Cooperativa Abdón Calderón, eso es trampa, menciona el Art. 101 numeral 4, le perjudicaron, dice, es dirigente que ha administrado la cooperativa, del señor Paredes es falso, el tenía una casa de dos pisos, con escritura inscrita, vende al señor Ordoñez en veinte y ocho mil, luego se coge el solar de atrás, no se ha comprometido con él, hizo con el Dr. Bernal, el vende el lote y pasa ahí a vivir, se inventan estos señores, dijo a Hugo Reyes, el señor es mentiroso, el ingreso es de 350 dólares, dice, yo si presente el documento para que sea socio, después el me llamo para que entre en el grupo de ventas de productos naturales porque necesitaba los lideres, él no vino nunca para hacer los trámites, más bien él ha estafado nueve mil, eso es estafa a la cooperativa, dice el doctor Julio Gárate no hay como con los invasores, eran dos solares, no podíamos poner al esposo y a la esposa, Hugo Cobos da permiso para la construcción sin escrituras para calificar como socios se esperaba por lo menos seis a cinco personas porque hay que hacer la documentación, el presidente dijo esperemos para agrupar a otros y calificar, no es solo el sino el consejo y la asamblea, ha presentado balances, fiscalizado a los gerentes,

el fiscal tenía que inhibirse porque la supuesta cooperativa de de Marzo tiene que registrarse, todos ellos se reúnen para perjudicar a Ángel Campoverde, nunca ha tenido problemas con nadie, su esposa está enferma, no ha estafado a nadie, nunca me han tildado, el doctor Ramón Darío (Registrador) es su amigo, han optado por no ingresar socio de afuera, porque hay cuarenta vacantes, pero no ha hecho daño a nadie, ni a su ahijado a podido calificar porque está en los Estado unidos; OCTAVO.-De los elementos recogidos en el proceso se desprende que Rosendo Gregorio García Maldonado, compró dos lotes de terrenos en la Cooperativa "Abdón Calderón" del cantón La Troncal; en el Municipio de ése cantón le dijeron que todo estaba legal, le entregaron copia del plano y le dieron autorización para construir; cuando quiso legalizar las escrituras en la Notaria tuvo inconvenientes y fue cuando concurrió ante Ángel María Campoverde Rivera para que le diera legalizando sus documentos, escritura e inscripción correspondiente sin poder conseguir este objetivo Angel María Campoverde Rivera, para lo cual recibió de parte de Rosendo Gregorio García Maldonado la suma de cinco mil dólares como parte de pago y el compromiso de recibir también luego de cumplido su ofrecimiento la cantidad de un mil dólares, habiendo pactado en total por seis mil dólares, lo cual no ocurrió, pues Ángel María Campoverde Rivera, no cumplió con su palabra, ocasionado un grave perjuicio económico a García Maldonado, quien hasta la fecha no ha podido recuperar los dineros cancelados. NOVENO.- En el Art. 563 del Código Penal al tratar el delito de estafa dice: "El que con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo el uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de credulidad..."; **DÉCIMO**.- Según el doctor Jorge Zavala Baquerizo la estafa de un delito por el cual una persona mediante fraude (engaño, o abuso o confianza) y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero". Los elementos subjetivos-movil del agente y propósito de apropiarse- y los elementos objetivos, fraude y entrega de la cosa, se



evidencian en el caso de la especie, así como perjuicio irrogado. El engaño o abuso de confianza es el medio que ha escogido el agente para que, por el error provocado en el ofendido, éste entregue lo que se le solicite, quien tiene el propósito de apropiarse. Se ha de tener presente que cuando la ley en el Art. 563 habla de propósito de apropiarse no quiere decir que, en efecto, debe consumarse, hacerse realidad la mencionada apropiación, sino que, basta que el engaño o el abuso o confianza se practiquen con dicha finalidad. En la especie Rosendo Gregorio García Maldonado, manifiesta que por sugerencia del doctor Gárate personalmente mantuvo contacto con Ángel María Campoverde Rivera, entendimiento entre ellos, Rosendo Gregorio García Maldonado, compró terrenos hace unos diez años no podía celebrar escritura, a pesar de que en Municipio de La Troncal le dijeron que todo está lega, le entregaron una plata y se puso a construir, más en la Notaria hay el problema; el abogado Gárate le sugiere que debe hablar directamente con Ángel María Campoverde Rivera, inicialmente Campoverde pidió doce mil dólares, la final quedaron en seis mil dólares, García le entregó cinco mil dólares y los mil dólares cuando entregue la escritura inscrita. Campoverde nunca llegó, dice García, ya pasando un año del 2010 al 201, por la compra de dos terrenos, prometió escrituras y no dio nada (las negrillas son de la Sala), no tenía documento, papeles están a nombre de su señora y de su hijo, que no es socio miembro de la cooperativa 22 de Marzo, indica que Campoverde le dio en Cooperativa "Abdón Calderón". De lo dicho con claridad se desprende que Angel María Campoverde Rivera, recibió de Rosendo Gregorio García Maldonado, cinco mil dólares con la esperanza de que Campoverde le entregue la escritura inscrita, lo que en realidad no ha ocurrido, eso significa que el engaño fraudulento se dio, lo que quiere decir que no solo ha aumentado antijurídicamente su patrimonio, sino que se ha lesionado correlativamente el patrimonio de la víctima; **DÉ**-CIMO PRIMERO.- Lo elementos que se ha estudiado en su conjunto, deja claro que hubo un manejo fraudulento dirigido a engañar a la víctima, para abusar de la credulidad, de su confianza al considerar que los bienes que adquirió, podían con

la injerencia de Ángel María Campoverde Rivera, en calidad de un personaje que conocía los pormenores para legalizar las escrituras públicas conseguir que los terrenos adquiridos por él puedan llegar a tener títulos escriturarios notarizados y además inscritos en el Registro de la Propiedad, lo cual no ha sido solucionado pese al tiempo transcurrido; sin embargo a la suma de dinero entregada por Segundo Gregorio García Maldonado a Angel María Campoverde Rivera, cinco mil dólares como parte de pago y el compromiso de entregar mil dólares cuando las escrituras estén inscritas, fue considerable. Esta situación es aprovechada por Ángel María Campoverde, como elemento característico del delito de estafa, pues se emplean manejos fraudulentos para infundir la esperanza, o cualquier otro acontecimiento quimérico, y la persona que compró los terrenos tenga credibilidad de que se legalizarán sus escrituras, ya la postre resulte perjudicado. La participación del acusado no ha podido ser desvirtuada, es directa y principal, lo cual justifica la existencia de la infracción tipificada y sancionada en el Art. 563 del Código Penal, así como la responsabilidad del acusado Ángel María Campoverde Rivera; **DECIMO SEGUN-**DO.- la modificatoria de la pena está acorde con la normativa penal vigente, los testimonios de Jhovana Natali Tixi Gonzalez e Hilda Esperanza Rivas Franco, justifican su buena conducta anterior, no representado peligrosidad, además se trata de una persona mayor de sesenta años, acreditando por lo mismo las atenuantes dos y siete del Art. 29 del Código Penal, sin que tenga asidero el recurso del acusado respeto de la pena. Por estas consideraciones, la Sala, ratificándose en su decisión oral pronunciada oportunamente, "ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado, desechando de esta manera el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

f). Drs: María Augusta Rodríguez Romero Juez Provincial, Fernando Palomeque López Conjuez Temporal y Abogado Macario Zea Zamora Juez Temporal.





### CASACIÓN

Resolución nro. 556-2014

La Fiscalía en contra del ciudadano Ángel María Campoverde Rivera

Juez ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO Quito, 21 de abril de 2014, las 11h00.

#### **VISTOS:**

#### 1. ANTECEDENTES

El Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, en sentencia de fecha 23 de octubre de 2012, las 15h30, declaró la culpabilidad del señor Ángel María Campoverde Rivera como autor del delito de estafa, tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 563 del Código Penal, le impuso pena privativa de libertad de un año de prisión correccional más el pago de daños y perjuicios. El sentenciado interpuso recurso de apelación.

La Sala Especializada de Garantías Penales y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012, las 15h31, desechó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia del Tribunal del juicio.

El señor Ángel María Campoverde ha interpuesto oportunamente, recurso de casación.

### 2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En el Suplemento del Registro Oficial 38, de 17 de julio de 2013, se publicó la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo artículo 8 dispuso que la Corte Nacional de Justicia se integre de seis salas especializadas, entre estas, la de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, sustituyendo al artículo 183 que establecía a la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, cuya materia, prevista en el artículo 187 suprimido, pasó a conocimiento de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de acuerdo al artículo 9 de la reforma.

Mediante Resolución No. 3, de julio 22 de 2013, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador integró la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; y decidió que se mantendrán los tribunales de casación que se habían integrado con anterioridad a la expedición de la referida Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial.

Para la audiencia de fundamentación del recurso el Tribunal de Casación estuvo integrado por los señores doctores Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente; Merck Benavides Benalcázar, y Johnny Ayluardo Salcedo, Jueces Nacionales.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a los Jueces Nacionales que lo integramos.

#### 3. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555, de 24 de marzo de 2009, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

#### 4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

### 4.1 La parte recurrente a través de su defensor técnico, en lo principal, argumentó:

i. El señor Ángel Campoverde Rivera fue gerente de la Cooperativa de Vivienda "Abdón Calderón Muñoz", la que adquirió un terreno de diez hectáreas en la ciudad de La Troncal para la ciudadela de los socios, estaban tramitando la autorización municipal para urbanizar el lote, en pleno trámite se organiza un grupo de ciudadanos de La Troncal con el nombre de "Asociación 22 de Marzo", decidieron reunirse, asaltar a la cooperativa de vivienda y tomarse las tierras. Se siguió un juicio que se ganó en primera instancia y se ordenó el desalojo de los invasores, en segunda instancia se confirmó la sentencia y la Corte Suprema de entonces dictó sentencia en la que se ordenó el desalojo inmediato de los invasores, la destrucción de las construcciones y que tal medida no caducaba, ante eso se inició la ejecución de la sentencia "[...] ahí empieza el problema de mi defendido, se inventan de este delito, se inventan una asociación que no hay: la cooperativa 22 de Marzo, la dueña de los terrenos era la cooperativa Abdón Calderón, de tal manera, que el Juez, cumpliendo la orden de la Corte Suprema, pidió a la Policía y al intendente que se desaloje; es cuando el señor Rosendo García Maldonado acusa al señor Ángel María Campoverde Rivera que le ha cobrado cinco mil dólares para darle un terreno, que no le ha dado y que no le ha devuelto



el dinero y, la verdad, distinguido tribunal, consta de autos que este señor vive en la cooperativa, de tal manera que la cuota que el dio cuando quiso ser socio a través de su hijo, se le reintegró una parte, pero él se apoderó del lote, por lo que no se le entregó el resto por cuanto había comenzado la construcción de su vivienda, sin embargo dice que le han estafado, no se le ha estafado ningún solo centavo, el señor Ángel María Campoverde Rivera ya no pudo hacer el reintegro del dinero a nombre de la cooperativa, porque estos invasores que ahora están de dueños de los terrenos, se inventaron el supuesto delito y tuvieron que inventarse este delito para que no se ejecute la sentencia de la Corte Suprema [...]"

ii. "Me ratifico en el recurso de casación escrito presentado [...] hasta hoy el Ministerio de Bienestar Social, influenciado por los invasores, no rehabilita a la cooperativa, por lo tanto mi defendido no puede comparecer como gerente. Obviamente estos documentos se aparejaron y en la sentencia no se menciona absolutamente nada de esta situación de intervención, en la que la abogada interventora del Ministerio conversó con el Municipio de Azogues para que se realicen las adjudicaciones a los invasores, sin que se tome en cuenta la sentencia de la entonces Corte Suprema que ordenó el desalojo de esos invasores, eso ya no se cumplió porque la cooperativa la paralizó el Ministerio, sin embargo, le siguen este juicio de supuesta estafa, en la prueba constan tres testigos de la honradez del señor Campoverde, pero la sentencia guarda silencio de eso […]".

# 4.2. En contestación, la Fiscalía General del Estado, dijo:

En estricto apego al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no ha existido una fundamentación del recurso como lo establece y lo exige el artículo 352 del mismo cuerpo normativo pues no se ha evidenciado, no se ha especificado norma penal alguna, no ha habido un análisis respecto de cómo se ha verificado la trasgresión, en ninguno de los modos establecidos en el artículo invocado, no se ha especificado si existe contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, ha habido prácticamente una ausencia de aspectos normativos, que son imprescindibles dentro de la naturaleza jurídica de la casación penal, únicamente se ha incluido aspectos de tipo fáctico, que ni siquiera constan en la sentencia, es decir, incorporación de hechos que no han sido justificados, y siendo que no se ha cumplido con aquella

obligación que tiene el recurrente de fundamentar su recurso.

Pidió que el recurso sea declarado improcedente por su falta de fundamentación.

### 4.3. En réplica, el defensor técnico del recurrente expuso:

"La fundamentación consta en el escrito en el que consta la interposición del recurso de casación, y me he ratificado en eso, precisamente para justificar que procede el recurso, en donde constan las normas que han sido desacatadas, es obvio que el artículo 3, inciso 4, el artículo 5, 6 y 20 de la Ley de Casación, consta como fundamento del recurso, me ratifico en ello a fin de que la argumentación de Fiscalía no sea acatada, en virtud de que se ha referido la defensa al asunto materia de la casación, que es no haber tomado en cuenta en la sentencia, la prueba del demandado, el haber acatado la prueba de los invasores, cuando la Cooperativa dueña del terreno se llama Abdón Calderón Muñoz, de tal manera que la 22 de Marzo son el grupo de invasores, como eso sí consta probado, ruego que se dignen hacer justicia a este ciudadano."

### 5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL Sobre la naturaleza del recurso de casación:

5.1.La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la dignidad, a una vida libre de violencia, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

- **5.2.** La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:
- i) Un Estado Constitucional de derechos y





justicia es aquel en el cual "[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]" 1 ii)"[...] En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...] Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc".2

iii) La seguridad jurídica es "[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación

jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]".<sup>3</sup>

iv) Para que una resolución sea motivada "...se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión...". <sup>4</sup> Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...". <sup>5</sup>

**5.3**. Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual<sup>6</sup>, vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos .<sup>7</sup> **5.4**. Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición mantuvo un criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio.<sup>8</sup>

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP- en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio.<sup>9</sup>

circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

"En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la Leistungsfahigkeit (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación."

Sentencia en la cual luego de valorar las pruebas documentales, testimoniales, periciales, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, dijo: "El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: "La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos".

En la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas."

Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

<sup>6 &</sup>quot;... La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia...".

Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009.
 En la sentencia 003- 09-SEP-CC, caso 0064-08- EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que



En sentencia No. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso No. 0981-11-EP, la misma Corte, indicó:

"Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptuado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: 'propende la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante'..."

**5.5.** La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero de 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

"El caso sub judice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el

pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: "Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley" y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales [...]"

Disponiendo que tal sentencia sea llevada a la Fiscalía y al Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes. Esta posición fue ratificada en sentencia No. 001-13-SEP-CC del caso No. 1647-11-EP, de la Corte Constitucional.<sup>10</sup>

**5.6** Corresponde al Tribunal de Casación analizar únicamente la sentencia que surte efectos jurídicos, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es que al expedirla se hubiera violado la ley, ya por contravención

Por lo expuesto, la valoración de la prueba dentro de la resolución del recurso de casación, vulneró el derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto, desnaturalizaron el recurso de casación inobservado las garantías básicas de este derecho.



La Corte Constitucional: "En este sentido, los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia actuaron sin competencia, al haber valorado la prueba presentada dentro del Juicio Penal N.º 137-KV- 2008, atentando contra la naturaleza y esencia del recurso de casación y contra la independencia judicial consagrada en el artículo 168 de la Constitución de la República



expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar sobre todo la legalidad y por tanto la seguridad jurídica. Se considera, entonces, que este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias.<sup>11</sup>

#### Sobre la materia del recurso de casación:

La solicitud principal de la parte recurrente, en ejercicio de su derecho a impugnar las resoluciones, es porque piensa la sentencia de la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del cañar, dictada el 14 de diciembre de 2012, adolece de:

- i) Invención de un supuesto delito.
- ii) No haber tomado en cuenta que su defendido no puede comparecer como gerente de la cooperativa "Abdón Calderón Muñoz" al estar intervenida por un órgano del Ejecutivo.
- iii) Para establecer los fundamentos ha dicho "Me ratifico en el recurso de casación escrito presentado".

### Antecedentes que conoció el Tribunal de Apelaciones:

Según el considerando segundo de la sentencia del Tribunal de Apelaciones:

- El hoy recurrente fue condenado por delito de estafa en contra de socios de la Cooperativa "22 de Marzo" de la ciudad de La Troncal, a quienes motivó para invadir terrenos que anteriormente pertenecían al ingenio azucarero "Aztra", y a quienes prometió entregar escrituras legalmente inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que no ocurrió.
- El procesado fungía como gerente de la referida cooperativa, realizó cobros pero los dineros no ingresaron a la cuenta que mantenía la cooperativa "Abdón Calderón Muñoz" en el Banco Nacional de Fomento.
- Se ha constatado el hecho por el acusado de pretender sacar a todos los habitantes de la Ciudadela que no han cumplido con una cuota que se les ha pedido.

### Reflexiones del Tribunal de Casación.

Sobre la primera impugnación. Consta del razonamiento judicial del Juez pluripersonal de apelación, en el considerando octavo que los hechos por los que fue procesado el hoy recurrente existen en la verdad procesal, los planteó la Fiscalía y pudo sustentarlos como reales, dice la sentencia:

"De los elementos recogidos en el proceso se desprende que Rosendo Gregorio García Maldonado, compró dos lotes de terrenos en la Cooperativa "Abdón Calderón" del cantón La Troncal; en el Municipio de ese Cantón le dijeron que todo estaba legal, le entregaron copia del plano y le dieron autorización para construir; cuando quiso legalizar las escrituras en la Notaría tuvo inconvenientes y fue cuando concurrió ante Ángel María Campoverde Rivera para que le diera legalizando sus documentos, escritura e inscripción correspondiente sin poder conseguir este objetivo Angel María Campoverde Rivera, para lo cual recibió de parte de Rosendo Gregorio García Maldonado la suma de cinco mil dólares como parte de pago y el compromiso de recibir también luego de cumplido su ofrecimiento la cantidad de un mil dólares, habiendo pactado en total por seis mil dólares, lo cual no ocurrió, pues Ángel María Campoverde Rivera, no cumplió con su palabra, ocasionando un grave perjuicio económico a García Maldonado, quien hasta la fecha no ha podido recuperar los dineros cancelados."

Así se desecha la pretensión indicada.

Sobre la segunda impugnación. Los hechos que refiere a la intervención de la cooperativa que fue gerente y sus consecuencias no han sido motivo de discusión en la sentencia impugnada, por lo que no fueron materia de la resolución, en consecuencia no podría establecerse que la sentencia se trasgredió la ley al decidirlos. Al proponer hechos nuevos se requiere de prueba, su petición, práctica, incorporación, valoración, ejercicio que le está vedado al Tribunal de Casación.

Por lo que se niega el planteamiento del recurren-

Acerca de la tercera manifestación de inconformidad. El recurso de casación requiere que quien reprocha una sentencia por este medio fundamente su impugnación, es decir, explique la pertinencia del recurso precisando la ley que ha sido trasgredida, de qué manera ha sucedido la trasgresión y cómo la falta le ha perjudicado en sus derechos.

Lo que ha sucedido en el presente caso es que la defensa técnica del recurrente se ha limitado a remitirse a un escrito contentivo del recurso, lo que

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.



contradice al modelo oral, en que las exposiciones de las partes y su contradicción se dan en una audiencia, sin que ello signifique verbalización del procesamiento sino aplicación estricta del principio previsto en el artículo constitucional 168.6:

"Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...]

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo."

En un modelo de justicia por oralidad el procesamiento se desarrolla por vía de audiencias pero no se abusa de ellas, no se confunde a la oralidad con la verbalización, pues no se pregona "el proceso cero papeles" más bien se trata de establecer los casos en que debe recurrirse a la escritura de las actuaciones y a su registro. Esto porque los principios sobre los que descansa el modelo son los de necesidad, igualdad, acusación y defensa, manifestados en audiencias, actividades que deben ser realizadas de manera estricta y cuando son necesarias, respetando principios propios a ellas: el dispositivo, la igualdad, la inmediación, la contradicción entre los sujetos procesales, la oralidad, la concentración, la tutela judicial.

"Resumiendo, podemos recalcar que el juicio oral no es necesariamente el que se tramita verbalmente; sino aquel en que las etapas del juicio se han reducido a una o más audiencias, en las que se contesta la demanda, se actúan las pruebas y en ciertos casos se dicta sentencia; aquel en el cual Juez tiene una más amplia facultad de dirección del proceso; y, en donde mantiene un mayor contacto con las partes, facultades todas que van dirigidas a obtener una más eficiente, certera y oportuna administración de justicia."<sup>12</sup>

Con lo que se desestima la petición de la parte recurrente que el Tribunal lea el escrito de interposición del recurso y obtenga la información sobre los motivos que le llevan a solicitar su intervención.

De la revisión de la sentencia se encuentra que el Tribunal de Apelaciones es congruente tanto con la normativa constitucional como con la contenida en el Código de Procedimiento Penal, como respecto de los hechos, la normativa aplicada, sin que se advierta contradicción, duda o incoherencia en la construcción del razonamiento.

Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTI-CIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, considera que la exposición de la defensa técnica del recurrente se refiere a elementos fácticos ajenos a la sentencia y a valoración de pruebas, lo que le está expresamente prohibido según el artículo 349, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, así también que ha negado la verdad procesal la que ha sido debidamente justificada; y, que ha solicitado al Tribunal remitirse al escrito de presentación del recurso, lo que es contrario al principio de oralidad que exige que en esta audiencia se fundamente el recurso para que el juzgador conozca de la pretensión y la contraparte lo contradiga. Con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso presentado por el señor Ángel Campoverde Rivera. Ejecutoriada esta resolución se devolverá el expediente a la autoridad de origen para su cumplimiento. Actúe el doctor Milton Alvarez Chacón, secretario relator. Notifiquese y Cúmplase.

f) Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte Juez Nacional Ponente Dr. Merck Benavides Benalcázar Juez Nacional Dr. Johnny Ayluardo Salcedo Juez Nacional.



<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Dr. Jorge Egas Peña , EL JUICIO ORAL, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/ 2003/16-to-mo-2/16b\_el\_juicio\_oral.pdf; página visitada el 4 de abril de 2014.



### V

### Resolución nro. 821-2014 Juicio nro. 025-2013

Juicio penal por violación propuesto contra Víctor Eduardo Uchuari Poma

### SÍNTESIS

La señora PEBC ha denunciado ante la fiscalía de la ciudad de Loja, que el 8 de febrero del 2010, su hija, la menor KDGB había desaparecido de su hogar y que posiblemente se encontraba con su enamorado, Víctor Eduardo Uchuari Poma, de 21 años de edad. Estos hechos fueron conocidos por un agente policial de la DINAPEN, quien se dirigió al domicilio de dicho ciudadano. En ese lugar, el señor Gilberto Uchuari, padre de Víctor, informa que efectivamente la niña se encuentra junto a su hijo, que esta situación ha sido notificada a la madre de la niña para que fuera a recogerla de su casa pero que esto no sucedió. El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja dicta sentencia condenatoria en contra del acusado Víctor Eduardo Uchuari Poma, por considerarlo autor del delito de violación sexual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja desecha el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. Se presenta recurso de revisión. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara procedente el recurso interpuesto por el procesado, ratificando su estado de inocencia; dejando sin efecto las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas en su contra.

### PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE LOJA. Loja, 30 de octubre del 2010, las 15h32

**VISTOS**: Emitido el auto de llamamiento a juicio por parte del señor Juez Tercero de Garantías Penales de Loja, en contra del ciudadano VÍCTOR EDUARDO UCHUARI POMA, por el delito de violación de la menor KDGB, previsto en el numeral 1 del Art. 512 del Código Penal y sancionado por la primera parte del Art. 513 de la indicada disposición legal, en relación con los Arts. 30 y 30.1 del referido Código, y; llevada a cabo la audiencia reservada de juzgamiento oral de dicho acusado, quien se halla a la fecha bajo la medida cautelar de carácter personal señalada en el numeral 10 del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, esto es la obligación de presentarse una vez por semana ante este Tribunal de Garantías Penales. Corresponde entonces dictar sentencia y, para hacerlo, se considera: PRIMERO: Se declara la validez de lo actuado en razón de haberse observado

las normas adjetivas que regulan el procedimiento. SEGUNDO: Dicho auto tiene como antecedente la instrucción fiscal emitida por la doctora Lorgia González Jaramillo, Fiscal de Loja, la que se ha iniciado a su vez en base a la denuncia de la señora XXXX y que el Agente Policial de la Dinapen en Loja, Rodin Morocho Jadán, por lo que se llegó a conocer que el día 8 de febrero del 2010, la menor KDGB, había desaparecido de su hogar, así lo ha dicho su madre XXXX, quién además ha indicado que posiblemente su hija se encontraba con el ciudadano de 21 años de edad de los nombres Víctor Eduardo Uchuari Poma, quién es enamorado de su hija, habiéndose trasladado por lo tanto al domicilio de este señor en donde su padre el señor Gilberto Uchuari, les ha informado que efectivamente su hijo se encuentra con la adolescente antes nombrada KDGB, ya que ella lo sigue y que esta novedad le había hecho conocer a la madre de la menor con la finalidad de que vaya a retirarla. Que al trasladarse a dicho domicilio con la señora XXXX ya no



encontraron a la niña, sino únicamente una mochila conteniendo ropa de la menor en su interior. **TERCERO:** De los datos procesales consignados en la audiencia reservada, en cuyo momento corresponde presentarlos para establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad o no del acusado, según así lo dispone el Art.250 del Código de Procedimiento Penal y sus corresponsales los Arts. 79, 83,85, 91 y 252 del mismo Código, en armonía además con el Art. 304-A ibídem, se observa. 3.1. Viviana Margarita Merchán Cordero, Psicóloga Clínica, refiere que conoció a la señorita KDGB, cuando estaba internada en un Centro de Rehabilitación para adicciones que se llama "Hacia Una Nueva Vida", ubicado en la ciudad de Cuenca, por petición expresa de la Fiscalía para realizar una evaluación psicológica de la citada menor, la que se mostraba orientada en tiempo y espacio, que no ha presentado problemas de organicidad, sin embargo cuando ha conversado con ella ha manifestado que ha mantenido relaciones sentimentales con un señor que solamente lo ha nombrado como Eduardo, que cuando ha hecho dicha evaluación la chica ha tenido 13 años dos meses. Que en la evaluación se le ha practicado una prueba de personalidad en la cual ha salido altos niveles de ansiedad y depresión y también cuadros de angustia, que presentaba abusos de sustancias, que en este caso era el alcohol, toda vez que con frecuencia consumía cerveza hasta embriagarse. Que existía una mala adaptación en niveles familiares. Que ha indicado que ha ocultado información a la Fiscalía por el test realizado para defenderle a su enamorado, que cuando se le ha preguntado de su primera relación sexual ha indicado que había sido con Eduardo, además no recordaba la fecha en razón de que se había embriagado y luego se había despertado en un hotel junto a su enamorado, que también ha expresado que existía violencia psicológica y física por parte de su pareja, que en lo posterior ha recomendado que continúe el proceso de tratamiento psicológico puesto que ella estaba internada por el abuso del alcohol y problemas conductuales. Se ratifica en su informe principalmente en la prueba de personalidad en la que constan los puntajes que califica introspección, retrospección, indicaba el grado de susceptibilidad, conducta social y psicosis, que la menor ha logrado un puntaje alto, que la chica no tiene problemas de personalidad, que hablaba la verdad, que en el test de depresión ha obtenido un puntaje de leve a moderado, que en el cuestionario de adaptación ha

obtenido un puntaje que podría ser de leve a moderado. Que ha dicho que ha salido voluntariamente con el señor Eduardo. Que ha comentado que en su casa efectivamente existía un ambiente de violencia familiar, ya que su padre agredía físicamente a la madre y de manera psicológica. Que había ocultado sus relaciones sexuales a su madre. A las preguntas del abogado de la Defensa, contesta que ha aplicado un cuestionario de personalidad de Eysenc que puede aplicarse hasta los quince años. Que no han sido sesiones terapéuticas sino entrevistas diagnósticas, que lo dicho por la menor era creíble. Que hasta que ella la ha entrevistado ha estado en dicho centro por espacio de un mes y medio aproximadamente. 3.2. La Dra. Leticia de los Ángeles Bustamante Alvarado, iniciando su declaración por ratificarse en su informe que corre de fs. 87 a 90, indicó que por disposición del doctor Luís Eduardo Montesinos Jaramillo, Fiscal de Loja, encargado de la Fiscalía de la doctora González Jaramillo, se ha practicado por parte de ella una diligencia por presunto delito sexual, que la misma la ha efectuado el día primero de marzo del presente año, que cuando ha observado a la menor KDGB, quién tenía cumplidos los trece años de edad previo a un interrogatorio que se realiza manualmente antes de los peritajes le había dicho que en verdad tenía una relación sentimental con un chico llamado Víctor Eduardo Uchuari Poma de 18 años de edad, la que duraba aproximadamente dos años que en una ocasión anterior aproximadamente un mes antes al hecho, había sido convencida de escaparse, pero luego lo han hecho y habían ido a la ciudad de Gonzanamá, durante el día 8 de febrero al 20 de ese mes, aproximadamente, de este año, en donde ha dicho que habían habido múltiples relaciones sexuales y que no existió protección. En cuanto a la evaluación ginecológica ha observado en la región extra genital llamaba la atención que había dos equimosis en el muslo derecho las cuales estaban evidenciadas en la fotografía, las que había dicho que han sido producidas por su padre, que es lo único que ha llamado la atención en la región extra genital, que la menor presentaba un himen elástico complaciente, es decir que había la posibilidad de relaciones sexuales sin modificaciones del himen de la menor, que permite introducir hasta tres dedos, así como un miembro viril en erección sin modificar el himen. Que en los exámenes de laboratorio había una bulbo vaginitis de origen bacteriano, presencia de hongos, embarazo negativo y las pruebas para VIH, VDRL y hepatitis B,





negativos. Que existe la posibilidad de que el bulbo vaginitis se deba a relaciones sexuales así como la presencia de hongos que es muy frecuente con mujeres con malos hábitos de higiene. Que en razón de que se trataba de un delito flagrante también presentó un alcance a su informe. A las preguntas de la defensa explica que las equimosis que tenían habían sido producidas por su padre, motivo por el cual no se generaban de las relaciones sexuales. En cuanto al himen elástico explicó que permite la introducción de cuerpo viril en erección, y ver un orificio himeneal muy amplio en el que se lo puede valorar con la introducción de un dedo, que se ratifica que el himen elástico no se ha desgarrado con la introducción. Que puede establecer que tratándose de estos casos pueden estas mujeres tener relaciones sexuales, que para encontrar espermatozoides positivos situación que no ha pasado en este caso la menor tenía que haber mantenido relaciones sexuales por lo menos 24 horas antes del mismo. Que en su experiencia profesional ha tratado con mujeres que han dado a luz con cesaria y tienen himen elástico y no se ha modificado definitivamente, es decir que no ha habido ningún desgarro himeneal. En este caso tiene el criterio que tiene la menor ofendida himen elástico complaciente con un orificio himeneal muy amplio y pese a relaciones sexuales ese himen no se desgarra. Al solicitar aclaración la Presidencia del Tribunal expreso que el día de la diligencia la menor se encontraba acompañada de su madre pero los datos son tomados exclusivamente de lo que dijo ella, refiriéndose lógicamente a la menor GB. 3.3. La señora P.E.B.C, en su testimonio ante el Tribunal comenzó indicando que su hija tiene trece años y medio de edad, y que el señor Víctor Eduardo Uchuari Poma, es su novio, que ella se ha enterado de tal situación y que luego ha dado su consentimiento para que se sigan viendo, toda vez que se enteró que habían sido enamorados por espacio de dos años a la fecha de la denuncia, que en una oportunidad cuando ha ido a verla en el colegio no la ha encontrado por cuanto una compañera le ha dicho que el joven la ha llevado. Que sobre la relación sexual que ha tenido con su novio, concretamente con el hecho investigado el de violación no ha sabido nada. Que inicialmente ha presentado la denuncia en la Fiscalía por cuanto estimaba que a su hija la han raptado, que incluso con los agentes de la Dinapen han ido a la casa del joven y solo ha encontrado la mochila de su hija, que luego al preguntarle donde estaba, le han contestado que estaba con su enamorado,

que no le ha contado nada y luego la internó en la ciudad de Cuenca en centro especializado. En cuanto al viaje a la ciudad de Celica a casa del tío de Uchuari Poma, de nombres Manuel Uchuari, no explica en razón que había ido sola, a la ciudad de Cuenca en donde también había ido la menor pero por intermedio de unos padrinos la ubicó, que en cuanto a los viajes a la provincia de El Oro y Gonzanamá desconoce. Que cuando ha ido a la casa del señor Víctor Eduardo Uchuari Poma y allí ha encontrado la mochila con ropa de su hija, pero los dos jóvenes no estaban allí, que luego la ha llamado para que la retire, que esto ha sido el 9 de enero del 2010, que no ha sabido de las relaciones sexuales con el acusado Uchuari Poma, que en cuanto al resultado de exámenes médicos no los ha visto en vista de la negativa de quienes los mantenían en su poder y le han dicho que tiene que ver su abogado. El abogado de la defensa, pregunta que si sabía que su hija con el acusado eran enamorados, responde afirmativamente, que luego ha llegado a hablar en su casa, que no ha sabido si han tenido relaciones sexuales en razón de que trabaja y llegaba tarde a su casa. Al ampliar su testimonio explica que a pesar de haber acompañado a su hija KDGB a que le realicen los exámenes luego de la denuncia inicial no ha estado presente en razón de que su hija ha dicho que no lo haga. 3.4. Martha Judith Japón Encalada, Agente Policial refiere en su testimonio que ha practicado por disposición la de la Fiscalía la diligencia de reconocimiento del lugar donde ha sido detenido el acusado Uchuari Poma, situación acaecida en esta ciudad, en la calle Volantes y Primicias, habla que en el lugar existe al costado una casa de madera con techo de zinc y cerramiento de metal y a su costado izquierdo existe un lote baldío. Que es al norte de la ciudad, concretamente por el barrio Carigán. 3.5. Rodin Kléver Morocho Jadán, así mismo Agente de la Policía Judicial en su testimonio que depositó ante el Tribunal, indicó que trabaja en la Dinapen de Loja, entidad policial que se dedica a recuperar, localizar y dar la ayuda necesaria a adolescentes de hasta los 18 años, que el día 9 de febrero del 2010, se encontraba en un patrullero y ese día en horas de la mañana ha llegado a esa dependencia la señora P.E.B.C, expresándole que su hija que responde a los nombres de KDGB, un día antes se había ido de la casa, que ha solicitado ayuda, motivo por el cual se han trasladado hacia la ciudadela del chofer, calles Federación y Comercio, en donde han llegado a la casa del señor Gilberto Uchuari, padre del



enamorado de su hija Víctor Eduardo Uchuari Poma, que el señor Gilberto Uchuari ha manifestado ya en su domicilio que el día anterior había llegado la menor allí y que había pernoctado toda la noche, que le había expresado el padre del acusado que la noche anterior había llamado a su madre para que vaya a retirarla, pero no lo ha hecho. Que en el sitio no han encontrado ni a la menor ni al joven Uchuari Poma, pero si una mochila con pertenencias personales de su hija. Indica que los jóvenes pasaron la noche en ese domicilio, que esa ha sido toda su intervención para luego elaborar un parte. 3.6. El Agente Policial Jorge Luís Cuenca Regalado, policía en servicio activo en la Dinapen de Loja, expresa que el día 28 de febrero del 2010, estaba dando cumplimiento a una orden sobre la denuncia que ha presentado el señor O.V.G.C, por fuga de hogar de la adolescente KDGB, que se estaba dando cumplimiento a un oficio que ha emitido la señora doctora Lorgia González Jaramillo, Fiscal de Loja, sobre un presunto rapto de la citada adolescente, que se ha procedido a la localización de la menor quién se encontraba con el acusado Víctor Eduardo Uchuari Poma, entregándola inmediatamente a su progenitora, que el lugar en donde la han encontrado ha sido en el interior de un vehículo tipo camión, mientras se encontraba circulando por las calles Volantes y Primicias de esta ciudad, conducido por Uchuari Poma, siendo luego trasladado a la prevención policial. Al contestar a las preguntas de la Defensa explica que luego del 9 de febrero del 2010, él ya tenía la denuncia sobre la desaparición de la menor ofendida y luego procedió a tomar contacto con sus familiares hasta lograr su localización. 3.7. El Policía Omar Geovanny Camacho García, se refiere a la suscripción del parte policial del día 2 de marzo del 2010, en razón de que lo han llamado de la oficina de la Dinapen con la finalidad de que se entreviste con la señora María Olga Loján, madre del joven quien ha indicado que en horas anteriores a esa fecha ha llegado a su casa la niña KDGB, que ha avisado para que vayan a retirarla. 3.8. Los esposos Marconi de Jesús Tacuri Jumbo, y Gloria Rosa Quezada Tandazo, de manera uniforme narran que residen en la ciudad de Celica, cantón del mismo nombre, de esta provincia, y que desde hace unos diez años a la fecha conocen al señor Víctor Eduardo Uchuari, que así mismo sabían de la relación de enamorados que tenía Uchuari Poma con la menor KDGB, en razón de que un día ella lo había ido a ver a la ciudad de Celica, toda vez que Uchuari Poma se

encontraba trabajando en esa ciudad en calidad de chofer de una camioneta de un tío, que luego han llegado los padres de la menor a la residencia de ellos, se han tomado una botella de licor y han expresado que en el futuro los dos jóvenes iban a contraer matrimonio, no se refieren a que hayan visto u observado que han mantenido entre los dos relaciones sexuales. También dan cuenta a la buena conducta observada por el acusado mientras ellos lo han conocido. 3.9. Gilberto Uchuari Faicán, padre del acusado indica que trabaja en un camión de su propiedad, que desde hace unos cuatro años conoce a la menor KDGB, que la relación con su hijo era de enamorados y por consiguiente ella iba a su casa a verle, que una oportunidad ha llegado a su casa en horas de la noche buscando a su hijo Víctor, pero que él se encontraba de viaje en la ciudad de Machala, luego explica que ha llamado a su madre para que la vaya a retirar y no lo ha hecho por lo que ha amanecido en una salita y luego de haber llamado también a la policía ha ido a dejar al otro día a la chica en un puesto que su madre tiene en el mercado, que otra vez ha ido a su domicilio que la ha entregado a la Dinapen, que se han tomado con los padres de la menor unos tragos y han quedado en que los dos jóvenes contraigan nupcias. 3.10. La señora Carmen Beatriz Vélez Cevallos, expreso al Tribunal que conoce de la relación entre el acusado Uchuari Poma y la menor GB, arrendataria de un departamento de los padres del acusado, se refiere a su buena conducta, que no ha conocido de las relaciones íntimas entre ellos. CUARTO. El acusado Víctor Eduardo Uchuari Poma, iniciando su testimonio por manifestar que se haga justicia y que con la señorita KDGB, ha sido enamorado dos años, que con respecto a la violación no ha cometido ningún acto de esa naturaleza, que su relación de enamorados ha sido con respeto, que con autorización de su madre siempre salían y le decían que se iban a dar una vuelta, que nunca han pasado mayores cosas. La señora Fiscal al interrogar en el sentido que cuantas veces han mantenido relaciones sexuales con la menor, enfáticamente contesta que ni una sola vez, que cuando ella llegaba a su casa solamente conversaban y luego se iba a su domicilio, que cuando la menor ha pernoctado en su casa en ningún momento ha pasado con él en razón de que no estado en el domicilio donde habitaba esto es el de sus padres. QUINTO: Así expuesta la prueba tanto de cargo como de descargo, esta transparenta estos particulares: 5.1. Que hubo acceso carnal por parte del acusado con la menor





en este año, sin poder precisar la fecha con exactitud el día, se indica el mes de febrero, esto es cuando la menor tenía 12 años, 11 meses, 25 días, al ocho de febrero del 2010, fecha en la cual se precisa había desparecido de su hogar, es decir cuando era menor de 14 años circunstancia que por sí sola constituye un acto ilícito, lo indica el numeral 1ro del Art. 512 del Código Penal, púes se trata de una agresión sexual cuyo bien protegido es la libertad sexual, esto es la capacidad de determinarse por propia iniciativa en el ámbito de la sexualidad, a más de que también protege o tutela otros valores como la dignidad personal, la intimidad y la integridad física y psicológica. 5.2. La Ley Penal exige como elemento para que se dé la conducta típica, es la edad de la ofendida menor de catorce años. modalidad que la doctrina denomina violación "impropia o presunta", cuya influencia, la edad, determinante por si sola en su tipificación ilícita, vale reiterarlo, en la especie, si nos atenemos a los testimonios de las doctoras Viviana Margarita Merchán Cordero y Leticia de los Ángeles Bustamante Alvarado, en donde ellas refirieron con lujo de detalles lo aseverado en las entrevistas con la menor que había tenido relaciones sexuales con su enamorado y además la segunda al referirse al himen elástico complaciente, a lo que inclusive puso como ejemplo el caso de una señora embarazada que mantenía después del parto esa clase de himen que puede ingresar un miembro viril en erección sin lastimarlo. 5.3. Es muy cierto que en esta clase de delitos el testimonio de la ofendida en un medio probatorio válido de apreciación judicial, por lo que en general suele cometérselos en forma clandestina, secreta y encubierta, más tal ausencia testimonial en nada disminuye la fuerza probatoria que apunta a una misma realidad penal: el acceso carnal a una menor de catorce años. En ejercicio de la sana crítica que impone al Tribunal aplicar la Ley le resulta imposible creer que las profesionales antes citadas en una suerte de malicia, de perversidad havan consignado en sus respectivos informes hechos que los confirmaron en sus testimonios llevados a cabo en la audiencia, es así que la prueba de cargo aportada tiene elevada categoría de certeza para establecer la responsabilidad del acusado. A propósito de la no comparecencia de la menor a la audiencia reservada luego de suspenderla, tenemos que se acudió entonces a las instancias procesales pertinentes para lograr su comparecencia. Y sobre este tema la jurisprudencia nos ilustra así: "El acceso carnal con una persona menor de catorce años de

edad, aunque ésta haya prestado su consentimiento para ser accedida carnalmente configura el delito de violación, por qué tal consentimiento no produce ningún efecto jurídico, en consideración a la circunstancia de no haber alcanzado la menor la madurez biosicológica, que se requiere para el ejercicio del derecho a la libertad sexual; por lo que, como quiera que sea accedida carnalmente una menor de catorce años de edad sea por violencia, amenaza, inducción, engaño, fraude, o seducción se configura el delito de violación carnal". **SEXTO:** En resumen, siendo la conducta del acusado típica, antijurídica y culpable, ésta se subordina a la figura de violación descrita en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionada por el Art. 513 del mismo Código. **SÉPTIMO:** La señora Fiscal durante el desarrollo de la audiencia, luego de exponer el hecho imputado y realizar el análisis de la prueba que creyó conveniente hacer, determinando la autoría de violación acusada a Víctor Eduardo Uchuari Poma, lo acusa, de haber cometido en calidad de autor lo que dispone el Art. 512 numeral 1 y sanciona el Art. 513 del Código Penal. Por su parte el Abogado de la defensa, después de realizar el análisis de la prueba consignada en la audiencia solicita se dicte sentencia absolutoria a favor de su defendido. OCTAVO: En esta clase de delitos no se consideran atenuantes, con excepción de las contempladas en el numeral 5 del Art. 29 del Código Penal y 2 del artículo innumerado de la indicada disposición legal, que el acusado colabore eficazmente con las autoridades en la investigación del delito. Por las consideraciones anotadas y teniendo la certeza de la existencia del delito de violación en la menor KDGB, en su circunstancia 1 del Art. 512 del Código Penal y que el acusado es autor y culpable del mismo, conforme lo requieren los Arts. 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 512 numeral 1 y 513, primera parte del Código Penal, declara a VICTOR EDUARDO UCHUARI POMA, ecuatoriano, nacido y residente en Loja, de 21 años de edad, soltero, comerciante, autor responsable y culpable de dicho delito y le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, con sujeción al



Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Téngase en cuenta los efectos civiles de esta condena conforme a lo establecido en los artículos 56 y 60 del Código Penal. Hasta que esta sentencia cause ejecutoria continúe el sentenciado bajo la

medida cautelar dictada en su oportunidad por el señor Juez Tercero de Garantías Penales de Loja. Sin costas. **Notifíquese**.

f) Dr. Aníbal Jaramillo González; Dr. Joffre Valarezo Valdéz; Dr. Vicente Sarmiento Terreros.

### **APELACIÓN**

### Juez ponente: Dr. Galo Arrobo Rodas

SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA. Loja, miércoles 19 de enero del 2011, las 14h58.

VISTOS: El 22 de octubre del 2010, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Loja, lleva a cabo la audiencia de juzgamiento oral del procesado Víctor Eduardo Uchuari Poma, en base de la acusación fiscal, por el delito previsto en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado por el Art. 513 *ibídem*. Se lo acusa, en concreto, de violación a la menor KDGB, de 12 años, 11 meses, 11 días de edad.- Evacuadas las pruebas materiales, testimoniales y documentales presentadas por la Fiscalía y la Defensa, así como escuchados sus posiciones y el debate; en fin, agotado el juicio, el indicado Tribunal dicta sentencia imponiendo al procesado la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, quien, de fs. 128 a 130 apela de la misma; y, luego que al final de la audiencia llevada a efecto en esta Sala se comunicó a las partes la decisión de rechazar la impugnación y confirmar la sentencia subida en grado, para efectos de notificar la sentencia se considera: PRIMERO: Se declara válido lo actuado porque se ha tramitado con respeto y observancia del debido proceso garantizado por la Constitución y la Ley.- SEGUNDO: El Tribunal a quo, fundamenta su sentencia, en que se encuentra probada la existencia de la infracción, así como la responsabilidad penal del procesado.- TERCERO: Al fundamentar su apelación el acusado argumenta: Que en el informe médico legal no hay constancia que la menor haya sido desflorada; que el Tribunal a quo da valor a un interrogatorio practicado por la perito psicóloga quien a la menor no aplicó un test de credibilidad, sino solamente de personalidad; y, que con la prueba pedida por él y actuada ha demostrado que no existe delito alguno y que por tanto no tiene responsabilidad en los hechos que se juzgan.- CUARTO: La existencia material de la infracción se encuentra debidamente comprobada con los siguientes elementos: 4.1 Con la partida de nacimiento de J.S.N.C, documento en el que se

constata que es nacida el 13 de febrero de 1997 (fs. 44); 4.2 Con el informe del reconocimiento médico legal a la referida menor (fs. 88 a 95) suscrito por la perito médico Dra. Leticia Bustamante Alvarado, en el cual concluye: "...2. En región genital se observa himen anular elástico sin desgarros, orificio himeneal amplio que permita la entrada fácil a canal vaginal, no existen lesiones recientes, con lo que se puede establecer que pueden existir relaciones sexuales sin producirse desgarros himeneales". Además, en su testimonio la Dra. Bustamante, a más de ratificarse en dicho informe manifestó que la menor presenta un himen elástico complaciente, lo que le permitió introducir hasta tres dedos sin modificaciones "...estamos hablando de que tres dedos es un diámetro mayor a tres punto cinco, el cual tranquilamente permite determinar que el miembro viril en erección puede penetrar sin modificar el himen...", circunstancias en las cuales se habla no solamente de himen elástico sino que el orificio himeneal es amplio; 4.3 Con el informe de reconocimiento del lugar donde fue detenido el acusado, que es en la intersección de las calles Volantes y Primicias de esta ciudad de Loja (fs. 82 a 84); y, 4.4 Con la declaración de la perito Cbos. Martha Judith Japón Encalada, quien se ratifica en el informe especificado en el numeral anterior.- QUINTO: Entrando en materia de responsabilidad, encontramos: 5.1 La señora XXXX, al rendir su declaración manifiesta que es la madre de la menor KDGB; que ella presentó la denuncia de que el acusado raptó a su hija, porque fue a retirarla del Colegio y no la encontró; que a esa fecha ella no sabía que eran "novios"; que con motivo de la referida denuncia se fue con agentes de la DINAPEN al domicilio del acusado, donde encontró solamente la mochila de su hija con la ropa que había llevado y que salió el padre del acusado y les dijo que ellos ya no estaban allí, que se habían ido sin saber a dónde; que luego de esto internó a su hija en Cuenca en un Centro de Rehabilitación para adictos; que su hija se escapó con el acusado unas tres veces; que su hija nunca





le refirió que hubiera tenido relaciones sexuales con el acusado; y, que respecto a las pericia médico legal que le practicaron a su hija, no tuvo acceso a los resultados pero que su abogado le indicó que el resultado ha sido que sí ha tenido relaciones sexuales con el acusado; 5.2 La Dra. Viviana Margarita Merchán Cordero, dice que es Sicóloga Clínica, que es perito acreditada por el Consejo de la Judicatura del Azuay, que conoció a la menor K.D.G.B en el Centro de Rehabilitación para adicciones que se llama Hacia una Nueva Vida, que funciona en la ciudad de Cuenca; que se ratifica en el informe que consta de fs. 59 a 80 v.; que la menor le manifestó que no había dicho toda la verdad a la Fiscalía para proteger a su enamorado a quien llamaba Eduardo "...en cuanto a las relaciones sexuales que ella había mantenido con el señor y en cuanto a su relación de pareja. Cuando se le preguntó acerca de su primera relación sexual ella había comentado que había sido con Eduardo, que además ella no recordaba cómo había sido puesto que ella se había embriagado antes y había despertado en la habitación del hotel junto a su enamorado que no recordaba más..." y que le refirió que mantenía relaciones con su pareja; 5.3 La Dra. Leticia de los Angeles Bustamante Alvarado, perito médica, en su testimonio, a más de lo que dijo y se especifica en el numeral 4.2 de este fallo, manifestó que el primero de marzo del 2010 hizo examen ginecológico a la referida menor, quien le manifestó que ha tenido relaciones múltiples relaciones sexuales con su enamorado Víctor Eduardo Uchuari Poma, con quien se salió a Gonzanamá del 8 al 28 de febrero del 2010; 5.4 El Pol. Rodin Kléber Morocho Jadán, en lo principal de su declaración dice que el 9 de febrero del 2010 llegó a las oficinas de DINAPEN la señora XXXX diciendo que su hija KDGB de 12 años de edad, el día de anterior, se había ido de la casa y que posiblemente estaba en la casa de su enamorado V.E.U.P; que fueron allá y solo encontraron al señor Gilbert Uchuari, padre del acusado, quien les manifestó que la noche anterior los dos, el acusado y la menor, habían amanecido en la casa, pero que ese momento no estaban, que habían salido; y, 5.5 El Pol. Jorge Luis Cuenca Regalado, en lo fundamental dice que el 28 de febrero del 2010, por la denuncia presentada por O.V.G.C referente a la fuga de su hija KDGB, y en circunstancias que realizaba la respectiva investigación, encontró a dicha menor dentro de un camión que conducido por el acusado, circulaba por las calles Volantes y Primicias, procediendo a detener a aquel y a entregarle a

la menor a su madre.- Esta prueba no ha sido enervada por el acusado, quien se ha limitado a demostrar que en la ciudad de Celica, a donde había viajado la menor en su búsqueda, no tuvieron relaciones sexuales.- **SEXTO**.- El acusado, rindiendo su declaración, en lo fundamental dice que ha sido enamorado por dos años con KDGB, que esa relación ha sido con total respecto, que jamás la ha violado y que nunca ha tenido relaciones sexuales con ella. SÉPTIMO.- Analizada la prueba expuesta conforme las reglas de la sana crítica, y a la luz de las normas especiales que rigen la materia, la Sala tiene las siguientes convicciones: 1).- Que la existencia material de la infracción se encuentra justificada conforme a derecho; 2).- Que el acusado Víctor Eduardo Uchuari Poma es el responsable del cometimiento del delito de violación contra la menor KDGB, por las siguientes razones: a) Porque conforme a las declaraciones de las Dras. Viviana Margarita Merchán Cordero y Leticia de los Ángeles Bustamante Alvarado, Sicóloga Clínica la primera y Médico la segunda, que examinaron cada cual en su especialidad a la referida menor, en sus respectivos informes y al rendir sus testimonios, declaran que ésta les manifestó que mantuvo reiteradas relaciones sexuales con el acusado Uchuari Poma; b) Porque la declaración de la Dra. Merchán Cordero es concordante con la rendida por XXXX, madre de la menor, quien declaró que había ingresado a su indicada hija en un Centro de Rehabilitación de adictos en Cuenca, en el cual precisamente trabajaba la Dra. Merchán y por disposición de la Fiscalía examinó a dicha menor; c) Porque son coincidentes también las declaraciones rendidas por la referida señora Benítez Cartuche y el Pol. Rodin Kléver Morocho Jadán, quienes dicen que el 9 de febrero del 2010, el señor Gilbert Uchuari, padre del acusado, cuando ellos fueron a su casa en búsqueda de la menor y solamente encontraron una mochila con su ropa, les manifestó que la noche anterior la habían pasado en ese domicilio el acusado y la menor; y, d) Porque conforme a la propia declaración del acusado, con la menor ha tenido una relación de enamorados durante dos años y en el contexto de las demás declaraciones, incluida la del Pol. Jorge Luis Cuenca Regalado, quien el 28 de febrero del 2010, después de diecinueve días que la DINAPEN la buscaba, los encontró juntos en un camión conducido por el acusado, llevan a la inequívoca conclusión de la existencia de relaciones sexuales entre ellos. OCTAVO: La alegación del acusado, de que en el informe del examen médico



no hay constancia que la menor haya sido desflorada, no tiene sustento, puesto que conforme lo prescribe el Art. 512 del Código Penal, "Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo...", respecto de lo cual hay que resaltar que conforme lo indica la perito médico Dra. Bustamante en su informe, "...2. En región genital se observa himen anular elástico sin desgarros, orificio himeneal amplio que permita la entrada fácil a canal vaginal, no existen lesiones recientes, con lo que se puede establecer que pueden existir relaciones sexuales sin producirse desgarros himeneales". Al respecto, Marcela Criado y Enrique Banti en su estudio "El enfoque médico legal en el diagnóstico del himen elástico", textualmente dicen: "...Esta variedad de himen, también llamado complaciente, dilatable, distensible o elástico, debe su nombre a una característica funcional y exclusiva de su tipo: la elasticidad, por la cual se diferencia de otro tipo de hímenes y que le permite permanecer íntegro, aun luego de haber existido acceso carnal... Más contemporáneamente, Jorge Morán en su libro de Medicina legal (3), dice: " El primer coito y en ciertas casos el coito reiterado no provocan siempre el desgarro de esta membrana. Depende de dos factores: resistencia, elasticidad: le permite dejar pasar al pene sin desgarrarse". Se refiere a otros autores cuando aporta la experiencia de Porent- Duchatent y Taylor. Estos habrían publicado un trabajo en el que afirmaban la existencia del himen elástico en base a la observación de cierto número de prostitutas, que a pesar de una práctica

sexual activa y frecuente, presentaban hímenes intactos. En la actualidad, Gisbert Calabuig en su Tratado de Medicina legal y Toxicología (4), en referencia a la morfología del himen, dice: "En cuanto a la consistencia del himen se observan sensibles diferencias de unos casos a otros, incluso entre distintas zonas de la membrana. A este respecto hay que señalar que las columnas vaginales en especial la posterior, se prolongan sobre el himen al que refuerzan a nivel de la línea media. En general, la consistencia y elasticidad de esta membrana son reducidas, lo que explica su desgarro con ocasión de la primera cópula. Pero hay hímenes carnosos, tendinosos y hasta cartilaginosos, como en las vírgenes de edad (Thoinot), que ofrecen gran resistencia a la penetración del miembro viril, y en contraste con éstos, hay hímenes elásticos y dilatables que permiten el paso del pene sin desgarrarse (hímenes complacientes como se les ha llamado gráficamente)."(http://www.csjn.goc.ar/cmf/cuadernos2\_1\_27.html). En consecuencia, no tiene sustento la afirmación del procesado, de que según el informe médico la menor no ha sido violada.- OC-TAVO.- Por estas consideraciones, ADMINIS-TRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desechándose la apelación, se confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. Hágase saber.

f) Dr. Leonardo Bravo González; Dr. Norman Jaramillo Vivanco; Dr. Galo Arrobo Rodas.

### REVISIÓN

Resolución nro. 25- 2013; Juicio nro. 821-2014

Juicio penal por violación propuesto contra Víctor Eduardo Uchauri Poma

Jueza ponente: Dra. Lucy Blacio Pereira

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 03 de junio de 2014, las 16h50.

VISTOS: ACLARACIÓN PRELIMINAR. Este Tribunal ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la adolescente involucrada en este proceso, suprimir de toda futura publicación, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación.<sup>1</sup>

### 1. HECHOS.

Conforme consta en la Sentencia de 30 de octubre del 2010, las 15h32, dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja; la señora PEBC ha denunciado ante la fiscalía de la ciudad

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> En aplicación del artículo 78 de la Constitución y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia.





de Loja que el 8 de febrero del 2010, su hija, la menor KDGB había desaparecido de su hogar y que posiblemente se encontraba con su enamorado, el ciudadano de 21 años de edad, Víctor Eduardo Uchuari Poma. Estos hechos fueron conocidos por el agente policial de la DINAPEN Rodín Morocho Jadan, quien se dirigió al domicilio de dicho ciudadano. En ese lugar, el señor Gilberto Uchuari, padre de Víctor, informa que efectivamente la niña se encuentra junto a su hijo, que esta situación ha sido notificada a la madre de la niña para que fuera a recogerla de su casa pero que esto no sucedió. En ese preciso momento no se encontró a la niña sino únicamente una mochila con ropa de su propiedad.

#### 2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional nombró y posesionó a 21 Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituye el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. Por sorteo realizado el 5 de enero del 2013, las 15h51, la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional, actúa como ponente según el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; y el doctor Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional y la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; conforman el tribunal. Mediante licencia concedida al doctor Paún Íñiguez Ríos con oficio nro. 865-SG-CNJ-IJ de 12 de mayo del 2014, actúa en su reemplazo la doctora, Zulema Pachacama Nieto Conjueza Nacional, que de acuerdo al artículo 5 de la Resolución nro. 04-2013, de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio del 2013, avoca conocimiento.

### 3. VALIDEZ PROCESAL.

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y V del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este tribunal declara la validez de todo lo actuado.

### 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE REVISIÓN.

El recurso de revisión, constituye un medio de impugnación extraordinario y especial, puesto que, con la interposición del mismo se ataca y se pretende dejar sin efecto una sentencia, que si bien se encuentra en firma, por haber pasado por autoridad de cosa juzgada, tiene intrínseco un contenido de injusticia material, en razón de que la verdad procesal que se declara, discrepa con la verdad histórica de los hechos materia de juzgamiento; y, en cuanto procede únicamente por causas ajenas al proceso, y en los casos señalados en la ley.

Baja esta concepción, el recurso de revisión, representa un quebrantamiento al principio presumible de la cosa juzgada, pues su accionar está dirigido a modificar una situación jurídica declarada mediante sentencia en procura de conseguir la realización de la justicia material, subsanando de esta manera la situación injusta por la cual se ha condenado al procesado.

El tratadista Orlando Rodríguez, al referirse al recurso de revisión, expresa "Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, en procura de reivindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto del juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimitan las causales taxativamente señaladas en la ley. Pretende la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente de la del proceso?<sup>2</sup>.

El recurso de revisión, por su naturaleza y características, impone la obligación al recurrente de demostrar que los hechos en los cuales se fundamenta el fallo que se recurre no corresponden a la realidad, de ahí que en virtud de este recurso se da un debate probatorio, en el cual el revisionista debe aportar nueva prueba que sustente y justifi-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Rodríguez Ch. Orlando A. Casación y Revisión Penal, Editorial S.A. Bogotá, Colombia, 2008. P. 393.





que la causal invocada, a excepción de la causal 6, del artículo 360, del Código Adjetivo Penal, la misma que debe tener la suficiente fuerza para atacar y remover la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo tanto, la revisión no puede considerarse como un mecanismo que permita controlar la legalidad de la sentencia, ni como una instancia en la cual pueda darse una revalorización de la prueba o interpretación jurídica de los hechos materia de juzgamiento, actividades que han sido realizadas por el tribunal *ad*quem, en razón, de su facultad autónoma, exclusiva, e independiente como órgano juzgador; la trascendental en este recurso constituyen los nuevos elementos de prueba aportados por el recurrente y desconocidos por el tribunal de revisión, los mismos que deben ser suficientes, eficaces y contundentes, que permitan al Tribunal de Revisión llegar a la conclusión que si estos elementos hubiesen sido conocidos por el Tribunal ad-quem, la decisión hubiese sido sustancialmente distinta a la dictada, esto en el caso de las causales 1,2,3,4 y 5 del artículo 360 ibídem; mientras que para la causal 6, resulta fundamental la exposición y argumentación lógica y jurídica realizada por el revisionista, que permita acreditar, justificar y llevar a conocimiento del Tribunal de Revisión, que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción; en el caso sub iudice, el recurrente invoca las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

### 5. ANTECEDENTES PROCESALES.

Con fecha 30 de octubre del 2010, las 15H32, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja dicta sentencia condenatoria en contra del acusado Víctor Eduardo Uchuari Poma, por considerarle autor y responsable del delito de violación sexual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 512.1 del Código Penal, por lo que le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial.

Con fecha 19 de enero del 2011, las 14H58, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja desecha el recurso de apelación interpuesto por el procesado y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Con fecha 6 de diciembre del 2012, las 16H17, se interpone recurso de la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Loja,

fundamentado en los artículos 359 y 360.3, 4 y 6 del Código de Procedimiento Penal y solicita se recepte los testimonios de la adolescente KDGB y de sus padres: PEBC y OVGZ.

# 6. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.

### 6.1. Defensa técnica del procesado Víctor Eduardo Uchuari Poma.<sup>3</sup>

El señor doctor Pablo Vásquez, fundamenta el recurso de revisión plateado, indicando en lo principal, lo siguiente: **6.1.1.** Menciona, que presentó el recurso de revisión por las causales 3,4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. En cuanto a la causal 3 por cuanto la sentencia se ha declarado en virtud de informes errados, para la cual impugna el informe médico legal de la perito médica Leticia de los Ángeles Bustamente, en el cual se indica que la niña tiene himen elástica, sin desgarros, que no existe lesiones reciente con la que concluye que si pueden existir relaciones sexuales sin desgarros himeneales. **6.1.2.** En este mismo sentido, impugna el informe de reconocimiento del lugar de los hechos elaborados por la señora policía Martha Japón, por cuanto realiza dicha diligencia en el lugar donde fue detenido el señor procesado, esto es, en las calles Volantes y Primicias de la ciudad de Loja y no en el supuesto lugar donde se cometió el hecho. **6.1.3.** De igual forma, se impugna el informe de la doctora Viviana Merchán, perito psicóloga, quien únicamente sometió a la niña KDGB, a un test de personalidad que no es confiable ni determinante, omitiendo realizar al análisis de credibilidad técnico que permite certificar si lo aseverado por la menor ha sido totalmente verdadero. 6.1.4. Indica que en la ampliación de la versión de la menor, la misma, niega el cometimiento de los hechos investigados. 6.1.5. Respecto a la causal 4, conforme se ha argumentado no se ha argumentado no se ha podido determinar la responsabilidad del proceso con pruebas fehacientes, veraces, objetivas, sino por el contrario son meras presunciones a las que ha arribado la decisión del Tribunal de Garantías Penales de Loja. 6.1.6. Finalmente, en cuanto a la causal 6, menciona que se ha violado el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República que menciona la presunción de inocencia. **6.1.7.** Solicita que se recepte el testimonio



<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vease Acta de audiencia oral, pública y contradictoria del recurso de revisión.



de la adolescente KDGB y de su padre OVGZ; los mismos que son prueba nueva. 6.1.8. De conformidad con el artículo 291 del Código de Procedimiento Penal, se recepta el testimonio de la adolescente KDGB, y que al ser interrogada por parte del abogado defensor del recurrente: 1. Informe de los hechos que usted vivió y tuvo conocimiento respecto de su relación con su esposo Víctor Eduardo Uchuari Poma. Responde: En ningún momento fui violada, tengo una hija, el ahorita está prófugo, yo no tengo con que darle de comer a mi hija, recientemente salí del hospital porque salí de una operación que me hicieron. En ningún momento he sido violada, yo conocí a Víctor desde que tuve 12 años, él era mi amigo, con el tiempo nos hicimos enamorados, pero en ningún momento trató de violarme. Yo tenía problemas con mi mamá, mi mamá me dejó con mi hermana que ahora ella pasa con mi abuelita, en ese tiempo yo tenía que cuidarla, no tenía que comer, mi papá también tenía problemas con mi mamá, y mi mamá nos dejó botando. Ella lo acusó a Víctor por violación, a las audiencias que ella me llevaba me hizo declarar porque sabía que iba a decir la verdad, que nunca me violó. Una persona inocente no puede estar preso por mi madre que tal vez quiso sacar plata. 2.1. ¿Puede recordar lo que sucedió el día 8 de febrero del 2010, puede exponer al Tribunal? Responde. El 8 de febrero del 2010, yo estuve con él, fui justamente una tarde en que mi mamá peleaba con mi papá, yo ya lo conocía a él, fui a la casa de él, le conté mi problema, le llamó a mi mamá que me venga a ver, mi mamá no me quiso ir a ver, entonces mi suegro me hizo dormir en la casa de él, pero en ningún momento dormí con Víctor que ahora se le acusa por violación, dormí en la sala y ellas durmieron aparte, al otro día ya me fui a la casa, mi mamá ya me fue a recoger y eso fue lo que pasó ese día. 3. ¿Posteriormente de estos hechos, usted recuerda que hicieron sus padres para que se distanciara de Víctor Uchauri? Responde: Sí, como ellas querían que declare en contra de él, me amenazaban que iban a internarme en una clínica de rehabilitación en la cual estuve internada 3 meses en Cuenca, en una clínica de alcohol y drogas. 4. ¿Usted consume algún tipo de sustancia? Responde: No, yo no consumía, el único propósito de mi mamá era distanciarme de él, yo no era ni alcohólica ni drogadicta. 5. La doctora médico legista Leticia Bustamante fue quien le realizó a usted el examen médico legal, recuerda alguna

situación particular? Responde: Sí, ella me hizo el examen pero en ningún momento tuvimos una conversación, nunca le dije nada, solo me hizo el examen, nada más. 6. ¿Recuerda usted la evaluación psicológica a la que se la sometió por parte de la doctora Viviana Merchán? Responde: No, no recuerdo muy bien, pero la doctora si me hizo un test de esos que dibujan unas casitas, eso sí recuerdo. 7. Usted recuerda haberle comentado respecto de su relación con Víctor a la doctora? Responde: No en ningún momento, ella me dijo que dibuje una casa, un árbol pero en ningún momento fue de eso de la violación que él a mí no me ha hecho nada. Nada de eso. Se presenta en ese momento, una partida de nacimiento, que en virtud del principio de contradicción se corre traslado a la Fiscalía, sin haber sido objetada. 8. ¿A qué corresponde el documento que pongo a la vista? Responde: Es el certificado de nacimiento de mi hija que se llama K.D.U.G., tiene dos años, nació en el 2011 en diciembre. 9 (Recuerda usted la fecha en la que se casó? Responde: Sí, yo me casé el primero de julio del 2011. 10. (En qué fecha nació su hija? Mi hija nació en diciembre del 2011. 11. ¿Es decir que usted probablemente se embarazó en abril del 2011? Responde: Sí exactamente. 12. ¿Qué edad tenía usted para abril del 2011? Responde: Tenía 14 años y dos meses. **6.1.9.** De conformidad con el artículo 291 del Código de Procedimiento Penal, se recepta el testimonio de OVGZ y que al ser interrogado por parte del abogado defensor del recurrente: 1. Informe lo que usted tiene conocimiento sobre el hecho que se ha estado ventilando sobre el cual se dice que es víctima su hija. Responde: Yo no sabía de la relación de ella, yo me enteré cuando a mí ya me informaron y prácticamente a pedirme la mano para casarse, ahí me enteré de las cosas, yo fui y firmé para que mi hija se casara con Víctor. 2. ¿Usted conocía de la relación que tenía su hija con Víctor Uchauri, antes de que pidieran su mano? Responde: No puedo decirle nada porque yo no pasaba en la casa, yo con mi mujer ya estaba separado. 3. ¿En algún momento su ex mujer le comentó algo? Responde: No nunca supo decir nada, solía no hablar. Después de que ella se fui mi hija, me contó y llegaron el papá de Víctor, él, a pedirme consentimiento para que firmara para que mi hija se pueda casar con él. 4. ;Antes de que sucediera este hecho. Usted recuerda si realizó alguna gestión en aras a distanciarle a su hija de Víctor Uchuari? Responde: No. 5. Usted tuvo



conocimiento si su hija ingresaba a algún centro de Cuenca? Responde: en Cuenca la ingresamos, creo que era una clínica Santa Ana. 6. Usted recuerda para qué la ingresaron?. Responde: para que se aleje un poco del joven, porque ellos no tenían su edad, para, usted sabe que uno como padre no desea que a esa edad salga con una persona. Entonces ese era el motivo que se la encerró ahí. 12. ¿En alguna ocasión usted tuvo conocimiento si su hija estaba siendo abusada sexualmente? Responde. No eso no. 6.1.10. Menciona que con el testimonio de la adolescente se contrasta los argumentos de la sentencia impugnada, igualmente con el testimonio del padre. 6.1.11. Finalmente, solicita que se declare procedente el recurso de revisión y se confirme la inocencia del procesado.

#### 6.2. Fiscalía General del Estado.4

El señor doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, en lo principal manifiesta lo siguiente: 6.2.1. Menciona, que se debe fundamentar los errores de hecho, no de derecho. **6.2.2.** El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal señala de manera categórica que el recurso de revisión tiene su razón de ser y en este caso el señor Víctor Uchuari Poma tiene sentencia condenatoria en firme y por tanto ya no goza de inocencia, es culpable y ahora él tiene que justificar las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. **6.2.3.** Sobre estas causales, tiene que haber nuevas pruebas y esas son las que no se conocían en el momento del juzgamiento y en este caso la menor ofendida tenía 12 años, 11 meses, 11 días conforme a la partida de nacimiento y, durante el examen ginecológico por parte de la doctora Leticia Bustamante, la menor señaló que si tenía relaciones sexuales con su enamorado Víctor Uchuari Poma. **6.2.3.** Sostiene que se ha justificado la existencia de la infracción y no precede el recurso de revisión interpuesto.

## 7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN.

## 7.1. Del artículo 360,3 del Código de Procedimiento Penal, alegado por el recurrente.

El recurrente fundamentó el recurso de revisión con base en el artículo 360.3 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que: "Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos: 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados..." (Las negrillas no pertenecen al texto).

Por lo que, la fundamentación del recurrente en dicha causal se centró en impugnar lo que considera informes errados, tanto de la perito médica Leticia de los Angeles Bustamante que realizó el examen ginecológico de la niña KDGB, de la perito psicóloga Viviana Merchán que evaluó psicológicamente a la misma niña y de la policía Martha Japón que realizó la reconstrucción del lugar de los hechos, dichos informes no pueden ser considerados errados, tomando en cuenta que han sido practicados por peritos profesionales expertos, cada uno, en la materia correspondiente, y que de forma debidamente motivada y respetando el debido proceso presentaron sus respectivos informes. De ahí que la argumentación de la defensa del procesado en cuanto a que no se ha valorado correctamente dichos informes periciales no corresponde a la causal 3 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal por lo que deviene improcedente.

#### 7.2. Del artículo 36 Q.4 y del 6 del Código de Procedimiento Penal, alegado por el recurrente. El recurrente también fundamentó el recurso de revisión con base en el artículo 360.4 y 6 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que: Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos: 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó... 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. (Las negrillas no pertenecen al texto).

En este sentido, la fundamentación del recurrente en dichas causales se centró en que no existieron pruebas contundentes para declarar la existencia material de la infracción ni la responsabilidad del procesado, pues la sentencia impugnada se basó en meras presunciones. De ahí que, para

G

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Véase Acta de audiencia oral, pública y contradictoria de Recurso de Revisión.



la concesión del recurso de revisión, a la luz de la norma citada, es necesario fundamentar con prueba nueva, con respecto a la causal 4, que el sentenciado no es responsable del delito y, a la falta de pruebas, conforme a la causal 6, que demuestren que el hecho delictivo no existió. En otras palabras, justificar que no se ha probado el delito de violación sexual por el cual se acusa al procesado, y que por tanto constituye un ataque directo a los presupuestos de hecho que el juzgador consideró para dictar la sentencia. Sin embargo de ello, cabe aclarar que la norma, en la causal 6, al señalar "conforme a derecho" también está dando un alcance en el cumplimiento estricto del derecho que tiene que ver por supuesto con la observancia de garantías básicas del debido proceso. Al respecto hay que señalar que se solicitó la recepción de los testimonios de los adolescentes emancipada KDGB y de su padre el señor OVGZ. 7.3. De las nuevas pruebas aportadas por el re-

Para imputar el delito de violación sexual, tipificado en el artículo 512.1 del Código Penal que establece: "Es violación al acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años..." se debe realizar una valoración racional de las pruebas en su conjunto, que conduzcan a la verdad de los hechos y por ende

reúna los elementos del tipo penal.

currente.

Entendido de esta manera, el testimonio de la adolescente KDGB presentado como nueva prueba, fue muy claro, mencionando que no ha rendido declaración alguna durante el proceso penal en contra del procesado, que se encuentra casada con Víctor Uchuari Poma desde el 1 de julio del 2011, fecha en la cual se celebró su matrimonio con la debida autorización de VOGZ, producto de su matrimonio han procreado una niña, la misma que nació el 2 de diciembre del 2011 con base a la partida de nacimiento presentada. En cuanto a los hechos investigados, indica que su madre presentó la denuncia en contra de Víctor Uchuari Poma, quien lo hizo motivada por dinero, menciona que los hechos denunciados son

falsos, que conoce al procesado desde que ella tenía 12 años de edad, que fueron enamorados y que el día 8 de febrero del 2010 salió de su casa debido a la pelea que presentó entre sus padres, ese día se dirigió al domicilio del procesado pero que no tuvieron relaciones sexuales.

Así mismo, se receptó el testimonio del señor VOGZ, que en forma concordante con su hija KDGB menciona que desconocía de la relación de enamorados que tenía el procesado con su hija, que tuvo conocimiento el momento que fueron a pedirle la mano de hija como forma de consentimiento para que su hija contrajera matrimonio y que posteriormente autorizó la emancipación para que puedan celebrar el matrimonio. Indica que él no ha vivido con su hija mientras sucedieron los hechos investigados y que actualmente su hija KDGB está casada con el procesado y tienen una hija.

En suma, se comprueba que si bien existió una relación de enamorados entre el procesado y KDGB, que posteriormente contrajeron matrimonio y producto del matrimonio tienen una hija; esto no es suficiente para motivar la certeza de culpabilidad del procesado sobre la base del artículo 512.1 del Código Penal. Por el contrario, el acceso carnal en los términos del mencionado artículo, es decir que se haya dado en contra de una persona menor de catorce años, en el sub lite la integridad sexual de la niña, representada la base de la imputación; situación que n se ha verificado, pues lo único cierto es que KDGB y el procesado procrearon una niña y que del testimonio rendido por ella en la audiencia del recurso de revisión, así como de la prueba documental, fue concebida cuando "tenía 14 años 2 meses de edad".5

Tales formulaciones permiten concluir que el recurso de revisión planteado en base al artículo 360.4 6 del Código de Procedimiento Penal es procedente considerando que las particularidades del caso que se han expuesto lo hacen excepcional

## 7.4. Del principio de mínima intervención penal.

Partiendo del principio de mínima intervención penal de conformidad con el inciso primero del artículo 195 de la Constitución de República, en



<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Véase Acta de audiencia oral, pública y contradictoria de Recurso de Revisión.



concordancia con el artículo innumerado a continuación del artículo 5 del Código de Procedimiento Penal que establece: "En el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos." En el sub lite no se cumplió con los derechos de ninguno de los sujetos procesales.

Se debe apreciar que los derechos y garantías básicas del procesado en este proceso penal son en suma lo que Ferrajoli llama un derecho penal mínimo; identificado contra el arbitrio o error penal y que constituye ser un limitador del poder punitivo del Estado, pues se procura que el Estado no utilice su poder más allá de la necesidad social, pues Estado Constitucional de derechos y de justicia se reduce al mínimo la posibilidad de afectar al ser humano, entendiendo que: "la utilización del derecho penal implica un enorme grado de violencia social y, por ella, debe tender a su menor utilización."

En consecuencia, en virtud de nuevas pruebas que el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja desconocía, se ha incurrido en error de hecho, el sentenciado no es responsable del delito por el cual se lo condenó, así como también no se ha comprobado conforme a derecho, la existencia del delito tipificado en el artículo 512.1 del Código Penal, por lo que es procedente el presente recurso.

Por lo expuesto, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, determina que el recurrente ha logrado comprobar lo establecido en el artículo 360.4 y 6 del Código de Procedimiento Penal. AD-MINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, con fundamento en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal.

#### **RESUELVE:**

Declarar procedente el recurso de revisión interpuesto por el recurrente ciudadano Víctor Eduardo Uchuari Poma, ratificando su estado de inocencia. Dejar sin efecto las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas en su contra.

Ejecutoriada esta sentencia, devolver el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes. **Notifíquese y cúmplase.** 

f.) Dras. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional Ponente, Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; Zulema Pachacama, Conjueza Nacional.

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Rusconi Maximiliano, Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 141..



#### VI

## Resolución nro. 818-2014 Juicio nro. 1650-2013

Juicio penal por abuso de confianza propuesto por Zoila Carmela Rodríguez Paredes, contra Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla

#### SÍNTESIS

Correspondió al Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, el conocimiento y la resolución de la etapa del juicio, se ventiló con la comparecencia de los acusados que son parte del consorcio que en abril del 2012 se constituye para vivienda de interés social denominado Virgen del Quinche, los sentenciados abusando de su condición de directivos, han distraído ilegalmente los recursos económicos provenientes de los socios de la Cooperativa Virgen del Quinche, en beneficio propio, apartándose del encargo como administradores del objeto común materia del aporte, causando un perjuicio a sus integrantes, apartándose del encargo como administradores del obieto común materia del aporte, por lo que se les acusa como autores del delito de abuso de confianza tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal, en concordancia con el art. 42 ibídem; se les impone la pena de DOS AÑOS de Prisión Correccional a cada uno, y se les condena al pago de 11.584 dólares a favor de la acusadora particular Zoila Carmela Rodríguez Paredes, por concepto de daños y perjuicios, más costas procesales. De esta sentencia apelan los acusados, alegan no haberse tomado en cuenta los justificativos que se han hecho, solicitan modificación de la pena, por haber presentado tres de las atenuantes del Art. 72, alegan que se debió haber aplicado el Art. 73. La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha considera que es prudente subsanar el error incurrido y valorar la aplicabilidad de las atenuantes, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida y resuelve: "acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto y se reforma la pena impuesta a la de un año de prisión correccional".. De este fallo, el procesado interpone recurso de casación y el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara la validez de todo lo actuado. Considera que no han sido comprobadas las violaciones expresas a las normas citadas por el recurrente, y declara improcedente el recurso de casación interpuesto.

#### PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL CUARTO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 4 de febrero del 2013, las 16h10.

VISTOS: El Dr. Franz Valverde Gutiérrez, Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha, ha dictado auto de llamamiento a juicio con fecha martes 17 de enero del 2012, las 08h41, en contra de ADRIANA RUBÍ VACA RUIZ y TELMO NELSON CHÁVEZ SEVILLA, en calidad de autores del delito de abuzo de confianza tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal, en concordancia con el art. 42 *ibídem*; confirmando las

medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. Mediante acta de sorteo de miércoles 01 de febrero del 2012, correspondió a este Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, el conocimiento y la resolución de la etapa del juicio. El Tribunal integrado por los doctores Diana Fernández León, Presidenta; Luis Enríquez Villacrés, Juez; y, Ab. Fernando Burbano Dávalos, Juez Temporal; en audiencia oral pública de juzgamiento celebrada el día viernes 11 de enero del 2013 desde las 09h00 y su reanudación el lunes 14 del mismo mes y año, a las 09h00, ventiló el juicio con la comparecencia



de los acusados Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, acompañados de su abogado defensor Dr. Nelson Moya; la acusadora particular, Zoila Carmela Rodríguez Paredes, con su defensor, Dr. Alex Bonifaz; la Agente Fiscal de Pichincha, Dra. Ruth Palacios Brito; y, los peritos y testigos de Fiscalía: Pablo Montoya Llerena, Sgop. de Policía Jaime Patricio Ayala, Walter Aníbal Hurtado Gallardo, y Ángel Humberto Sánchez Guamarica. Radicada la competencia de la presente causa en este Tribunal; y, una vez realizado el juicio y siendo su estado de dictar sentencia, para hacerlo, se considera: PRIMERO: Jurisdicción y Competencia. Este Tribunal es competente para conocer, sustanciar y resolver la presente causa al tenor de lo prescrito en el art. 167 de la Constitución de la República, 17 numeral 5; 28 numeral 1; y, 306 del Código de Procedimiento Penal. SEGUNDO: Validez Procesal. En la sustanciación del juicio no existe omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez. Además, en la realización de esta etapa, las partes hicieron uso, a discreción de las garantías básicas del derecho al debido proceso consagradas en el art. 76, numeral 7, literales a, c, d, e, g, h y j de la Constitución de la República del Ecuador, así como se observaron los principios del sistema procesal para la realización de la justicia que constan en el art. 169 ibidem. TERCERO: Identidad de los Acusados. Los acusados responden a los nombres de: Adriana Rubí Vaca Ruiz, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casada, de 35 años de edad, de ocupación costurera, domiciliado en el sector de Guamaní de esta ciudad de Quito; y Telmo Nelson Chávez Sevilla de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. 0600951552, de estado civil casado, de 59 años de edad, domiciliado en esta ciudad de Ouito. CUAR-TO: Teoría del caso De la Fiscalía. La Dra. Ruth Palacios Brito, en su primera intervención manifestó que en abril del 2012 se constituye un consorcio para la vivienda de interés social denominado Virgen del Quinche, para lo cual se establecieron los estatutos pertinentes, entre ellos, reunir una cantidad de dinero para comprar un terreno y a la postre construir viviendas, es así que, 15 días después se compra unos lotes de terreno; que la misión específica que tenía la directiva elegida en ese entonces, consistía en recaudar el dinero para pagar exclusivamente la hipoteca del terreno, que dentro de las elecciones de dirigentes se elige a los señores Adriana Rubí Vaca Ruíz como presidenta y Telmo

Nelson Chávez Sevilla como tesorero, quienes luego de una primera gestión que la realizaron en el año 2006, son reelectos en enero del 2007, dentro de esta nueva administración comienza a notarse ciertas irregularidades, empezando a desaparecer en las reuniones y no había quien dirija el consorcio, es así que, los asociados se auto convocaron para elegir una nueva directiva para afrontar los problemas legales, como el de un remate que no se había notificado a la asamblea, luego comienza a aparecer retiros de dinero que no eran destinados para el pago de la hipoteca, por lo que ha comenzado a reclamar a los hoy acusados sobre estos hechos, mismos que luego han desaparecido por completo. **De la Acusación Particular**. El Dr. Alex Bonifaz, a nombre de la acusación particular manifestó que en abril del 2002 se constituye un consorcio denominado "Consorcio para la vivienda de interés social Virgen del Quinche", que era conformado por personas de bajo recursos económicos y su finalidad principal era comprar un terreno para construir viviendas, para lo cual los socios depositaron su confianza en los directivos, es así que, en los años 2007 a 2009 se nombra como directivos a los acusados Andrea Rubí Vaca Ruíz como presidenta y Telmo Nelson Chávez Sevilla como tesorero, quienes tenían la obligación de acudir a la Cooperativa Alianza del Valle a registrar sus firmas y rúbricas para que los socios empiecen a depositar las cuotas, en vistas de que el 16 de abril del 2002 compraron un terreno con hipoteca a la señora Emma Izurieta, entonces las facultades y atribuciones que tenían los acusados, en sus calidades de directivos, era la de pagar exclusivamente la hipoteca del terreno adquirido dentro del periodo de administración, lo cual no es cumplido por parte de los acusados, por lo que se ha instaurado un juico ejecutivo en el Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, por parte de los vendedores, por tal razón se ha emitido una orden de embargo, ante la desesperación de que sea embargado el terreno, los socios comienzan a depositar individualmente diferentes cantidades de dinero con la finalidad de salvar el inmueble, de todas maneras la sentencia ha sido desfavorable para el consorcio, porque en esa época los hoy acusados que efectivamente comparecieron al juicio no pudieron justificaron los pagos realizados a los acreedor y se da inicio al remate. **De** la Defensa. El Dr. Nelson Moya, a nombre de los acusados expreso que va a justificar que de acuerdo a los estatutos de la Cooperativa Virgen del Quinche, el señor Telmo Chávez fue nombrado tesorero





para manejar toda la parte económica de la asociación y que tanto Telmo Chávez como Rubí Vaca tenían que firmar los respectivos comprobantes para poder retirar los dineros e invertir en la cooperativa, que en los estatutos consta las obligación del tesorero y del presidente, los cuales debía manejar toda la parte económica, no solamente los dineros ingresados para el pago de los terrenos, sino también para cubrir todos los gastos que demanda la asociación, pagos como para la instalación de la luz eléctrica, instalación en casas de los asociados, pagos para la apertura de caminos para la asociación, pagos a los abogados de la defensa de la asociación, pagos de las comisiones que realizaban los diferentes socios, entre otros, y no para que manejen exclusivamente los dineros para pagar la compra de los terrenos. QUINTO: La prueba regla fundamental general del debido proceso, dentro del sistema penal acusatorio, es que la prueba debe ser producida en la etapa del juicio ante el Tribunal Penal competente (Art. 79 del Código de Procedimiento Penal). El objeto de la prueba es demostrar todos los hechos y circunstancias relacionados con el caso y ayudar al correcto esclarecimiento de la verdad (Art. 84, *ibídem*). La legalidad de la prueba queda lograda, si la misma ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada procesalmente, conforme a las disposiciones del Código Adjetivo Penal (Art. 83, ibidem). La prueba tiene como finalidad establecer tanto la existencia material de la infracción punible como la responsabilidad penal del acusado (Art. 85, *ibídem*). En la apreciación y valoración de la prueba producida en la audiencia, el Tribunal debe sujetarse a las reglas de la sana crítica, especial circunstancia que se encuentra garantizada y guarda armonía con el precepto del art. 168 numeral 1 de la Constitución de la República que consagra la independencia de los órganos de la Función Judicial en el ejercicio de sus deberes y atribuciones; y, el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la apreciación de la prueba. SEXTO: De la Fiscalía y Acusación Particular. Con el objeto de comprobar la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, la señora Fiscal y la Acusación Fiscal, en la audiencia de juicio introdujeron como prueba lo siguiente: Testimonio de la acusadora particular Zoila Carmela Rodríguez Paredes, quien juramentada en legal y debida forma manifestó que, en el año 2002 se ha conformado un Consorcio denominado Virgen del Quinche, de la que es socia, que la finalidad de esta asociación era la de comprar una extensión de terreno

a la señora Emma Izurieta, a la que han quedado de pagarle por letras de 1.5000 dólares (sic), los cuales iban depositando en la cuenta de la coopera Alianza del Valle para que se pague solo el terreno, luego nombraron otra directiva conformada por los hoy acusados para que de la Cooperativa Alianza del Valle paguen las cuotas, posterior en el año 2007, cuando se ha cumplido el período de ellos, han vuelto a hacer una asamblea y les han reelegido para el período del 2007 al 2009, en ese periodo el señor Telmo Chávez ya no iba a las sesiones, luego ha comenzado a ausentarse la señora Rubí Vaca, a los otros miembros de la directiva les pedían informen donde estaban los señores, pero no han tenido información y que inclusive la señora Rubí Vaca vivía ahí, luego ya no, se ha enterado que se ha ido a vivir en Cuenca, sin haber retornado, han seguido yendo a la asamblea general, pero como no había directivos ha llegado la noticia que el terreno estaba embargado, ante lo que se han asombrado porque estaban pagando; que no sabían si la señora Emma Izurieta estaba cobrando, pero luego ellos han fallecido y los herederos de la señora han estado siguiendo el juicio, en esas circunstancias debían salir del lugar, en la asamblea han visto la forma de pagar, han buscado llenar la directiva, en sesión le han mocionado a ella, asumiendo la dirección del consorcio, al recibir el nombramiento ha ido al Juzgado Civil para ver si era verdad que estaban embargados, lo que ha sido ratificado por el Juez, a los 15 días se han reunido nuevamente en sesión, los hoy acusados no han entregado ningún documento de su gestión; que el dinero de los depósitos que realizaban en la Alianza del Valle, era exclusivamente para pagar el terreno y que para otras gastos ponían cuotas aparte del depósito; que no han perdido los terrenos y que en la sesión han decidido volver a depositar las cuotas en la Cooperativa Alianza del Valle, pues habían negociado con los herederos y han pagado 4 cuotas de 4.200, han pagado el embargo y la hipoteca. A las preguntas del Dr. Moya, declaró que en septiembre del 2009 fue nombrada como Presidenta de la Asociación Virgen del Quinche; que Telmo Chávez y Rubí Vaca fueron nombrados como tesorero y presidenta respectivamente, el 22 de enero del 2006, sin recordar bien la fecha; que con el acta de 22 de enero del 2006 a las 11H00, fueron nombrados los hoy acusados para ejercer el periodo durante un año, esto es hasta el 2007; que la Asociación Virgen del Quinche dispone de estatutos, donde se establece las funciones que deben desempeñar la



presidenta y tesorero del Consorcio Virgen del Quinche, siendo las funciones de la presidenta pagar las deudas por los terrenos y ningún pago más y que el tesorero igualmente tenía que pagar con los dineros de las libretas de ahorros los terrenos; que el Dr. Washington Pilco fue el abogado que les asesoró para comprar los terrenos; que en la asociación no tenían gastos, pero que para algún gasto pequeño la organización ponía aparte, sea un dólar o más; que la carretera tuvieron cuando compraron el terreno y solo hacían la limpieza por lo que pagaban en ese momento la cantidad de cinco dólares cada uno de los socios; que en la administración de hoy acusados solo tenían alambres puestos, no tenían luz en los domicilios, no tenían redes eléctricas, como tenían el embargo no tenían obras, que ahora van a luchar para obtener servicios; que antes de los hoy acusados eran presidenta y tesorero los señores Amada Mancero y César León respectivamente, quienes iban pagando lo que los socios depositaban, los hoy acusados debían continuar y no lo hicieron; que en la Asociación Virgen del Quinche no reposa el movimiento económico de la anterior directiva, a la de los hoy acusados, ni la documentación de la gestión realizada por los acusados, habiendo empezado de cero; que el peritaje se hizo en base a documentos obtenidos en la Cooperativa Alianza del Valle donde se han encontrado con la libreta vacía, pues se sacado todo el dinero, por lo que contrataron un abogado para salvar el terreno, tenido que hacer una auditoría para saber dónde estaba el dinero; que a los Drs. Ruiz y Washington Pilco si les han pagado sus honorarios, dinero que era recogido en la organización para pagar a los abogados; que para lo que debían pagar ponían dineros aparte, no han ocupado los dineros de la Cooperativa Alianza del Valle; que en la asamblea han decidido poner los dineros solo para el pago de terrenos, añadiendo que no les han dejado un solo papel, han comenzado de cero y que la misma debe haber porque fue aprobada por la asamblea general, sin embargo insiste en que no les dejaron un solo papel; que si se ha llegado a rematar los terrenos de la asociación; que los señores Victoriano Granda, era el secretario y Aníbal Hurtado, era segundo representante, sin saber cuáles dispondrán de las copias de los retiros de los dineros de la Cooperativa Alianza del Valle; que en la actualidad ya se encuentran algunos compañeros residiendo en la Cooperativa Virgen del Quinche, que ya se terminó de pagar la deuda de los terrenos por los que se siguió el juicio en el Juzgado Octavo de lo Civil de

Pichincha y que hasta ahora tienen una escritura global y que una vez que acabaran de pagar debían levantar la hipoteca, para luego legalizar las tierras; que sobres los terrenos no tiene escritura de compraventa y no lo podían tener nadie porque el terreno estaba embargado; que sobre todo el terreno si existe escritura en el Registro de la Propiedad y que por el saldo deudor quedaron hipotecados los terrenos a favor de los vendedores. A las aclaraciones solicitadas por el Tribunal manifestó que 107 personas fueron los socios fundadores en el año 2002 de la Asociación, siendo la primera Directiva la señora Amada Mancera, el señor Inca, el señor Fausto Núñez y Fausto León, quienes han permanecido hasta el 2006, luego hubo una directiva intermedia que no han aceptado y no han hecho nada, luego entraron los hoy acusados que han permanecido hasta el 2007, siendo reelegidos hasta el 2009; que la cuenta en la Cooperativa Alianza del Valle antes de los hoy acusados había como comité, no como consorcio, donde los socios hacían los depósitos; que una vez realizado el depósito por cada uno de los socios, los hoy acusados debían sacar el dinero para pagar el terreno, debían pagar 950 por socio, los comprobantes originales entregaban a la directiva; que los señores Victoriano Granda y Aníbal Hurtado no tenían autorización para sacar dineros de la Cooperativa, quienes eran socios; que la acusada no era socia de la cooperativa, sino su esposo y que el acusado si era socio, quien jamás ha dado informe sobre el trámite y que como no tienen papeles no podían saber cuánto habían pagado; que a la deponente la directiva anterior no le ha dejado ninguna cantidad de dinero; que en septiembre del 2011 acabaron de pagar los terrenos; que las copias de los depósitos se guardaban ellos, en tanto que los originales entregaban a la directiva. Testimonio del señor Lic. Pablo Rodrigo Montoya Llerena, quien juramentado en legal y debida forma declaró al Tribunal que, es contador público, y perito desde el año 2006, también se ha desempeñado como auditor. Respecto del presente caso manifestó que ha sido designado para realizar una experticia sobre documentos y registros contables del Consorcio Virgen del Quinche y establecer posibles monto de perjuicios, ha podido determinar que los socios depositaban dinero en la cuenta que han abierto para reunir dinero y pagar una hipoteca de unos terrenos que iban a comprar, que de esa cuenta en el lapso que han actuado los hoy acusado han retirado la suma de 36.584 dólares, que de acuerdo información proporcionada a





personeros de la Cooperativa Alianza del Valle, los únicos autorizado para hacer el retiro eran los hoy acusados, y que de los 36.584 dólares han consignado 25.000 dólares en el juzgado respecto de la hipoteca, estableciéndose una diferencia que no se ha justifica ni con registros y documentos; que ha pedido información a la denunciante y al abogado patrocinador; que en la Cooperativa Alianza del Valle le presentaron 14 comprobantes de retiro, en los que consta la firma de los hoy acusados; que no ha tomado ningún contacto con los acusados. A las preguntas del Dr. Nelson Moya, declaró que ha realizado una experticia de la documentación contable; que el movimiento económico de acuerdo a lo que se manejó en la cuenta de ahorro es lo que se ésta denunciado, eso forma parte del movimiento bancario; que el análisis consistió del dinero que constaba en la cuenta de ahorros de la Cooperativa Alianza del Valle creada por el Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche; que en el presenta caso existía únicamente el movimiento bancario; que la solicitud de la experticia consistía en revisar la documentación contable relativa al movimiento económico de la cuenta abierta por el Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, en la Cooperativa Alianza del Valle, los elementos de juicio son los movimientos económicos proporcionado por el banco, información dada por la denunciante y el abogado patrocinador y toda la documentación proporcionada; que efectivamente concurrió a la Cooperativa Alianza del Valle, para hacer su experticia, donde no ha tenido acceso a los documentos originales de la Cooperativa, que el expediente para su experticia fue proporcionado por los personeros de la Cooperativa Alianza del Valle; que su experticia es total a los documentos que se le ha proporcionado, sin poder irse más allá de lo que le han proporcionado. A la aclaración solicitada por el Tribunal declaró que la cuenta examinada es la nro. 403-02-001399-5 denominada Consorcio para la Vivienda de Interés Social Virgen del Quinche; que el análisis económico financiero lo realizó desde el 13 de julio del 2006 fecha de apertura hasta el 25 de septiembre del 2009, que no tiene cuantificado el número de depósitos, ni el monto global de los depósitos, llegando a establecer la cantidad de 36.584.00 dólares por el monto de los retiros, en el número de 14 papeletas, donde constan las firmas de los hoy acusados; que los retiros se los hizo en efectivo, por diferentes cantidades y en diferentes fechas; que ha analizado el destino de los dineros y que ha hecho constar en su informe que 25.000

dólares están consignados en el Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha dentro del juicio ejecutivo que se tramita, donde se han consignado valores en distintas cantidades, dineros que han egresado de dos cuentas, dinero que ha sido consignado por los hoy acusados; que la diferencia de 11.584 no han sido justificados, pues no se han presentado documentos que permitan establecer el destino de los mismos; que no se ha entrevistado con los hoy acusados para poder tener información; que ha llegado a las conclusiones que obran de su informe; que los retiros se los debía hacer con firmas conjuntas y que así consta en las papeletas; que en el Juzgado se ha consignado 9.000 dólares el 5 de marzo, el 5 de agosto por 8.500 dólares con cargo a la cuenta analizada y los 1200 con cargo a otra cuenta y que para este análisis cuenta los 8500 y el 10 de enero retiran 7500; que la cuenta se apertura en el año 2006 que ha iniciado con un saldo de 0. Testimonio del Policía Jaime Patricio Ayala Tumipamba, quien juramentado en legal y debida forma manifestó que, por disposición de fiscalía procedió a tomar versiones, así como también realizó el reconocimiento del lugar de los hechos. Respecto a la primera diligencia señaló que ha receptado versiones de cinco personas que eran socios de un consorcio de vivienda denominada Virgen del Quinche, quienes han manifestado que adquirieron unos terrenos, que habían depositado un dinero en la cuenta de ahorros de la señora que era presidenta. Con respecto al reconocimiento del lugar de los hechos, indicó que era de tercer orden, no había nada, diligencia practicado el 15 de diciembre del 2010 y que no existía ninguna obra en el lugar. A las preguntas del Dr. Bonifáz, declaró que no ha medido los terrenos, mismos que no contaban con los servicios básicos. A las preguntas del Dr. Nelson Moya, declaró que la presidenta del Consorcio le ha indicado que Telmo Chávez y Rubí Vaca eran tesorero y presidenta respectivamente, quienes no han estado presentes en el momento de la diligencia; que en el lugar no había un medidor trifásico de energía eléctrica, pues ha tomado solo fotos de los terrenos. A las aclaración solicitada por el Tribunal manifestó que en la inspección del lugar de los hechos, observó unas casas rústicas, lugar que está ubicado en La Magdalena, barrio San Luis Alto, al sur de esta ciudad de Quito. Testimonio del señor Walter Aníbal Hurtado Gallardo, quien juramentado en legal y debida forma manifestó que, fue directivo del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, junto con los hoy acusados, fue segundo



representante, que se apertura una cuenta de ahorro en la Cooperativa Alianza del Valle, siendo los titulares los hoy acusados, quienes debían manejar la cuenta en forma conjunta; que la cuenta se abrió exclusivamente para pagar los terrenos, situación que se ha decidido en asamblea, pues los gastos pequeños se paga a través de aportes pequeños hechos por los socios, recursos que eran manejados por el hoy acusado; que de los gastos internos había una cuota mensual de 2 o 3 dólares aproximadamente, que durante la administración en la que ha sido directivo (2006 al 2007) no se ha presentado ninguna irregularidad, en el periodo 2007 al 2009 en que han sido reelectos, se realizó un depósito de 9700 dólares; que la cuenta del comité se creó al comienzo de la organización y que la otra cuenta comienza en el 2006 cuando se formó la directiva; que la primera cuenta la manejaba el que declara con el señor Granda Victoriano; que en la segunda administración les seguían juicios los herederos de la señora Izurieta, han averiguado porque no se pagó, solicitado a Telmo Chávez la libreta para verificar cuánto dinero había, negándose a tal pedido, aduciendo que cuida los intereses de ellos, que estaba enfermo y que no podía dar informar de nada, cuando le solicitaron la libreta ya no ha comenzado a ir a las asambleas, en tanto que a la señora Vaca le han solicitado informe de la cuenta y les indique donde estaba el señor Chávez, respondiéndoles que estaba enfermo y después se ha ido a vivir a Cuenca; luego de que los acusados desaparecieron, siguió el juicio, preocupados porque iba el embargo, han formado otra directiva para salvar el terreno y han elegido a la señora Zoila Rodríguez; que como no tenían ninguna información han acudido a la Cooperativa Alianza del Valle; que la documentación del consorcio la manejaba el señor Victoriano Granda; que como segundo representante acompañaba en las asambleas, unas 2 veces acompañó hacer los depósitos en el juzgado; que la documentación y respaldos económicos los manejaba el señor Chávez; que el bien inmueble que estaban comprando logaron rescatarlo, la deuda ha sido de 82 mil dólares y terminaron pagando algo más de 150.000 dólares. A las preguntas del Dr. Bonifaz, declaró que la libreta de ahorros era custodiada por los hoy acusados, quienes eran los únicos que podían retirar los dineros de la Cooperativa; que al él no le dejaron ninguna documentación, se han llevado toda. A las preguntas del Dr. Nelson Moya, declaró que no se ha reunido con la señora Fiscal ni con el abogado de la acusación particular; que se

han abierto dos cuentas una a nombre del comité Pro mejoras Virgen del Quinche, la que no se ha cerrado pues ha estado a su nombre y la de su compañero, valores que no se han sido transferido a la asociación Virgen del Quinche y que se ha retirado 8.500 dólares y la otra cuenta estaba a nombre del Consorcio para la Vivienda Virgen del Quinche; con el señor Chávez, Vaca, Granda y su personas se han dirigido a realizar los retiros y posterior el pago en el juzgado; que el único respaldo del depósito del dinero era el recibo que les otorgaba la Cooperativa Alianza del Valle; que al perito contable le ha entregado la documentación que ha solicitado, sin recordar bien y que los mismos deben estar adjuntados a la auditoría; que en los terrenos de la asociación Virgen del Quinche hay un medidor, pero desconoce si es trifásico, medidor que se adquirido a través de las aportaciones mensuales que hacían los socios; que los pagos del medidor no lo realzó el que declara, desconociendo si lo realizó la señora Rubí Vaca; que sí existe un medidor de agua, que debió ser pagada con los aportes mensuales de todos los socios; que los documentos de los pagos debe tener los hoy acusadas; que no se ha recabado documentación de la señora Vaca, quien se la llevó y no dejó a nadie; que el señor Victoriano Granda debe tener un libro de actas, porque en esa época fue secretario y no sabe si lo tiene o no; que desconoce si se contrató una máquina para limpiar los terrenos virgen del Quinche; que los hoy acusados en su periodo sí contrataron abogados para la defensa de la asociación, entre ellos al Dr. Fabián Salvador, al que no le pagaron ningún dinero porque no han dejado que asuma la defensa y eso lo ha hecho el hoy acusado que ha sido el protagonista para que abandone el caso; que también han intervenido el Dr. Manuel Silva y que el Dr. Washington Pilco en su período no tuvo nada que ver, sin conocer si intervino otro abogado; que al Dr. Manuel Silva se ha hecho cargo para ayudarles y han percatado el pago en 150 dólares que no sabe si pagaron o no; que desconoce qué documentos nomás pediría el perito, pues no era directivo en ese momento; que fue parte de la directiva desde el 2006 al 2007 y fueron reelectos del 2007 al 2009; que la directiva abandonaron en el 2008 no ha llegado a culminar su periodo, desconociendo cuales fueron los documentos entregados para el peritaje contable; que en el año 2008 se reelige la directiva porque han estado abandonados por la no presencia de los hoy acusados, y como ese iba a embargar el terreno se vieron en la obligación de nombrar





nueva directiva; que desconoce la fecha exacta en que fueron nombrados los señores Rubí Vaca y Telmo Chávez, pero que para él fue en el mes de junio. A las aclaraciones solicitadas por parte del Tribunal declaró que la cuenta del consorcio se abre en el 2006 en virtud de la elección de ellos, única y exclusivamente para pagar lo terrenos, lo que se ha acordado en acta de una asamblea de los socios y que los demás gastos se hacía de una cuenta que manejaba por el hoy acusado; que si fue por una ocasión una máquina para limpiar los terrenos y que les han pedido dinero para pagar quienes han estado presente, les pidieron como 10 dólares; que los documentos en cuanto al movimiento económico lo tenía el hoy acusado y el señor Victoriano Granda manejaba el libro de actas, sin conocer si él manejaba documentos contables; que si mal no recuerda en la fecha en que se reelige a la directiva se decide abrir la cuenta. A la segunda comparecencia a rendir testimonio ante el Tribunal manifestó que en el periodo de los acusados, era el segundo representante; que no le han entregado ningún dinero para hacer pagos en el Juzgado ya que los mismos lo realizaba el señor Telmo Chávez, pero que si le acompaño por dos o tres ocasiones a cancelar el dinero en el juzgado; que el 26 de mayo del 2004 se realizó un contrato con la EMOP, fecha en la que no existía la cuenta de ahorros del consorcio, por lo que el dinero de esta cuenta no era destinado para hacer mejoras; que el objetivo primordial de ellos era salvar los terrenos del embrago; que no recuerda si se ha realizado otras gestiones para el consorcio; que desconoce sobre la compra de bloques en los terrenos; que en la gestión de ellos no contrataron ningún topógrafo, ni trazaron el terreno, ni se pusieron mojones. A las preguntas del Dr. Nelson Moya declaró que el enfoque de ellos como directivos era parar el embrago que tenían los terrenos; que desconoce que ellos les ha contratado para comprar terrenos. Testimonio del señor Angel Humberto Sánchez Guamarica, quien juramentado en legal forma declaró que, conoció a los acusados, quienes eran directivos del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, que el señor Telmo Chávez como hablaba de religión le ha pedido le dé cancelando un dinero en la cooperativa, para lo cual le entregó 35 dólares pero nunca le ha dado el recibo ni le ha regresado el dinero; que la señora Rubí Vaca le exigía que pague a la asociación, pero como él no tenía dinero, le ha dicho si tenía algún artefacto, a lo que le ha manifestado que tenía una máquina de coser, pidiéndole la misma para ella ir

a depositar las cuotas en su nombre, pero nunca le dio los recibos, al poco tiempo se ha desparecido; que los dineros los depositaban en la Cooperativa Alianza del Valle. A las pregunta del Dr. Nelson Moya, declaró que en la Cooperativa Alianza del Valle ha depositado su compañera 950 dólares; que cuando se pedía para algunas cosas entregaban otros valores; que los terrenos de la asociación no tiene medidor de luz, hay ahora luz eléctrica porque todos los que viven en la lotización han hecho un solicitud, sin que les hayan dado medidor; que no existe medidor de agua potable; que no recuerda si subiría una máquina a hacer trabajos en la asociación; que tampoco existe agua potable en la Asociación; que si entregaron dineros para la instalación de luz eléctrica, valores que no sabe quién lo recogió; que es socio fundador de la asociación Virgen del Quinche, donde tiene una medida agua y vive con su familia; que los hoy acusados como presidenta y tesorero fueron nombrados en el año 2006 sin recordar por un año o año y medio Como prueba documental la Dra. Ruth Castillo, introdujo: la escritura de constitución de consorcio; escritura de compra-venta y mutuo hipotecario de 16 de abril del 2002, misma que es impugnada por la defensa por no constar el registro de inscripción del Registro de la Propiedad; la protocolización de la elección de los acusados Rubí Vaca y Telmo Chávez, como directivos del Consorcio; la protocolización del documento en que se realiza la reelección de los señores Vaca y Chávez como directivos del Consorcio; la libreta de ahorros de la Cooperativa Alianza del Valle, la misma que es objetada por cuanto son documentos en el que constan depósitos en la que no consta como representante el señor Telmo Chávez, además de no tener certificación alguna por lo que carecen de eficacia legal; la protocolización ante el cambio de directiva por el abandono de quienes figuraban como directiva; informe pericial emitido por el Lcdo. Montoya, objetada por la defensa a excepción del informe pericial que consta con firma original y sello de fiscalía, pero impugna el resto de documentos por ser simples copias Xerox; y, el parte informativo elaborado por el Sargento de Policía Jaime Ayala, respecto al que cual la defensa impugna los documentos que constan como anexos. Por su parte la acusación particular presentó como prueba documental: copias certificadas del juicio ejecutivo nro. 585 del Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, instaurado por los herederos de la señora Izurieta, dentro del cual se refirió específicamente lo que agrega, es



así que, de fs. 1 a 4 introduce las cuatro letras de cambio con las que se justifica el crédito por el valor de 82.000 dólares; en el cuerpo uno de fs. 68 y 72, la providencia y acta de embargo; de fs. 66 el certificado del Registro de la Propiedad que acreditación la compra-venta; de fs. 125 los abonos que ha hecho la acusada Rubí Vaca y el señor Telmo Chávez dentro del proceso; de fs. 148 los abonos realizados por 9.700 dólares, de fs. 172 los abonos de 7.500. **SÉPTIMO: De la Defensa.** El Dr. Nelson Moya, abogado defensor, a nombre de la acusada Adriana Rubí Vaca Ruiz, presentó la siguiente prueba: Testimonio de su defendida ADRIANA RUBI VACA RUIZ, quien juramentada porque ha sido su voluntad declaró al Tribunal que, empezó en el cargo de presidenta del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche el 06 de enero del 2006, porque no había quien se haga cargo, en la situación que se hallaba el Consorcio, pues la directiva anterior tenían un desfalco, no habían pagado, ahí le han elegido, asumiendo el cargo sin nada a cambio, han abierto la cuenta en Alianza del Valle; que los terrenos tenían muchos problemas, tenían un letrero donde decía que no podían construir, pero como la gente ya quería vivir, han comenzado a construir covachas, y como no había servicios básico se ha dirigido a la empresa eléctrica, donde le facilitaron medidores trifásico, cobrándoles el cable que era de unos 150 metros para llevar la energía y cojan un medidor cada uno y vayan a pagar en la empresa eléctrica, les han fijado una cuota, tampoco tenían agua y que nunca le han dado algo para que ande, han caminado con gente que ha acudido a la audiencia, que había que hacer topografías, mojones, hacían las sesiones a la intemperie en una cancha, ante lo que han decidido comprar unos bloques para construir una casa barrial; que el sitio donde se encuentra ubicado el terrenos era un área ecológica, por lo que el Municipio no les dejaba construir, razón por la cual contrataron abogados para que les asesoren y les ayuden; que en ningún momento le han dejado dinero para que ande y que son terrenos que necesitaban estar constantemente con abogado porque tenían un juicio de embargo; que en la asamblea a veces no había cuórum, había pocas personas, a ella le tocaba andar, ellos ha sido una de las personas que vivían ahí, su esposo ha sido socio y como le han dado el pase a Cuenca se ha ido con su familia a vivir en esa ciudad; que ella se ponía en contacto con don Telmo, que ella hacia la asamblea sin el señor Chávez porque estaba enfermo no concurría y cuando iba la gente le

acosaba, subía con una persona que le acompañaba, daba sus informes; que a la casa del señor Telmo le han ido a hacer un escándalo y el señor les ha dado la libreta, porque le han ido a agredir, sin permitirle que lo entregue en asamblea, que jamás ha tocado la libreta; que su ayuda ha sido desinteresada mientras ha estado ahí; que han abierto el camino, porque ha sido camino de herradura, para lo cual pagaron maquinaria y le han hecho llegar hasta arriba, han hecho una cuchara y que todos esos trabajos cuestan y que no tenía ella para pagar de su bolsillo; que han pagado de los terrenos, lo que los socios podían depositar, que con las amenazas ya no ha ido arriba; que no ha salido a escondidas, ha salido despidiéndose de sus vecinos, agradeciéndoles; que nunca ha topado ningún dinero, ni la libreta y que únicamente firmaba, además que los socios del Consorcio les acompañaban a hacer los trámites y que nunca iba sola; que fue elegida por un año del 2006 al 2007 luego han hecho otra asamblea y les han reelegido porque han estado trabajando bien, habiéndose desempeñado como presidenta hasta junio del 2008; que han realizado gastos entre ellos han pagado a un topógrafo para que les haga una topografía del terreno; han gastado 1.750 dólares para mojonear, han comprado bloque para hacer una casa barrial; han puesto agua por lo que han comprado manguera; que en el Municipio también han gastado para que no le den trámite al área ecológica; que el Dr. Silva les ha ayudado y caminado bastante, les ha ayudado en el Juzgado Civil, se ha gastado abriendo el camino, han hechos unas canchas, entre otras obras; que para la instalación de la energía eléctrica han debido hacer pagos, porque el cable ha sido caro, también han realizado pagos para la acometida del agua; que el abogado que primero les ha ayudó ha sido el Dr. Manuel Salvador, a quien pagaron los respectivos honorarios, así como al Dr. Washington Pilco y al Dr. Manuel Silva; que cuando se dirigía a las realizar los respectivos tramites ella pagaba los pasajes de quienes le acompañaban y les daba el almuerzo; que los dineros no eran solo para los terrenos y que incluso el señor Walter Hurtado utilizaba el dinero porque no tenían dinero para pagar los gastos; que las personas que le acompañaban a retirar los dineros eran Telmo Chávez, Aníbal Hurtado, señor Granda, Zoila Rodríguez, Cesar León, entre otros; que nunca ha topado un centavo peor la libreta, que muchas veces quien retiraba el dinero era el señor Aníbal Hurtado y como tenía moto se adelantaba al Banco de Fomento para hacer los retiros





fuertes, siendo quien recibía los dineros; que el señor Victoriano Granda también tenía los documentos de la Cooperativa y los documentos de los gastos que han hecho; que el señor que hizo la contabilidad jamás ha concurrido a pedirle documentos para hacer la pericia. Al contra interrogatorio por parte de la señora Fiscal declaró que el señor Chávez ha señalado que le han ido a quitar los documentos, comprendiendo que se trataba de la libreta de ahorros; que la empresa eléctrica le ha dado los documentos de los tramites que hacía, pero recibos de los pagos no le dieron; que el señor Granda tenía los documentos; que ha actuado hasta junio del 2008 como representante del Consorcio; que las emergencias consistía en que el terreno era una área ecológica, tenían necesidad de agua, luz, habilitar el camino; que la libreta no solo era de su responsabilidad, porque cuando iban a hacer trámites no se iban solos y que para hacer los retiros firmaban la que declara y el señor Telmo Chávez. A la aclaración solicitada por el Tribunal declaró que al topógrafo le cobraba 1.400 dólares, en la casa comunal gastaron 500 dólares, para el cable de luz 180 dólares, pero con el poste pagaron 400 dólares, para la instalación del agua unos 200 dólares, la multa en el Municipio lo pagaron por partes, tal como 200, 100, para la máquina que abra el camino 800 dólares, para hacer las canchas 120 dólares, a los abogados les pagaban indistintamente en diferentes tiempos y cantidad, sin tener una cantidad fija, sino que iban pagando conforme iban trabajando, pagos de los que los documentos tiene el señor Victoriano Granda; que cuando han terminado el ejercicio de la directiva no han entregado ningún documento; que cuando el señor Telmo Chávez iba anotando en un cuaderno lo que se iba gastando y les daban recibos, que iba adjuntando el señor Victoriano Granda, quien tenía todos los documentos; que cuando se han hecho cargo de la presidencia y tesorería, lo emergente era pagar, arreglar con los herederos, quienes no querían saber nada porque ya les habían que dado mal. Testimonio de la señora Fanny Yolanda Troya Gavidia, quien juramentada en legal forma declaró que, conoce a la señora Rubí Vaca por el tiempo de dos años, durante el cual ha demostrado responsabilidad, honestidad, es un apersona trabajadora y respetuosa con los demás, que nunca ha tenido problemas con la justicia. Testimonio del señor Luis Humberto Flores Flores, quien juramentado en legal forma manifestó que, conoce a la señora Rubí Vaca por el tiempo de dos años, durante el cual ha

demostrado ser una persona honorable, honrada, trabajadora, respetuosa de las demás personas, que no conoce que la señora ha tenido algún problema con la justicia. Como prueba documental a favor de la acusada Adriana Vaca Ruiz, presentó: certificados de antecedentes penales conferidos por los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, de los que se desprende que a más del presente juicio no tiene otra causa penal; dos protocolizaciones de actas de la asamblea general del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche; escritura de 22 de enero del 2006, en donde consta la emisión de la señora Rubí Vaca y Telmo Chávez como dirigentes, en especial el segundo inciso del numeral tres; el acta de asamblea de 03 de agosto del 2008, así como el contenido del inciso siete del numeral cinco de la mencionada acta. El Dr. Nelson Moya, Abogado defensor, a nombre del acusado Telmo Nelson Chávez Sevilla, presentó la siguiente prueba: Testimonio de su defendido TEL-MO NELSON CHÁVEZ SEVILLA, quien juramentado por que ha sido su voluntad declaró al Tribunal que, es socio fundador del Consorcio de vivienda Virgen del Quinche, comenzado con un señor Carlos Illescas quien ha hecho la lotización, cuando ya se ha organizado una directiva conformada por la señora Mancero, Fausto León y un señor Andino, quienes debían pagar una deuda a la señora Beatriz Izurieta, la cantidad de 80 mil dólares, por concepto de los terrenos, lo cual no ocurrió, ha habido un desfalco, al ver que había este problema, ya que solo han cancelado 25 mil dólares y el resto del dinero ha desaparecido, le ponen como tesorero de la lotización, al año de eso ha llegado la señora Rubí Vaca a vivir en el lugar, a ella le piden ser presidente y él tesorero, han formado la directiva, con el señor Aníbal Hurtado, Zoila Rodríguez, con quienes han ido a negociar con la señora Izurieta, quien falleció y quedaron a cargo los herederos, quienes supuestamente desconocían del embrago, lo que era mentira porque han estado embargados y ellos han ido a rogar les dé un plazo más para poder pagar el dinero, siendo así que han reunido poco a poco porque no todos pagaban, ahí les ponen el juicio de embargo en el Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, que los dineros pagaban por consignación del Banco de Fomento, quien llevaba los dineros era el señor Aníbal Hurtado porque él no podía debido a su enfermedad; luego se forma el comité de pro-mejoras y se reactiva la cuenta, formado por el señor Aníbal Hurtado como presidente y Victoriano Granda como



vicepresidente, quien ha sido el secretario todo el tiempo y llevaba todo la documentación de todos los trámites que se hacían; que la señora Zoila Rodríguez ha dicho que no hay luz, ni agua, lo que es falso, porque todos los tramites lo ha hecho ella; que a veces no había plata por lo que gastaba de su bolsillo; que los directivos de pro-mejoras han dado a los socios el número de la libreta de pro-mejoras para que depositen las cuotas allí, dinero que no sabe qué pasó; que ellos han hecho todo lo que necesitaban, que había un juicio en el Municipio, ha abandonado sus funciones desde el mes de enero o febrero y que ha mandado oficios por medio del Dr. Pilco sobre su calamidad domésticas; que no aflojaba la libreta porque los mismos socios le han dado la autorización que no afloje, porque dice ha habido una ocasión que el abogado Ruiz le ha querido quitar la libreta, ahí ha estado Victoriano Granda y un señor Calero; que los más cumplidos estaban en las reuniones; que un día han llegado a su casa unos 50 personas con machetes y palos y por no estar en problemas no ha iniciado una querella, solo ha manejado la libreta y que todos los documentos reposan en manos del señor Victoriano Granda; que todo lo que ha informado la señor Rubí Vaca ha sido la verdad; que a más de los pagos que realizaron en el Juzgado Octavo de lo Civil, hicieron otros gastos; que si han realizado pagos a un topógrafo; que existen los medidores de luz y agua potable, para cuyas instalaciones ha realizado las gestiones y pagos; que si ha realizado pagos a los abogados para que hagan las gestiones, primero al Dr. Washington Pilco, al Dr. Manuel Silva, al Dr. Salvador; que el señor Victoriano Granda tiene todos los documentos relativos a los gastos efectuados; que para hacer los trabajos y apertura del camino y limpieza han contratado una máquina y un operador, ahí también han realizado gastos; que también realizaron pagos de menor cuantía, tales como pasajes, cuyo respaldo de los gastos tiene el señor Victoriano Granda, quien era el Secretario y tenía en un cuaderno pegadas las papeletas de depósito, además de todos los papeles del Consorcio; que ha sido tesorero de la asociación Virgen del Quinche un año y unos meses más, porque luego ha caído enfermo y el médico le ha prohibido tener iras o sorpresas; que no han podido hacer la recuperación de los dineros de la anterior directiva; que el perito que realizó el peritaje no le ha solicitado ninguna información, ni documentación. Al contrainterrogatorio por parte de la señora Fiscal declaró no haber indicado que retiró dineros del

Banco de Fomento; que retiraban el dinero y entregaban al señor Aníbal Hurtado, quien era el encargado de responder de los mismos y que el último depósito lo realizó solo; que como se ha enfermado ha presentado dos o tres informes económicos en base a las asambleas que se hacía y de los gastos. A las preguntas del Dr. Bonifaz, declaró que no ha sido responsable de ningún cuaderno y que toda la documentación tenía el señor Granda. A las aclaraciones solicitada por el Tribunal declaró que al Dr. Pilco si le ha realizado los pagos, para poder hacer la escritura madre que se ha realizado con la señora Izurieta, pago que se le ha hecho en el 2002, sin recordar la fecha exacta; que al topógrafo le han pagado en el año 2007 por noviembre o diciembre; que la anterior administración dejo cero centavos y que ellos dejaron más o menos unos 500.00 dólares; que manejaban cerca de 35.000 dólares y que cuando ha salido ha quedado pagado 57.000 dólares; que los pagos los realizaron con la señora Zoila Rodríguez quien también les acompaña, Victoriano Granda, César León; que el señor Aníbal Hurtado hacían la consignación depositaban los dineros en el Banco de Fomento, de ahí cobraban los herederos; que los pagos por el agua potable lo realizaron en la Mariana de Jesús por el alcantarillado y medidor 150 dólares, pago que han realizado poco a poco; que los retiros de 500 y 600 dólares han sido retirados para el pago de maquinarias y topografía; que no recuerda en qué fecha hicieron los retiros para los pagos de agua y luz. Testimonio del señor William Fabián Zambrano Chávez, quien juramentado en legal forma manifestó que, conoce al señor Telmo Chávez por el tiempo de ocho años, que el mencionado señor ha demostrado ser una buena persona, honrada, trabajadora, respetuosa, que no conoce que ha tenido ningún problema con la justicia. Testimonio del señor Joselito Geovanny Bedoya Pacha, con cédula de ciudadanía nro. 1713439857, quien juramentado en legal forma manifestó que, conoce al señor Telmo Chávez por el tiempo de seis años, durante el cual ha demostrado ser una persona honorable, honrada, trabajadora, respetuosa de las demás personas y sus bienes, que no conoce que ha tenido ningún problema con la justicia. Como prueba documental a favor del acusado Telmo Chávez Sevilla, presento: certificados de antecedentes penales conferidos por los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha de los que se desprende que a más del presente juicio no tiene otra causa penal; dos certificaciones otorgadas por el Centro de Detención Provisional





de Pichincha, en relación a conducta ejemplar y de charlas religiosas a los internos. OCTAVO: El Debate. Concluida la etapa de la prueba, en la de debates: La Dra. Ruth Palacios, representante de la Fiscalía, manifestó que fiscalía ha demostrado una administración irresponsable de la cuenta que les fuera confiada a los hoy acusados, cuenta del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, misma que fue creada para la adquisición de terrenos; se ha demostrado que efectivamente la señora Rubí Vaca y Telmo Chávez fueron designados como presidente y secretario respectivamente para administrar la cuenta y dentro de sus obligaciones era la de reunir el dinero y pagar el valor de la compra del terreno, este compromiso no se ha cumplido, se ha demostrado una total irresponsabilidad de los acusados, quienes manifestaron en la audiencia que simplemente se dedicaron a retirar el dinero y entregar al señor Aníbal Hurtado, sin embargo del juicio civil se desprende que el pago hecho en el juzgado cuenta a nombre de los acusados; que de los testigos presentado se desprende que para las otras necesidades del consorcio los socios aportaban otras cantidades a parte de las cuotas para el terreno; que del peritaje contable se ha establecido el valor 36.000 dólares retirados para el pago del terreno, pero que del juicio civil se establece que se ha cancelado 25.000 dólares; que el señor Chávez ha manifestado que se realizaba pagos por medio del Banco de Fomento, situación que no ha comprobado; que el acusado Chávez manifestó que se ha ausentado de las reuniones de la asamblea por problemas de salud, situación que tampoco lo ha demostrado; que la acusada Vaca manifestó que Chávez tenía un cuaderno en donde apuntaba los gastos, pero este último expresó al Tribunal que jamás ha tenido ningún cuaderno; que los acusados manifestaron haber realizado varias obras en el Consorcio situación que fuera desmentido por los testigos, ya que los medidores de agua y luz se ha realizado en otras años al de la administración de los acusados, tanto más que los acusados no han presentado ningún documentos que desvirtúe el hecho; que no han podido justificar los documentos con los que presentaban sus informes; que Chávez manifestó que el dinero restante, 6.000 dólares, no sabe en dónde están, pero efectivamente los únicos que tenían la autorización de retirar eran Vaca y Chávez; que con la prueba presentada por Fiscalía se ha demostrado el delito de abuso de confianza, el cual tiene como elemento constitutivo el dolo, lo cual ha sido traducido por las contracciones

que han tenido los acusados, así como también la distracción, situación que se ha comprobado con el informe contable del cual se verifico el retiro de 36.000 dólares y que solamente se canceló el valor de 25.000 dólares, con lo cual se ha afectado a más de cien personas, quienes confiaron a los acusados sus dineros para que cancelen únicamente el terreno adquirido. En cuanto a la responsabilidad de la acusada Adriana Rubí Vaca Ruiz, manifestó que en su calidad de presidenta tenía la obligación retirar el dinero y pagar al banco, pago exclusivamente de los terrenos adquiridos por el Consorcio, lo cual no ha ocurrido. En cuanto al señor Telmo Chávez Sevilla, su responsabilidad ha sido comprobada por las contradicciones que han tenido en sus testimonios. Por lo que acusó a Adriana Rubí Vaca y Telmo Chávez Sevilla de ser autores responsables del delito abuso de confianza tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal. El Dr. Alex Bonifaz, Defensor de la Acusadora Particular, por su parte manifestó que se adhiere a lo expresado por fiscalía; señalando además que efectivamente existe contradicciones en los testimonios de los acusados, ya que del informe contable se ha determinado los ingresos del consorcio, mismos que eran destinados para cancelar la hipoteca del terreno adquirido por el Consorcio y que los acusados eran los únicos autorizados para retirar, pagos que no se ha realizado en su totalidad, existiendo un faltante de 11.000 dólares aproximadamente, mismo que no se ha justificado en dónde se encuentra; que con la prueba presentada por fiscalía se ha justificado la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados, por lo que solicitó se declare la culpabilidad a Telmo Chávez Sevilla y Adriana Vaca Ruiz, de ser autores del delito tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal. El Dr. Nelson Moya Abogado defensor de los acusados, manifestó que la defensa en su intervención inicial expresó que sus defendidos no tienen participación en el delito acusado por fiscalía y acusadora particular, que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito, y por simple lógica tampoco la responsabilidad, situación a la que ha llegado la defensa por cuanto los testigos que han rendido testimonio, manifestaron que efectivamente se realizó el informe pericial contable, pero que existe otros documentos que no se le ha entregado al perito para que realice la experticia, que el señor Aníbal Hurtado era el encargado de llevar esos documentos, quien no ha entregado al perito; que la señora Zoila Rodríguez ha manifestado que nunca existió resolución para que



manejen dineros solo para el pago de los terrenos, es decir, si no hay esa resolución como puede justificar la contraparte que sus defendidos fueron elegidos única y exclusivamente para manejar los dineros para el pago de los terrenos en el Banco del Pichincha; que se ha establecido que los acusados manejaron también otros dineros para gastos administrativos, para distintas gestiones que han realizado en el Municipio de Quito, quienes no les dejaban realizar construcciones por ser un terreno destinado para área ecológica; que se ha justificado también que pagaron a los abogados, lo cual significa que sus defendidos realizaron otros egresos de carácter económico que no fueron tomados en cuenta por el perito debido a que con total dolo no hicieron la entrega de estos documentos para hacer aparecer que solo lo pagado en el Banco del Pichincha lo hicieron ellos, en tanto que sus defendidos debían justificar los dineros que están en distintas obras de infraestructura como son: trabajos para esas instalaciones del agua potable, pago de la acometida, todo esto conlleva como obras para instalar el agua potable; luz eléctrica, acometida y pagos en la Empresa Eléctrica, pagos que comprende la instalación del medidor, la acometida, alambres, pago a los empleados de la Empresa Eléctrica para que realicen la respectiva instalación; un medidor fue retirado por falta de pago y posterior a eso sus defendidos instalaron nuevamente, de la misma manera los testigos de la Fiscalía manifestaron que se ha hecho todos estos pagos y no hay necesidad de que yo me refiera a lo que dicen los testigos respecto de dichos pagos; la señora Zoila Rodríguez llegó a manifestar igualmente tratando de perjudicar a sus clientes pese a que declaro bajo juramento que han llegado a rematar el terreno, lo cual es una contradicción y ella tendría que ser enjuiciada penalmente por el delito de perjurio, por lo que solicitó al Tribunal que se disponga enjuiciamiento penal por presunto delito de perjurio en contra de la señora Zoila Rodríguez; en lo que se refiere al perito Lic. Montoya, manifiesta que el peritaje lo realizó del 2006 al 2007, y que de acuerdo a testimonios de la contra parte llegaron a determinar que trabajaron y cumplieron sus funciones hasta el año 2008, efectivamente es hasta el 03 de agosto del 2008, que una vez más la defensa ha demostrado que el perito no ha realizado la pericia de todo el periodo que debió realizarse hasta el 03 de agosto del 2008, por lo tanto el peritaje es parcial, porque para determinar un faltante o un aprovechamiento de tierras que es de lo que se acusa a mis defendidos,

por lo tanto este peritaje no sirve para que este Tribunal sancione a mis defendidos como autores del delito de abuso de confianza; que según acta de Asamblea Extraordinaria del Consorcio para la vivienda de interés social Virgen del Quinche de 03 agosto del 2008, cuya escritura original fue adjuntada al proceso, entre los puntos a tratarse consta la elección del nuevo representante para completar el directorio 2008, 2009, 2010, 2011, dentro de la cual se hace constar que el señor Aníbal Hurtado informa respecto de la cancelación del dinero a la compradora de la cuenta del Banco del Pichincha, entonces se pregunta, por qué el perito no reviso los documentos realizados a través del Banco del Pichincha; que consta en esta acta que sus defendidos ya no formaban parte del directorio del consorcio; que en las actas no consta que sus defendidos hayan sido elegidos para realizar pagos en el juzgado de lo civil; que se ha justificado que los acusados si realizaron mejoras en las tierras lo cual el perito no tomo en consideración para su informe. Concluyó su intervención solicitando se ratifique el estado de inocencia de Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla NOVENO: Consideraciones del Tribunal. Doctrinariamente, la sana crítica es la calificación dada a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundamentarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad, fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundamentarse en el conocimiento y la razón que confía el legislador para la apreciación de las pruebas judiciales, salvo aquellos supuestos en que el juzgador no puede modificar la situación establecida o creada. Con fecha 1 de abril del 2002 se constituye el Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", de acuerdo a los estatutos ingresados como prueba por parte de Fiscalía. Se determina que los acusados Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla estuvieron desde el 22 de enero del 2006 hasta el 03 de agosto del 2008, como Presidenta y Tesorero, respectivamente, del Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", con los nombramientos debidamente introducidos como prueba por parte de Fiscalía, en ejercicio de sus funciones. Con el testimonio del Perito y Contador Público, Pablo Rodrigo Montoya Llerena, y en base a las copias de las papeletas de retiro de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle, desde el 13





de julio del 2006 hasta el 01 de julio del 2008, se determina que los acusados realizaron 26 retiros de dinero en diferentes cantidades por un total de \$36.548,00, las dos firmas necesariamente de Presidenta y Tesorero de manera conjunta, eran obligatorias para este movimiento bancario; verificándose además en el juicio ejecutivo nro. 0585-2005-WZ del Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, que se consignó, a favor de los herederos de la señora Emma Beatriz Izurieta Ugarte, el valor de 25.000,00; quedando un saldo no justificado por \$11.584,00. Con las copias certificadas del juicio ejecutivo nro. 585 del Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, instaurado por los herederos de la señora Izurieta, se determinó que a fs. 1 a 4 se encuentran cuatro letras de cambio con las que se justifica el crédito por el valor de 82.000 dólares; en el cuerpo uno de fs. 68 y 72 la providencia y acta de embargo; de fs. 66 el certificado del Registro de la Propiedad que acredita la compra-venta; de fs. 125 los abonos que ha hecho la acusada Rubí Vaca y el señor Telmo Chávez dentro del proceso; de fs. 148 abono realizados por 9.700 dólares, de fs. 172 abono de 7.500. Comprobada la materialidad de la infracción, nos referiremos entonces a la RES-PONSABILIDAD de los acusados en la comisión del delito que se juzga: La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad de la decisión del Tribunal. Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. En consecuencia, el Tribunal debe enfrentarse con todas las pruebas disponibles, examinando expresamente el contenido de las de cargo y de las de descargo y explicando de forma comprensible las razones que le asisten para optar por unas u otras en cada caso, por lo tanto nos referiremos a los sujetos y conducta incluida en la cualificación. Puntualizaremos en primer momento a la posición de los acusados como sujetos activos; sujeto activo de este delito solo puede ser quien se encuentre en alguna de las relaciones previstas por la norma respecto del patrimonio ajeno, art. 560. "El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo,

y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América" la negrilla nos pertenece, con los nombramientos de Adriana Rubí Vaca Ruiz como Presidenta y Telmo Nelson Chávez Sevilla como Tesorero del Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", debidamente introducidos como prueba por parte de Fiscalía, se determina que los acusados estuvieron desde el 22 de enero del 2006 hasta el 03 de agosto del 2008, en ejercicio de sus funciones, posición de poder, por las calidades conferidas, y de quienes se esperaba una enérgica protección del patrimonio a ellos encomendado, por lo cual las firmas de los dos acusados fueron registradas como autorizadas para operar conjuntamente en la cuenta de ahorros nro. XX que el Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche" mantiene en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle, estableciendo que ellos no emplean el engaño para hacerse entregar el bien, pues este ya se encuentra en su poder por estar dentro de las relaciones de confianza que cuidaban este patrimonio, es decir los fondos fueron entregados legítimamente a los sujetos activos, con la condición de hacer de ellos un uso determinado, de acuerdo a los testimonios de Zoila Carmela Rodríguez Paredes, quien manifestó que en el año 2002 conformaron un Consorcio denominado Virgen del Quinche cuya finalidad de esta asociación era la de comprar una extensión de terreno a la señora Emma Izurieta, para cuyo pago los socios depositaban en la cuenta de la Cooperativa Alianza del Valle, dinero destinado única y exclusivamente para el pago de lo adeudado por la compra de este bien inmueble, quien puntualizo además que las funciones de la Presidenta y Tesorero era pagar las deudas por los terrenos con el dinero depositado en la libreta de ahorros de dicha Cooperativa y ningún pago más, además del testimonio de Walter Aníbal Hurtado Gallardo, quien fue directivo del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche junto con los acusados, manifestando que se abrió una cuenta de ahorro en la Cooperativa Alianza del Valle, siendo los titulares Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, quienes debían manejar la cuenta en forma conjunta la cual se había abierto exclusivamente para pagar los terrenos, situación que se ha decidido en asamblea, pues los gastos pequeños se pagaban a través de aportes pequeños hechos por



los socios, recursos que eran manejados por el acusado, además menciona que de los gastos internos había una cuota mensual de 2 o 3 dólares aproximadamente, haciendo notar que el testigo fue Directivo del Consorcio junto con los acusados, quien conoció claramente de las decisiones tomadas en la asamblea por los socios, así como el testimonio de Ángel Humberto Sánchez Guamarica, quien declaró conocer a los acusados, quienes eran directivos del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, dijo que en la Cooperativa Alianza del Valle su compañera deposito 950 dólares; que para otras actividades ponían cuotas aparte del depósito, de un dólar, cinco dólares o más, por lo que este Tribunal tiene certeza de que el uso determinado era el de pagar lo adeudado al Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha por la compra del bien inmueble, labor encomendada a la Presidenta y Tesorero del Consorcio para la vivienda Virgen del Quinche, Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla respectivamente, tarea que no fue realizada por los acusados ya que de acuerdo al testimonio del Perito y Contador Público, Pablo Rodrigo Montoya Llerena, y en base a las copias de las papeletas de retiro de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle, desde el 13 de julio del 2006 hasta el 01 de julio del 2008, los acusados realizaron 26 retiros de dinero en diferentes cantidades por un total de \$36.548,00, las dos firmas necesariamente de Presidenta y Tesorero de manera conjunta, eran obligatorias para este movimiento bancario; verificándose además en el juicio ejecutivo nro. 0585-2005-WZ del Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, que se consignó, a favor de los herederos de la señora Emma Beatriz Izurieta Ugarte, el valor de 25.000,00; quedando un saldo no justificado por \$11.584,00. Los acusados mediante sus testimonios dijeron al Tribunal que este saldo no justificado había sido gastado en diferentes gestiones por ellos realizadas, Adriana Rubí Vaca Ruiz señalo que han abierto la cuenta en Alianza del Valle y que de esa cuenta se retiró dinero para diferentes actividades en la empresa eléctrica, donde le facilitaron medidores trifásico, cobrándoles el cable que era de unos 150 metros para llevar la energía, como no tenían agua se realizó el tramite respectivo con este objetivo, además gastos por topografías, mojones, puntualizo que se hacían las sesiones a la intemperie en una cancha, ante lo cual decidieron comprar unos bloques para hace una casa barrial, el sitio donde se encuentra ubicado el terreno era un área ecológica y el Municipio

no les dejaba construir por lo que contrataron abogados para que les asesoren y les ayuden, que han abierto el camino porque ha sido camino de herradura, pues han pagado maquinaria, han hecho una cuchara, señalando que los socios del Consorcio les acompañaban a hacer los trámites y que nunca iba sola, además que ha pagado gastos por honorarios legales al Dr. Manuel Salvador, al Dr. Washington Pilco y al Dr. Manuel Silva, y que cuando se dirigía a las diligencias pagaba los pasajes de quienes le acompañaban y les daba el almuerzo; puntualizo que los dineros no eran solo para los terrenos si no también para gestiones, pero que recibos de los pagos no le dieron, detallo que el topógrafo le cobro 1.400 dólares, en la casa comunal gastaron 500 dólares, para el cable de luz 180 dólares, pero con el poste pagaron 400 dólares, para la instalación del agua 200 dólares, la multa en el Municipio lo pagaron por partes, 100, para la máquina que abra el camino 800 dólares para hacer las canchas, 120 dólares a los abogados, les pagaban indistintamente en diferentes tiempos y cantidad de acuerdo a su trabajo, corroborado por el testimonio de Telmo Nelson Chávez Sevilla quien dijo que todo lo que ha informado la señor Rubí Vaca es verdad, a más de los pagos que realizaron en el Juzgado Octavo de lo Civil hicieron otros gastos como pago a topógrafo, existen los medidores de luz y agua potable, para cuyas instalaciones ha realizado las gestiones y pagos, realizado pagos también a los abogados para que hagan las gestiones, primero al Dr. Washington Pilco, al Dr. Manuel Silva, al Dr. Salvador, para hacer los trabajos y apertura del camino y limpieza han contratado una máquina y un operador, ahí también han realizado gastos, han realizado pagos de menor cuantía, tales como pasajes. Además que esos gastos estaban detallados en un cuaderno que llevaba Telmo Nelson Chávez Sevilla como tesorero, más el prenombrado acusado en su testimonio dijo que no ha sido responsable de ningún cuaderno, no había ningún cuaderno, que él no apuntaba los gastos, también refiere a honorarios entregados al Dr. Pilco indicando que le hicieron pagos para poder hacer la escritura madre con la señora Izurieta, pago que se le ha hecho en el 2002, más aun los fondos retirados fueron los años 2006, 2007 y 2008, por lo que no existe congruencia en el tiempo en que pagan los honorarios y la fecha en que retiran el dinero para este pago, contradicciones tomadas en cuenta y valoradas por este Tribunal, por lo que los testimonios carecen de veracidad, y más aún, en la audiencia de juicio no se presentó ni





un solo documento, factura o nota de venta, que compruebe los pagos efectuados por los acusados por las gestiones realizadas de lo dicho en sus testimonios, no existe constancia documental de los gastos realizados por los acusados. El art. 560 del Código Penal emplea dos verbos rectores, el "distraer" o "disipar", Fiscalía acuso por "distraer", debemos entender por este verbo rector el no dar a las cosas el uso al que están naturalmente destinadas, probándose en la audiencia de juicio que tanto Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla en sus calidades de presidenta y tesorero retiraron los fondos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle, fondos aportados por los socios de manera voluntaria y variable con el fin de pagar la deuda adquirida por la compra del bien inmueble para su lotización, pago que debía realizarse de manera urgente y preferencial ya que el retraso en este, trajo consecuencias jurídicas como el embargo del bien, situación que era conocido por todos los socios así como de conocimiento de los acusados de acuerdo a lo relatado en sus testimonios, por lo que adquisiciones de bloques para hacer una casa barrial no era prioridad para el Consorcio, además que, de los testimonios rendidos dichos bloques siquiera existen, existencia que tampoco fue justificada por los acusados, probándose entonces la distracción de \$11.584,00 en perjuicio del Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", demostrando deslealtad en el administración de bienes ajenos, ya que los acusados tenían autonomía en el manejo del dinero, además de una tenencia fiduciaria basada en la confianza, la esencia de este delito es el doloso perjuicio de un patrimonio ajeno, causado desde adentro de este, ya que es llevado a cabo desde una posición legal de poder mediante la utilización, de una manera infiel de la protección que se tenía de esos bienes. Se considera además la ausencia de control sobre el patrimonio ajeno ya que los acusados fueron reelectos en sus cargos, concediéndolos una posición dominadora como Presidenta y Tesorero, valorado con el testimonio de Ángel Humberto Sánchez Guamarica, quien manifestó al tribunal haberle pedido a Telmo Chávez, le deposite 35 dólares en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle pero que nunca le dio el recibo ni le regreso el dinero, además que Rubí Vaca le exigía que pague a la asociación, pero como él no tenía dinero, ella le preguntó si tenía algún artefacto, a lo que él le informa que tenía una máquina de coser, pidiéndole Rubí Vaca esa máquina de coser y

comprometiéndose en ir a depositar las cuotas en su nombre, pero nunca le dio los recibos, ni le devolvió la máquina y al poco tiempo se ha desparecido. La consecuencia natural de la falta de control es esencial a la confianza depositada en las personas que estaban al frente del patrimonio ajeno, si bien es cierto no se probó un beneficio propio a favor de Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, mas este elemento no es necesario para la tipicidad del Abuso de Confianza, en el presente caso se ha demostrado una lesión en contra de la relación interna existente, del deber de hacer el uso encomendado, y por un actuar doloso se ha causado un daño en el patrimonio del Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", es decir los sujetos activos fraudulentamente, a sabiendas distraen los bienes que se les entregó para un uso determinado. El tribunal al valorar la prueba, considera en primer lugar la existencia del hecho es decir de la existencia del perjuicio patrimonial al Consorcio y a la participación de los acusados en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, los testimonios de Zoila Carmela Rodríguez Paredes, Pablo Rodrigo Montoya Llerena, Walter Aníbal Hurtado Gallardo, y Angel Humberto Sánchez Guamarica, han sido obtenidos e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea. Como juzgadores debemos tomar en cuenta las circunstancias, que siendo ocasionadas por los sujetos activos, han llevado al perjuicio económico del Consorcio para la Vivienda de Interés Social "Virgen del Quinche", después de las pruebas actuadas en el juicio se ha llegado a establecer con certeza que Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla son responsables de este hecho punible, por consiguiente, el Tribunal, acatando fielmente el mandato del art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, que contempla la relación fáctica entre el sujeto inculpado y el acto ilícito, que según las circunstancias de la infracción, quedó probado que los acusados, actuaron con conciencia y voluntad en la ejecución del injusto penal, esto es, ABUSO DE CONFIANZA,



calificado como delito contra el patrimonio, siendo el fin del artículo 560 la tutela del patrimonio de su titular, es así que la generalización de conductas de distracción fraudulenta de dinero, puede conducir a una desconfianza de la comunidad en la seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales, existiendo en consecuencia un interés público en el mantenimiento de esa confianza, persiguiendo la norma evitar las conductas engañosas como perturbadoras de buena fe requerida en las relaciones sociales. Siendo necesario el mantenimiento de dicha confianza en las relaciones patrimoniales y evitar disfuncionalidades en el sistema económico tutelando el patrimonio individual, verdadero bien jurídico protegido en este delito, siendo tarea fundamental del Estado a través de los Organos de Administración de Justicia, castigar conductas contrarias. **DÉCIMO: La Pena.** El artículo 29 del Código Penal manifiestan "Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor..." en concordancia con el art. 72 ibídem, "Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera: La reclusión menor ordinaria de tres a seis años se sustituirá con prisión correccional de uno a tres años.", acatando lo que reza la norma legal y por cuanto se ha probado en el momento procesal oportuno las siguientes atenuantes a favor de Adriana Rubí Vaca Ruiz, en observancia al citado art. 29 del mismo cuerpo legal; 5. Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento; 6. Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción, probado con los certificados emitidos por los Tribunales Penales de Pichincha; 7. Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso, probado con los testimonios de Fanny Yolanda Troya Gabidia y Luis Humberto Flores Flores. En consecuencia se verifica las circunstancias atenuantes que permiten modificar la pena. El Tribunal considera que se ha probado en el momento procesal oportuno las siguientes atenuantes a favor de Telmo Nelson Chávez Sevilla, en observancia al citado Art. 29 del mismo cuerpo legal; 5. Presentarse

voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento; 6. Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción, probado con los certificados emitidos por los Tribunales Penales de Pichincha; 7. Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso, probado con los testimonios de William Fabián Zambrano Chávez y Joselito Geovanny Bedoya Pacha. En consecuencia se modifica la pena. **DÉCIMO PRIMERO: Conclusión.** Por estas consideraciones, acorde a lo previsto en los arts. 304-A, 305, 306 del Código de Procedimiento Penal, acogiendo el dictamen de la señora Agente Fiscal de Pichincha, este Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**, declara la CULPABILI-DAD: de ADRIANA RUBÍ VACA RUIZ y TEL-MO NELSON CHÁVEZ SEVILLA, cuyas generales de ley se encuentran ya mencionadas en la presente sentencia; en calidad de AUTORES del delito tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal, en concordancia con el art. 42 ibídem; por lo que se les impone la pena de DOS AÑOS de Prisión Correccional a cada uno, que la cumplirán en los Centros de Rehabilitación Social Femenino y Varones de Quito, respectivamente; debiendo descontarse el tiempo que hayan permanecido detenidos por la presente causa nro. 13-2012-ST; y MULTA de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a cada uno de los sentenciados, para cuya recaudación Ofíciese a la Contraloría General del Estado. Por cuanto los mencionados sentenciados se encuentran beneficiados con la sustitución de la prisión preventiva, una vez que esta sentencia se encuentre debidamente ejecutoriada, ofíciese a los señores Jefe Provincial de la Policía Judicial de Pichicha y Jefe de la Brigada de Capturadores de Pichincha, a fin de dispongan al personal de sumando localicen y capturen a los sentenciados Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, para el cumplimiento de la pena. Así como también, una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada, notifíquese al Consejo Nacional Electoral, para los fines de ley. Se condena a los sentenciados Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla de manera conjunta al pago de 11,584 dólares a favor de la acusadora particular Zoila Carmela Rodríguez Paredes, por concepto de





daños y perjuicios, más costas procesales. El Tribunal deja constancia que ni la Fiscalía ni los Abogados defensores de la acusación particular y sentenciados han tenido actuaciones indebidas en esta etapa. Cúmplase y Notifiquese.f) Dra. Diana Fernández León, PRESIDENTA; Dr. Luis Enríquez Villacres, JUEZ; Ab. Fernando Burbano Dávalos, JUEZ TEMPORAL.

#### APELACIÓN

Juicio nro.: 2013-0100

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PI-CHINCHA. TERCERA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, viernes 27 de septiembre del 2013, las 13h59.

VISTOS: En la causa 100-2013, Fiscalía General del Estado, Zoila Carmen Rodríguez Paredes en contra de Adriana Rubí Vaca Ruiz y otros. Los sentenciados TELMO CHÁVEZ SEVILLA y ADRIA-NA RUBÍ VACA interponen el recurso de apelación de la sentencia dictada el día 04 de febrero del 2013, las 16h10, por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, en la cual declara la culpabilidad de Adriana Rubí Vaca Ortiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, en calidad de autor, del delito tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal en concordancia con el art. 42 ibídem, imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional, y multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO**. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: La suscrita Sala pluripersonal es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación, conforme lo dispuesto en el art. 343.5 del Código de Procedimiento Penal, art. 208.1 del Código Orgánico de Función Judicial y por sorteo de ley. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 75, 76, 77, 168.6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en la tramitación de la presente causa, se han observado las garantías del debido proceso constitucional, por lo que verificado su cumplimiento se declara la validez de la misma. TERCERO. ANTECEDEN-**TES:** Llega al conocimiento de la Fiscalía del hecho presuntamente punible a través de la denuncia presentada por Zoila Carmela Rodríguez Paredes en su calidad de representante legal de Consorcio de la Vivienda de Interés Social Virgen del Quinche, la cual en su contenido manifiesta que el día 13 de julio del 2006 hasta el 25 de septiembre del 2009 Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Chávez Sevilla ex presidenta y ex tesoro respectivamente del Consorcio han efectuado retiros de la cuenta de ahorros nro. XX que el mencionado Consorcio mantiene en la Cooperativa Alianza del Valle Limitada, valores que eran depositados por los socios y copropietarios del mencionado Consorcio con el exclusivo objetivo de cancelar a los herederos de Enma Beatriz Izurieta Ugarte acreedores de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble en el cual ellos pretendían realizar sus obras de vivencia, la hipoteca está a orden del Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dice la denuncia que los depósitos no fueron pagados a los acreedores en su lugar a una solicitud de embargo cabe señalar que la denunciante indicó sobre la dificultad de ubicar a las dos personas sospechosas. Con estos antecedentes el Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha avoca conocimiento y en cumplimiento del art. 217 del Código de Procedimiento Penal notifica con el inicio de la instrucción fiscal los procesados; y, debido a que el procesado Telmo Nelson Chávez Sevilla no han justificado arraigo social, laboral, familiar y por encontrarse reunidos los requisitos del art. 167 del Código de Procedimiento Penal se ordena la prisión preventiva; en cuanto a la procesada Adriana Rubí Vaca Ruiz ha presentado estabilidad domiciliaria y laboral por lo cual se dictan medidas alternativas a la prisión preventiva de conformidad a los numerales 4 y 10 del art. 160 del Código de Procedimiento Penal. Transcurrido y terminado el tiempo de la instrucción fiscal se realiza la audiencia preparatoria de juicio, de fecha 22 de diciembre del 2012, en la cual el señor Fiscal emiten dictamen acusatorio en contra de los procesados. Una vez concluida dicha audiencia, se dicta un auto de llamamiento a juicio de fecha 17 de enero del 2012, las 08h41 en contra de Telmo Nelson Chávez Sevilla y Adriana Rubí Vaca Ruiz, en calidad de autores del delito de abuso de confianza tipificado y sancionado por el art. 560 del Código Penal en concordancia con el art. 42 ibidem; continuando con el proceso se realiza la audiencia de juzgamiento el día 11 de enero del 2013, a las 09h00 (fs. 725-735), después de la cual dicta sentencia el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha el día 04 de



febrero del 2013, a las 16h10 (fs. 736-746), en la cual se declara la culpabilidad de Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla en calidad de autores del delito tipificado y sancionado en el art. 560 del Código Penal en concordancia del art. 42 *ibídem* por lo que se les impone una pena de dos años de prisión correccional. CUARTO. EX-POSICIONES SOBRE EL RECURSO DE APE-LACIÓN: 4.1. FUNDAMENTACIÓN DE TEL-MO NELSON CHÁVEZ SEVILLA Y ADRIANA RUBÍ VACA RUIZ A TRAVÉS DEL DR. GER-MAN JORDAN: Dr. Germán Jordan quien en lo principal manifiesta: en la etapa de juicio se demostró que la señora Adriana Rubí Vaca y Telmo Chávez Sevilla en calidad de Presidenta y Tesorero, en su orden, realizaron gastos a nombre del Consorcio de Interés Social para la Vivencia Virgen del Quinche, gastos para contratar abogados, hacer gestiones en el municipio y algunas obras de adecentamiento para el Consorcio, sin embargo no se tomaron en cuenta los justificativos que ellos hicieron, la pena que le impuso el Tribunal Cuarto de Garantías Penales en el párrafo la pena dice, que los hoy procesados han cumplido con 3 de las atenuantes del art. 29, pero el art. 560 por el cual le sancionan, la sentencia dice que mis defendidos se dispusieron de los dineros del Consorcio en beneficio propio, sin embargo en la pena manifiestan que ellos han presentado 3 atenuantes y ningún agravante, por lo que le modifican la pena en base al art. 72, pero este artículo trata de las penas para reclusión y como se van a modificar, lo cual es un error, si hablamos de delitos reprimidos con prisión se debió haber aplicado según el art. 73, si nosotros hemos justificado 3 atenuantes como son: el haberse presentado voluntariamente a la justicia, ejemplar conducta mantenida por los procesados posterior a la infracción y la conducta anterior de no ser persona peligrosa para la sociedad, sin embargo la Fiscalía y parte acusadora no han demostrado agravantes y solicitamos que la pena sea modificada y se resuelva en base al art. 73, que faculta poner una pena de hasta 8 días, porque los señores no tienen antecedentes penales, ni juicios pendientes, solamente están involucrados en esta causa, de creerlo conveniente que se modifique la pena y que en caso de ser inferior a los 6 meses, solicito que se tome en cuenta el art. 82 del Código Penal que es en caso de ser condenados por primera vez en la misma sentencia pueden ordenar que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. 4.2 FUNDAMENTACIÓN DE LA DRA. RUTH PALACIOS BRITO, FISCAL: Dra. Ruth Brito,

quien en lo principal manifiesta: debo aclarar que el Comité Virgen del Quinche se conforma con la idea de reunir dinero y luego comprar un terreno, se presentó esta oportunidad de comprar el terreno, pero había que pagar la hipoteca para la compra de este terreno, por lo que se empezó a reunir dineros en una cuenta y no se podía tocar ese dinero que era exclusivamente para el pago de la hipoteca, en el 2006 se nombra como dirigentes a los señores Rubí Vaca como Presidenta y Telmo Chávez como Tesorero, la cuenta tenían en conjunto, pese a que ya se ha iniciado un proceso para el cobro de esta hipoteca, no se les informa a los socios, como tampoco se les dice que se dejó de pagar, en el momento del remate cuando los asociados les exigen las cuentas del año 2008, los señores desaparecen por 5 meses, por lo que se auto convocan y eligen una nueva directiva, esta hace la investigación pertinente y ven que el terreno estaba embargado y a punto de rematarse, de tal suerte que se volvió a negociar con la nueva directiva y salvaron el terreno, el abuso de confianza cometido por los señores está en el no cumplimiento de su obligación del pago de hipoteca, los testigos que presentó Fiscalía dijeron que tenían otros gastos que se hacían en efectivo o tenían otra libreta que era administrada por otra persona, de tal suerte que en audiencia no presentaron justificativos de los gastos realizados, tampoco se presentó justificativos dentro del peritaje que se les convocó, existe un error en la sentencia pues el artículo al que hacen alusión habla de la modificación de la pena en casos de reclusión, no así el art. 73 que es el que debe invocarse, por lo que solicito se mantenga la pena impuesta, se deseche el recurso y ratifique la sentencia en todas sus partes. 4.3. FUN-DAMENTACIÓN DE ZOILA RODRÍGUEZ PAREDES, REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO PARA LA VIVIENDA DE INTE-RÉS SOCIAL VIRGEN DEL QUINCHE A TRAVÉS DEL DR. ALEX BONIFAZ MONTAL-VO: Dr. Alex Bonifaz Montalvo, quien en lo principal manifiesta: con respecto a la pena que refiere el abogado de los acusados consideramos que el Tribunal realizó ya la respectiva modificatoria, por lo que se impuso la pena de 2 años, el Tribunal manifiesta que en el numeral 5 como una atenuante, presentarse voluntariamente a la justicia pudiendo fugarse, el señor Telmo Chávez, quien a través de la Defensoría Pública solicita la modificación de la pena, él no se presentó voluntariamente, fue detenido, cuando había la orden de prisión organizamos una redada con la policía para capturarle, y





luego de estar 2 meses detenido en el CDP se lo concedió medidas sustitutivas porque justificó ante el juzgador aquo que existían elementos para concederlo, y de esa forma él quedó con medidas cautelares de presentarse al Juzgado, por tal motivo, nosotros en calidad de acusadores particulares consideramos que si hubo una alarma social con respecto a la acción que ellos cometieron, porque no solo fue abuso y dinero de una sola persona, son 107 personas que confiaron en estas personas para comprar un terreno, fue tanta la irresponsabilidad que dejaron que haya un juicio de remate, en donde los socios para salvarlo tuvieron que auto convocarse porque estas personas desaparecieron del Consorcio y nunca aparecieron para hacerse responsables, por lo que nombraron a la nueva Presidenta que negoció el terreno, por tanto esa actitud de los acusados si generó alarma social, pues el hecho de no haber justificado más de \$ 11.000,00, para esta gente de bajos recursos económicos provocó que acudamos a la justicia y podamos exigir la sanción por esta conducta típica, por los que consideramos que se debe mantener la sentencia del Tribunal, porque si se ha realizado el análisis profundo con las atenuantes que ha presentado únicamente el señor Telmo Chávez. QUINTO. FUNDAMEN-TACIÓN DE LA SALA: 5.1. El Derecho Penal, es ajustadamente legalista para la identificación de un acto punible y antijurídico así como para la aplicación de las penas, su fuente formal inmediata y única es la ley, por medio de ésta es posible determinar la existencia de delitos o penas previstas que se esquematiza en el principio "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"; significa esto que la descripción del hecho está prevista por la ley que singulariza la acción del delito, y la respectiva sanción del hecho delictivo descrita como pena. El artículo 560 del Código Penal, prescribe al abuso de confianza: "El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica". En la figura delictiva que configura el abuso de confianza, no debe entenderse por confianza la que nace de conocer a una persona o de ser su amiga en cuyo caso hablamos de un presupuesto para la estafa, sino porque existe entre ambas partes una relación jurídica que las vincula y hace que en virtud de ella una debe confiar en que la otra cumplirá con las obligaciones legales y legítimas impuestas en el concierto. 5.2. De autos, se desprende y confirma que por el enjuiciamiento penal, Adriana Rubí Vaca Ortiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla, en sus calidades de Presidenta y Tesorero, respectivamente del Consorcio de Interés Social para la Vivienda Virgen del Quinche, han sido condenadas por el delito de abuso de confianza. Efectivamente, de conformidad con la pericia efectuada por Pablo Rodrigo Montoya Llerena, elevado en testimonio, se determina que el aporte de recursos destinados al pago de un bien inmueble hipotecado destinado a vivienda de los cooperativados, y que acrece a un saldo no justificado de once mil quinientos ochenta y cuatro dólares (USD 11.584,00), han sido retirados por aquellos de la cuenta de ahorros nro. XX de la Cooperativa Alianza del Valle Limitada. Consecuentemente, y con los restantes testimonios concordantes y coincidentes que refiere el Juez aquo en su sentencia, se infiere objetivamente que los sentenciados abusando de su condición de directivos legítimamente designados y predestinados a la administración de un mandato general, han distraído ilegalmente valiéndose de su gestión encomendada, los recursos económicos provenientes de los socios de la Cooperativa Virgen del Quinche, de cuya disposición material han causado un perjuicio singular a sus integrantes, en beneficio propio, apartándose del encargo como administradores del objeto común materia del aporte. 5.3 "Cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena, la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en este estado debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente, o por lo menos, su aseguramiento". La categoría dogmática de la culpabilidad, ha sido construida en base a los conceptos de prevención por esa razón el estado se encuentra avanzando sobre las libertades del ser humano y el derecho deja ser el refugio del



ciudadano en términos de Hobbes. En dicho contexto, determinado el nexo causal, precisa considerar que la responsabilidad de los condenados acrece legalmente a circunstancias atenuantes acreditadas del proceso; circunstancias que no se pueden inadvertir, dado que constituyen elementos favorables al reo, como un medio de su conducta para disminuir la gravedad del acto cometido. En la causa, consta de los procesados, haberse presentado voluntariamente a la justicia, una ejemplar conducta posterior, y no haber sido sancionado anteriormente. Ahora que, estos aspectos circunstanciales favorables al reo, siendo que han sido citados en el libelo de la sentencia del inferior, no se han adecuado procedimentalmente de forma eficaz tal cual el mandato del artículo 73 del Código Penal, que refiere: "Si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas correccionales de prisión y multa serán reducidas, respectivamente, hasta a ocho días y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas, separadamente, o reemplazar la de prisión con multa, hasta de doce dólares, si solo aquella está prescrita por la ley". De manera errónea se ha invocado el artículo 72 del Código Penal, aplicable a los casos de penas de reclusión, a cuenta que el artículo 560 del Código Penal que determina la responsabilidad por abuso de confianza, sanciona este delito con penas de prisión de uno a cinco años; en consecuencia es prudente subsanar el error incurrido y valorar la aplicabilidad de las atenuantes, hecho jurídico que exclusivamente ha alegado en la audiencia la parte recurrente. SEXTO. NOR-MAS JURIDICAS INHERENTES: Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos

fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Artículo 426 de la Constitución de la República. "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente". Artículo 4 del Código Penal. "Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo". SÉPTIMO. DECI-**SIÓN:** Por todo lo expuesto, y de acuerdo a la sana crítica, esta Sala ha llegado a la certeza de la existencia objetiva del delito de abuso de confianza e igualmente y como consecuencia lógica, indicios suficientes de la responsabilidad de los procesados, Ergo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 560 del Código Penal, demostrado la existencia de atenuantes y estimada la contingencia social de los sentenciados, los integrantes de la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptan parcialmente el recurso de apelación interpuesto y se reforma la pena impuesta, a la de un año de prisión correccional que deben cumplir TELMO CHÁVEZ SEVILLA y ADRIANA RUBÍ VACA, en el centro carcelario respectivo; en lo demás se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado. El estado y condición del sentenciado obran de autos. NOTIFÍQUESE.

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Presidente; Dr. Carlos Pazos Medina, Juez; Dr. Gabriel Lucero Montenegro, Juez Encargado.

#### CASACIÓN

Resolución nro. 818-2014; Juicio nro. 1650-2013

Juicio penal por abuso de confianza propuesto por Zoila Carmela Rodríguez Paredes, contra Adriana Rubí Vaca Ruiz y Telmo Nelson Chávez Sevilla

Jueza ponente: Dra. Lucy Blacio Pereira



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILI-TAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 04 de junio de 2014. Las 8H55.

#### VISTOS: 1. HECHOS

En la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales, de la Corte Provincial de Justicia



de Pichincha, con fecha 27 de septiembre de 2013, a las 13h59<sup>1</sup>, se establece lo siguiente:

"...el día 13 de julio de 2006 hasta el 25 de septiembre de 2009, Adriana Rubí Vaca Ruíz y Telmo Chávez Sevilla, ex presidenta y ex tesorero respectivamente del consorcio de la vivienda de interés social Virgen del Quinche...han efectuado retiros de la cuenta de ahorros nro. 403-02-001399 que el mencionado Consorcio mantiene en la Cooperativa Alianza del Valle ilimitada, valores que eran depositados por los socios y copropietarios del mencionado Consorcio con el exclusive objetivo de cancelar a los herederos de Emma Beatriz Izurieta Ugarte acreedores de la Hipoteca que pesaba sobre el inmueble en el cual ellas pretendían realizar sus obras de vivienda, la hipoteca está a orden del Juez Octavo de la Civil de Pichincha, dice la denuncia que los depósitos no fueron pagados a los acreedores..."

#### 2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional, nombró y posesionó a 21 Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas, conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituye el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184,1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186,1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. Por sorteo realizado el 18 de noviembre del 2013, la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional, actúa como ponente según el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; los doctores Johnny Ayluardo Salcedo y Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales, conforman el tribunal. Por licencia concedida al doctor Johnny Ayluardo Salcedo, mediante oficio nro. 977-SG-CNJ-IJ, de fecha 28 de mayo de 2014, interviene el doctor Efraín Duque Ruiz, Conjuez Nacional; todos quienes, de acuerdo al artículo 5 de la resolución nro. 04-2013, de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio del 2013, continúan en conocimiento de la presente causa, no se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a quienes lo conformamos.

#### 3. VALIDEZ PROCESAL.

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76,3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, al haberse observado las garantías del debido proceso, este tribunal declara la validez de todo lo actuado.

## 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es una institución procesal, recurso extraordinario. No constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis in iure de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una incorrecta aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se constituye en un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. Forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas formal y materialmente conforme a sus disposiciones.

Luis Cueva Carrión señala que: "...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."<sup>2</sup>. El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley<sup>3</sup>, esta impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzga-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cuaderno perteneciente a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, folio 61.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, Segunda Edición, Quito, 2007, p. 146.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 349 "...No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba"



dor en la sentencia, excepto cuando éste comete errores de derecho en la valoración de la prueba. En este caso es procedente que se examine la forma en que se valoraron las pruebas, con el fin de analizar el juicio de derecho que respaldó al fallo. Mediante esta sentencia se materializa la tutela judicial efectiva y la motivación como derecho del debido proceso.

#### 5. ANTECEDENTES PROCESALES.

Con fecha 04 de febrero de 2013, a las 16H10<sup>4</sup>, el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia condenatoria en contra de los procesados Telmo Nelson Chávez Sevilla y Adriana Rubí Vaca Ruiz, declarándolos autores responsables del delito tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal, imponiéndoles la pena de dos años de prisión correccional, la multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y, condenándolos al pago de manera conjunta de 11.584 dólares a favor de la acusadora particular Zoila Carmela Rodríguez Paredes, por concepto de daños y perjuicios. Sentencia de la cual, tanto la procesada como el procesado interponen recurso de apelación.

En sentencia dictada el 27 de septiembre de 2013<sup>5</sup>, a las 13h59, la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelve lo siguiente "aceptan parcialmente el recurso de apelación interpuesto y se reforma la pena impuesta a la de un año de prisión correccional que deben cumplir TELMO CHÁVEZ SEVILLA y ADRIANA RUBÍ VACA". De este fallo el procesado Telmo Chávez Sevilla, interpone oportunamente recurso de casación.

# 6. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

6.1. Se concede la palabra al abogado defensor del procesado Telmo Nelson Chávez Sevilla, doctor Wilson Camino<sup>6</sup>, para que fundamente el recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien en lo principal manifiesta:

**6.1.1.** Que existe una contravención expresa del artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, con respecto a la obtención de prueba ilegal, en razón de que el peritaje realizado por Pablo Rodrigo Montoya Llerena, para establecer que ha habido una disposición

de dineros del Consorcio "Virgen del Quinche", se realizó a través de la revisión de copias de los documentos de la Cooperativa Alianza del Valle, por lo que considera, que no es posible que se haya llevado a cabo una pericia contable con copias simples de documentos y que el juzgador le haya dado el valor de prueba para establecer la existencia del delito. 6.1.2. Que existe una contravención expresa de los artículos 95, 96, 98 del Código de Procedimiento Penal, en razón que dicha pericia no abarcó todo el movimiento económico del Consorcio "Virgen del Quinche", sino solo de los retiros de dinero, y que de ahí se determina un faltante de 11.000 dólares, por lo que, la misma al no ser completa, no puede establecer con certeza dicho faltante. **6.1.3.** Que existe una contravención expresa del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, el mismo que determina que el valor del testimonio del procesado será media de defensa y prueba a su favor, y que en todo momento, el recurrente indicó que no tiene nada que ver con el supuesto abuso de confianza, ya que, solamente miraba por el bienestar del Consorcio, porque el mismo estaba en completa desorganización y ellos consiguieron que se les provea luz, agua y vías, y resulta extraño que él, en calidad de tesorero, se lo culpe de este ilícito. **6.1.4.** Establece, que de igual forma, hay una contravención expresa de lo manifestado en el artículo 14 de Código Penal, que menciona que la infracción es culposa o dolosa, en razón de que el recurrente tenía como objetivo final el bienestar a la comunidad, y no disipar dineros de la comunidad, y tal es así que en dicho consorcio hay medias aguas de personas que están viviendo ahí, y eso se dio gracias a la acción del recurrente, por lo que, no se ha actuado con dolo, y que si no hay respaldo de los gastos, es una omisión, pero no es una actitud dolosa. **6.1.5.** Finalmente solicita que se acepte el recurso interpuesto, en el sentido de existir violaciones expresas a la ley y por no haberse probado, conforme a derecho, la materialidad de la infracción, contraviniendo así lo establecido en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, ya que, al no existir la certeza de la responsabilidad del procesado no se podía dictar sentencia condenatoria.



Octavo Cuerpo, del proceso 100-2013, del Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha fs. 736 a 746.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Cuaderno de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial del Pichincha, fs. 61-63.

Véase audiencia oral pública y de contradictorio de recurso de casación.



6.2. Se concede la palabra a la doctora Paulina Garcés Cevallos<sup>7</sup>, representante del Fiscal General del Estado, quien refiere: 6.2.1. Que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal exige la obligatoriedad de establecer cuál es el error judicial y cómo este se produce, convirtiendo a la sentencia en injusta. Indica, que el recurrente ha mencionado que hay contravención expresa del artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón de haberse obtenido pruebas ilegales, con respecto de lo cual se debe remitir a lo señalado en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que determina que toda acción que vulnere garantías constitucionales, no tendrá eficacia probatoria, para lo cual argumenta que el perito aseguró que no tuvo acceso a los documentos originales, pero que el expediente, objeto de su experticia, se lo proporcionó la propia Cooperativa Alianza del Valle, las cuales pudieron haber sido copias certificadas, pero no se puede asegurar que estas fueron copias simples, y que esa acción no ha violado normas constitucionales, en razón de que el perito si constató la fecha de apertura de la cuenta, que si bien es cierto no constató los depósitos, revisó los retiros, y verificó que los mismos se realizaron con la firma del procesado, por lo que la Fiscalía no encuentra que la pericia carezca de eficacia probatoria, y que nunca se argumentó la inconstitucionalidad de la prueba en la etapa de juicio. 6.2.2. Que el procesado mencionó que existe contravención expresa del artículo 96 del Código de Procedimiento Penal, la misma que es una norma correspondiente a la indagación previa y a la instrucción fiscal, es decir, es una norma procedimental de etapas previas al juicio, donde los indicios llegan a ser pruebas, es decir, son normas de cómo debe desarrollarse un informe pericial, en consecuencia, es una norma no aplicable al caso. **6.2.3.** Que se mencionó que se produjo una contravención expresa del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, en el que se establece que el testimonio propio es medio de defensa y prueba a favor del procesado, pero que en este caso, este artículo es también una norma de valoración probatoria, que únicamente se la puede aplicar por los Tribunales de Garantías Penales, en conocimiento de los casos en sede de juzgamiento o los Jueces y Juezas de la Corte Nacional de Justicia cuando se

encuentran conociendo un recurso de revisión, por lo que estas son normas procesales, no aplicables al caso. **6.2.4.** Menciona, que el delito de abuso de confianza es un delito final, y que no cabe decir que en el mismo existe la modalidad culposa, ya que, recibir dinero de personas de escasos recursos, llevárselo y luego decir que no sabe que pasó con el dinero, siendo el único custodio es necesariamente una acción de tipo doloso. **6.2.5.** Que no encuentra violación de la ley, razón por la cual pide que se deseche el recurso de casación interpuesto.

6.3. Se concede la palabra al doctor Alex Bonifaz<sup>8</sup> en representación de la acusadora particular Zoila Carmela Rodríguez Paredes, quien en lo principal menciona: Que la casación penal es un asunto técnico jurídico, que produce la confrontación de la sentencia con la ley. Menciona que la contraparte ha argumentado hechos probatorios y de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia no se puede practicar prueba, por lo que solicita que se rechace este recurso de casación, ya que, no se ha demostrado la contravención expresa, la aplicación indebida o errónea interpretación de norma alguna.

6.4. El doctor Wilson Camino, en uso de su derecho a la réplica expresa: Que lo dicho por el señor Pablo Rodrigo Llerena, perito contable, es que efectivamente concurrió a la Cooperativa Alianza del Valle, donde no ha tenido acceso a los documentos originales, entonces como se entiende que se puede realizar una pericia sin los documentos originales, ya que, para cualquier pericia contable se requiere los documentos originales, por lo que, si no existe prueba pericial, y por lo tanto no hay materialidad de la infracción, no se puede condenar al procesado. Menciona también que la intención para el derecho penal es importante, y la intención del procesado era la de mejorar la condición de vida de las personas, por lo tanto, no se puede hablar de que no hay dolo, sino que sus conductas fueron negligentes. Finalmente expresa que no se ha referido en ningún momento a la valoración de la prueba y solicita se confirme el estado de inocencia del procesado.

VII CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

7.1. Contravención expresa del artículo 76, numeral 4, de la Constitución de la República del

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ibídem

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Ibídem.



Ecuador y de los artículos 95, 96 y 98 del Código de Procedimiento Penal. El recurrente menciona que existe una contravención expresa del artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón de que considera que el peritaje realizado por Pablo Rodrigo Montoya Llerena, se habría obtenido de manera ilegal, por cuanto el mismo se realizó en base a copias simples de documentos y no en documentos originales.

Ante lo cual, es necesario anotar lo que establece el artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador:

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:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

En definitiva, esta disposición constitucional, impone la obligación a las y los juzgadores de valorar una prueba, solo si ésta ha sido obtenida con apego a la Constitución y a la ley, en respeto de las garantías procesales, pues caso contrario todo medio de prueba obtenido en detrimento e irrespeto del ordenamiento jurídico o de las garantías del proceso es ineficaz, por ende carece de efectos legales y no es idónea para acreditar -en materia penal- la existencia de la infracción o la responsabilidad del procesado. Siendo que de presentarse esta circunstancia, la misma debe ser denunciada por el juzgador.

Este Tribunal de Casación advierte que el hecho de haberse realizado una pericia contable sobre la base de documentos no originales, no invalida la prueba practicada, siendo que la obtención y práctica de este medio de prueba no conculcó normas procesales o constitucionales que la tornen ineficaz para producir efectos jurídicos. Nótese también que el recurrente no menciona que norma constitucional, legal o que garantía del proceso se ha soslayado con la práctica de la pericia contable, limitándose a señalar únicamente su disconformidad por el hecho que se practicó en documentos no originales, alegación insuficiente para acreditar la violación del artículo 76.4 de la Constitución de la República. Además cabe precisar, conforme se desprende del análisis de la sentencia recurrida, que en segunda instancia no se ha impugnado la validez de la pericia contable, instancia en la cual resultaba procedente dicha alegación, en razón de la naturaleza y objetivos del recurso de apelación.

**7.2 Contravención expresa de los artículos 95, 96 y 98 del Código de Procedimiento Penal.** El artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, señala que:

"durante la indagación previa o la instrucción fiscal es el tiempo procesal, en el cual se deben realizar las experticias periciales, las cuales deberán ser incorporadas en expediente y exhibidas durante la etapa intermedia. Si hubiera el peligro de que las huellas o vestigios de cualquier naturaleza sean destruidos se establece la obligación de que los profesionales en medicina, enfermeros o dependientes del cualquier establecimiento de salud donde hubiere concurrido la persona agraviada tomarán las evidencias y las guardarán hasta que las mismas sean puestas en consideración del perito designado".

Por otro lado, el artículo 96 del mismo cuerpo legal, establece que:

"la función de perito es obligatoria, sin embargo, hay la posibilidad de excusa si se hallare incurso en alguna causal de exclusión igual a los fiscales".

Finalmente el artículo 98 del Código de Procedimiento Penal establece que:

"el informe pericial contendrá: la descripción detallada de lo que se ha reconocido o examinado, tal cual lo observó el perito en el momento de practicar el reconocimiento o examen; el estado de la persona o de la cosa objeto de la pericia, antes de la comisión del delito, en cuanto fuere posible; la determinación del tiempo probable transcurrido entre el momento en que se cometió la infracción y el de la práctica del reconocimiento; el pronóstico sobre la evolución del daño, según la naturaleza de la pericia; las conclusiones a las que ha arribado el perito luego de su pericia, el procedimiento utilizado para llegar a ellos y los motivos en que se fundamentan; la fecha del informe; y finalmente la firma y rúbrica del perito".

Las disposiciones antes mentadas y que a criterio del recurrente han sido soslayadas, hacen referencia al momento en que debe practicarse e incorporarse la prueba pericial, asi como la obligación de excusarse por parte del perito cuando exista causal legal, y el contenido que debe reunir el informe pericial. Es decir, son normas eminentemente adjetivas y que regulan la actuación del perito al practicar una pericia. En este contexto, la alegación esgrimida por el recurrente, esto es que la





pericia contable, no abarcó todo el movimiento económico del Consorcio "Virgen del Quinche", sino solo de los retiros de dinero realizados por parte de los tenedores de la cuenta, y que de ahí se determina un faltante de 11.584 dólares, no es completa, y por ende no podía establecer, con certeza, si existió o no faltante; no es idónea para acreditar la violación de los artículos 95, 96 y 98 del Código de Procedimiento Penal, en tanto y en cuanto estos artículos en ningún momento hacen referencia a todo lo que debe ser objeto de pericia; evidenciándose entonces la impertinencia de las normas citadas, con respecto, a los argumentos expuestos, lo que produce que este Tribunal deba desestimarlas por ser insuficientes para demostrar la causal alegada.

Se advierte que la pretensión del recurrente se dirige a que este Tribunal de Casación, entre a valorar la prueba, con el objetivo de que determine que la pericia contable es incompleta, y que por lo tanto carece de certeza para determinar el dinero faltante -11.584 dólares- situación vedada para este Tribunal, puesto que únicamente nos corresponde realizar un control de la legalidad de la sentencia objetada, a fin de determinar violaciones a la ley en la misa, en los términos establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, estando impedidos de volver a valorar la prueba por mandato legal. Tanto más que conforme ha quedado expuesto la casación no representa una instancia a partir de la cual se pueda entrar a resolver sobre la totalidad de la cosa litigiosa, sino que es un recurso extraordinario que permite únicamente la revisión de la sentencia dictada en segunda instancia; puesto que la discusión en razón de las pruebas de cargo y descargo que demuestren la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, así como la duda que pueda existir respecto de la suficiencia o insuficiencia de las mismas, no es procedente en vía de casación. La situación de hecho es fijada en la sentencia y solo se investiga si el Tribunal de Apelación ha incurrido en una lesión al derecho material o formal, tanto más que la prueba actuada en relación a los hechos fácticos, fue valorada en su momento tanto por el tribunal de juicio como por el tribunal de apelación, en uso de su autonomía, exclusividad, e independencia como entes jurisdiccionales, y en aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba; y con base en las reglas de la sana crítica, facultados entonces para determinar la idoneidad del acervo probatorio que obra del proceso.

Criterio que además ha sido expuesto por la Corte Constitucional en sentencia nro. 001-13-SEP-CC de fecha 06 de febrero de 2013, dentro del caso nro. 1647-11-EP, cuando indica que "Al momento de resolver el recurso (de casación) se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconociera la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales".

7.3. Contravención expresa del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal. Para sostener esta alegación el recurrente expresa que el testimonio propio rendido por él en la audiencia de juzgamiento no ha sido tomado en cuenta como medio de defensa y prueba a su favor, conforme establece la mentada norma. Al respecto, el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal establece que:

"El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba con él. Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento. En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa".

De lo expuesto, se advierte que la defensa técnica del recurrente nuevamente centra su alegación en atacar la valoración del acervo probatorio realizado por el Tribunal de Apelación, en cuanto a su criterio se ha dejado de considerar el testimonio propio del procesado al dictar sentencia, pretendiendo nuevamente una revalorización de la prueba, situación que tal como ha quedado demostrado de manera motivada, no es procedente en sede de casación, por lo tanto, y sin que exista la exposición de otro argumento jurídico tendiente a demostrar la violación del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, se determina que la exposición del recurrente es improcedente para justificar la contravención expresa del articulo antes señalado.



7.4. Contravención expresa del artículo 14 del Código Penal Ecuatoriano. Finalmente, el recurrente menciona que existe una contravención expresa del artículo 14 del Código Penal Ecuatoriano, en el sentido de que el procesado no ha obrado con dolo, sino que sus acciones son más bien culposas, al haber omitido tener respaldos o facturas del dinero dispuesto, pero que su finalidad nunca fue la disposición personal del dinero y así el consecuente perjuicio a los miembros de la cooperativa.

El artículo 560 del Código Penal Ecuatoriano, establece que:

Art. 560. El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Tomando en cuenta lo antes anotado, es necesario mencionar que el delito de abuso de confianza, tal como se encuentra concebido en el ordenamiento jurídico nacional no acarrea en si una modalidad culposa del mismo, ya que, establece la acción de quien "fraudulentamente hubiere distraído o disipado, en perjuicio de otro, efectos, dinero..."

En este caso, se tienen como hechos probados, que el recurrente era el tesorero del Consorcio para la vivienda e interés social "Virgen del Quinche", el cual tenía la función de verificar que los socios realicen los pagos correspondientes a cancelar la hipoteca que pesaba sobre el bien a adquirir, en la cuenta de la Cooperativa Alianza del Valle, para luego que se alcanzara la cantidad necesaria poder cancelar la mentada hipoteca.

Tal como menciona el artículo 14 del Código Penal, se establece que el dolo es el designio de causar daño, el cual se divide en intencional que opera cuando el acontecimiento dañoso o peligroso es el resultado de la acción o de la omisión y fue un resultado previsto y querido por el agente y el preterintencional que se da cuando la acción u omisión

se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

Ante lo cual es necesario mencionar que el procesado siendo tesorero y socio del Consorcio para la vivienda e interés social "Virgen del Quinche", tenía pleno conocimiento de la finalidad que aquellos dineros tenían y que la disposición arbitraria de aquellos valores causaba un perjuicio a la comunidad, en razón de no poder cancelar la suma que se adeudaba a los propietarios del terreno que se planeaba adquirir, por lo que la acción de disipar los 11.584,00 dólares existentes en la cuenta del Consorcio "Virgen del Quinche", sin comunicar de este particular a los socios, no asistir a entregar respaldos de dichos cobros y luego desaparecer tanto de la asamblea general del Consorcio, configuran claros actos dolosos que se adecúan al tipo de abuso de confianza y no pueden ser considerados por este Tribunal como acciones culposas, por lo tanto, no se puede considerar la causal indicada por el procesado recurrente.

En suma, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, considera que no han sido comprobadas las violaciones expresas a la norma citadas por el recurrente.

Por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal,

#### **RESUELVE:**

- Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Telmo Nelson Chavez Sevilla.
- 2. Devuélvase el proceso a la autoridad de origen para la ejecución de la sentencia, notifíquese y cúmplase.
- f.) Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional Ponente; Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional; Dr. Efraín Duque Ruiz, Conjuez Nacional.





#### VII

## Resolución nro. 815-2014 Juicio nro. 637-2013

Juicio penal por plagio en contra de Julio Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla

#### SÍNTESIS

El Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua, dicta sentencia condenatoria en contra de Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chila " por considerar que "se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción tipificada por el Art. 188 del Código Penal y sancionada por el Art. 189, numeral uno, ibídem, como la responsabilidad de los procesados..." quienes mediante amenazas subieron a los menores de edad al automotor, de propiedad del procesado Juan Daniel Sinaluisa, que al momento de los hechos se encontraba cubierto con una placa plástica; que haciendo uso de su uniforme de policía nacional y encontrándose armado, se apoderó de los menores NN y XX, porque según ha manifestado se les encontró en su poder una pipa, supuestamente conteniendo marihuana, de la cual no consta evidencia; ha pedido el número telefónico de sus familiares y ha solicitado trescientos dólares para su libertad, configurándose el delito de plagio, por lo que les impone: al primero de los nombrados, la pena modificada de seis meses de prisión correccional, por haberse justificado la circunstancia agravante del art. 190.1, inciso tercero, del Código Penal, y se ordena el decomiso del automotor mencionado; y, al segundo, por haberse justificado atenuantes, se le impone la pena modificada de dos meses de prisión correccional. La Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte, conoce de los recursos de nulidad y apelación interpuesto por los procesados, la que declarando la valides de lo actuado, se los rechaza. Juan Daniel Sinaluisa Guapi, interpone recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia y la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y tránsito, lo declara improcedente.

#### PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE TUNGURAHUA. Ambato, 16 de septiembre de 2010, las 15h34.

VISTOS. El Juez Segundo de Garantías Penales de Tungurahua, a quien ha tocado por sorteo el conocimiento de la Instrucción Fiscal, dicta en contra del JULIO DANIEL SINALUISA Y CARLOS VINICIO CHÁVEZ CHIFLA, auto de llamamiento a juicio por el delito de plagio tipificado en el art.188 del Código Penal, en razón de que el día lunes veinte y seis de octubre del año 2009, a eso de las dieciocho horas treinta, en el sector de Izamba, concretamente por el mercado Santa Clara en la parroquia Izamba de esta ciudad de Ambato, han sido detenidos los señores JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI Y CARLOS VINICIO CHÁVEZ

CHIFLA, quienes se trasladaron en un vehículo de cuatro puertas el mismo que ha sido de propiedad de Juan Daniel Sisalema Guapi cuyas características consta como indicio número tres como es que presenta, que han obtenido en el operativo efectuado con la intervención del Mayor de Policía Ricardo Córdova y el Tnte. Diego Guerra han procedido a realizar un operativo ya que han tenido la información de que los menores de edad, habían sido llevados contra su voluntad en el vehículo en mención, indicándoles que van estar presos por más de un año ya que se les ha manifestado que tenían en su poder una pipa de la cual supuestamente contenía marihuana de la cual procesalmente no consta ninguna evidencia, pero es necesario indicar este antecedente para determinar porque los menores de



edad NN y XX se encontraban en compañía de Juan Sinaluisa y Carlos Chávez, lo cual tratan de desmentir los hoy procesados, y que supuestamente el señor Juan Sinaluisa Guapi quien se encontraba uniformado ha retenido a los menores antes mencionados, para la cual ha pedido el número telefónico de sus familiares, contactándose con la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio a quien ha solicitado la cantidad de trescientos dólares para ponerles en libertad a los menores, por lo que se ha trasladado desde la ciudad de Latacunga no sin antes comunicarse con un familiar que es miembro de la Policía quien alertado al Mayor Ricardo Córdova para que tomen las medidas del caso, es así como tienen un encuentro la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio en el redondel de Izamba cerca del mercado Santa Clara de esta Ciudad de Ambato, reunión en la cual se entrevista con Juan Sinaluisa Guapi y le entrega la cantidad de trescientos dólares americanos que según dice la señora incluso los había marcado con alguna señal o huella distintiva para saber cuáles eran las series de los billetes que han entregado, luego de esto advierten la presencia de una camioneta Chevrolet DMX, color habano y por cuanto el señor es miembro de la Policía y conocen que trabajan esas camionetas al servicio de la Policía Judicial razón por la cual es obligada también a subirse al Chevrolet corsa azul, al advertir la presencia policial, el señor Sinaluisa trata de evadir la justicia arrancando su vehículo en el momento en que el Mayor Ricardo Cordova trataba de detener al mismo cuando se encontraba en medio de la calzada que intervinieron en este operativo también el Sbte. Guerra, logrando interceptarlo al vehículo chevrolet, corsa color azul, en cuyo interior se encontraba como conductor Juan Sinaluisa y como copiloto Carlos Chávez y en la parte de atrás NN, XX y la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio. Apelado que fue el Auto a la Corte provincial de Justicia de Tungurahua, Sala de lo Penal y Tránsito, con fecha lunes 5 de abril del 2010, las 15h30, rechaza el recurso de apelación y se ratifica el Auto de Llamamiento a juicio. Habiendo tocado por sorteo el conocimiento del juicio a este Tribunal Primero de lo Penal de Tungurahua, pasada su audiencia y encontrándose la causa en estado de dictarse sentencia, para hacerlo, se considera: **PRIMERO**. Al presente juicio se le ha dado el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal, sin omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión, razón por la cual se declara su validez procesal. **SEGUNDO**. El Tribunal de Garantías

Penales debe analizar los presupuestos legales que conlleven a comprobar la materialidad de la infracción conforme a derecho así como la responsabilidad del acusado, y estas aspectos deben comprobarse a través de la prueba que deberá ser solicitada ordenada, practicada e incorporada al juicio durante el desarrollo de esta audiencia de juzgamiento, todo ello conforme lo establecido por los art. 79, 83 y 85 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el art. 250 Ibídem; en el presente proceso, y por elemental lógica jurídica se deberá primero demostrar la existencia material de la infracción acusada, esto es el delito de Plagio, para lo cual la Fiscalía ha desarrollado y practicado la siguiente prueba: Incorpora el parte de Detención constantes a fojas 27 y 28, comprobante de ingreso de vehículo marca chevrolet corsa, color azul constantes a fojas 29, evidencias de la cadena de custodia en las cuales se hace constar una pistola Marca SIG-PRO, serie nro. SP0052188, con 12 cartuchos en el interior su alimentadora, un celular Marca Nokia, Modelo 5200, de color azul y blanco con su respectiva batería y su chip movistar, un celular Marca Nokia, modelo 6120, de color negro y plomo con su batería y su chip movistar, una billetera Marca Toto, de color azul conteniendo en su interior una credencial policial y una cédula de ciudadanía, tres licencias de conducir de tipo A y E, A, un certificado de votación, dos tarjetas plásticas con el Logotipo del banco de Guayaquil y Fujifilm, un billete de veinte dólares americanos de serie eg 50374696 C. Todos estos documentos a nombre de Sinaluiza Guapi Daniel, constantes a fojas 30, un certificado de matrícula del vehículo Marca chevrolet corsa, de color azul, un manuscrito en la que se hace constar una serie de números y letras, constantes a fojas treinta y dos, la Noticia Técnica de Inspección Ocular constantes a fojas 33 todos la fojas del cuaderno del Tribunal, presenta la siguiente prueba testimonial: Comparece el Cabop. Willian Balladares Zamora, quien manifiesta ser perito, que el 27 de octubre del 2009, se trasladó hasta los patios de vehículos de la policía judicial, que el vehículo del cual hicieron el peritaje se trataba de un vehículo marca chevrolet, corsa evolutión, color azul, en buen estado, que las placas de identificación se encontraban debajo de la placa chevrolet, reconoce su firma y rúbrica del informe que se le pone a la vista.- Comparece William Fabricio López Santana, quien manifiesta ser perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, que realizó la visura de los billetes que constan como evidencias, que la





misma la realizó en las bodegas de la policía judicial, que el fotografío los 14 billetes de veinte dólares y los dos billetes de 10 dólares y una moneda de un dólar, reconoce los billetes y la moneda que se le pone a la vista, que como conclusión determinó que los billetes son reales los mismos que quedaron en cadena de custodia de la policía judicial, a las preguntas de la Defensa dice, que en base al oficio enviado por la Fiscalía se basaron para hacer el peritaje, que el si se posesionó legalmente como perito en la Fiscalía, que los billetes se encontraban en las bodegas de la policía judicial.- Comparece el Cbop. Luis Fernando Tonato Chisiguano, quien dice pertenecer a la Unidad de Apoyo Criminalístico que realizó la inspección del lugar y la visura del vehículo en el cual se encontraban algunos indicios, carnet estudiantil, matrícula, gorra, la cantidad de Trescientos Dólares en dinero en efectivo. Reconoce todos los indicios que se ponen a la vista, así como los trescientos un dólar que se le pone a la vista, que al ser el cotejamiento de los billetes con los números de serie de los billetes da un resultado exacto, que en el operativo estaban presentes el Mayor Córdova, Subteniente Guerra. Reconoce el Informe y se ratifica en el mismo. Contraexamen de los Abogados Defensores dice: que se encontraba con su compañero César Galarza, que el dinero encontró sobre el piso parte posterior interna del vehículo, se remite a las fotografías para demostrar como encontré el dinero, que se remito al contenido del informe, que al realizar una inspección le ayuda a recabar o a levantar indicios, que en esos momentos no estaba presente el Fiscal, que las evidencias fueron embaladas, etiquetadas y enviadas a bodega en Cadena de Custodia. - Comparece el Pol. César Rodrigo Meléndez Cherrez, dice encontrarse acreditado como perito que realizó el informe de Visura de la evidencia, entre ellos los Trescientos dólares Americanos, que el mismo lo realizó en las bodegas de la policía judicial por encontrarse en cadena de custodia, al ponerles a la vista los billetes reconoce como aquellos que fue objeto de la pericia, que los mismos se encontraban bajo custodia, reconoce firma y se ratifica en el Informe, al contra examen de los Abogados Defensores, dice ser ingeniero en sistemas. Dice que él sabe que los billetes son evidencias que desconoce a quien han incautado ese dinero.- Comparece el Chop. Marco Vinicio Toapanta Pujos, quien dice encontrarse acreditado como perito, que por pedido de Fiscalía se hizo el informe en las Oficinas de la bodega de la Policía Judicial, de las evidencias incautadas como pistola, celular

Nokia 5.200, color negro, billetera de nylon color azul, licencia, tarjeta de descuento, veinte dólares, funda plástica con billetes Trescientos un dólares Americanos, que estas evidencias se encuentran enunciadas en el informe. Se le pone a la vista la evidencia, los reconoce en su totalidad que constan en el informe, reconoce y se ratifica en el informe. Al contra examen: manifiesta que es perito en Criminalística, especialista en Documentología, y en el que se fundamentó para hacer el avalúo. Que al revisar el informe de las evidencias que forman parte de la cadena de custodia no existen la descripción de los trescientos dólares pero que en el parte policial entre la información de las evidencias si existen mismas que se encontraban en la bodega de la Policía Judicial.- Comparece Cabp. Omar Pérez Coyago, quien manifiesta ser perito acreditado, que el realizó el reconocimiento al lugar de los hechos, el día lunes 16 de noviembre del 2010 a las 14h45, que se trasladaron al sector norte de la ciudad de Ambato, por los Focas del redondel de Izamba del cantón Ambato, que se encontraba ubicado en la avenida Indoamérica un inmueble cerca de una farmacia Santa Clara, que si existe señales de tránsito, de una vía única en sentido de circulación este a oeste, que el lugar de los hechos es una disposición que se cumple y es el lugar donde se cree se cometió un hecho ilícito, que e lleva el expediente en base a la información policial, que él no puede verificar participación y que solo se habla de supuestos hechos. Sgos. Luis Rigoberto Aguiar Gaibor, dice ser perito acreditado y haber realizado el informe de la visura del automóvil Chevrolet color azul, sin placa, que el mismo tiene un avalúo de nueve Mil dólares, se ratifica en el Informe, que lo que le llamó la atención es que el automotor no tenía placa, solo un plástico que decía Automotores de la Sierra. En el presente caso es indudable que hubo el apoderamiento de los menores por parte de los procesados, que se los privó de su libertad y que a cambió de recuperar la misma se solicitó la cantidad de Trescientos dólares Americanos, como así lo han justificado los peritos quienes de manera concordante, univoca y ratificándose en sus informes han relatado a este Tribunal la existencia tanto del dinero, como del automotor en donde se les mantuvo retenido a los menores ofendidos, así como la existencia del lugar de los hechos. El Código sustantivo Penal a tipificado al delito de plagio como aquel que se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, en otras palabras de cualquier modo, con uno



de los siguientes fines: a) para venderla, b) para ponerla al servicio de otro, c) para obligarla a pagar rescate, d) para exigirle la entrega de una cosa mueble, e) para que extienda, entregue o firme un documento, y; f) para obligar a un tercero a que ejecute cualquiera de los actos anteriores. En este tipo de delito el bien jurídico protegido es la libertad, sin embrago es indudable que también pueda lesionarse la seguridad y el patrimonio de la persona, ya que para devolver la libertad a la misma se le exige cierta cantidad de dinero o ciertas circunstancias alejada de su voluntad, para el Tratadista Maggiori, el objeto jurídico protegido del secuestro, plagio en nuestro País, es la libertad externa de las personas, la libertad de obrar y de moverse de la persona física del sujeto pasivo de la infracción, Vale decir la libertad de hacer por su propia voluntad y no forzados por un tercero quien no tiene derecho ni la autoridad para hacerlo. El Dr. Efraín Torres Chávez al analizar este tipo de delito en su obra Breves Comentarios al Código Penal, Libro 2, pág. 213, manifiesta: "El ilícito requiere dolo genérico, o sea, la instancia de violar la libertad personal para obtener lucro y por lo cual hay también dolo especifico que se concreta precisamente, en el fin que se propone. Hay casos en que el dolo es subsiguiente, por qué el hecho no lo tuvo ab initio, es decir, realizado el plagio sin esta intención pudo surgir en un segundo momento, la misma, es obvio inferir que no puede haber culpa es esta figura que admite desde luego la tentativa." Este tipo de infracción, plagio, se consuma apenas se efectúa la privación de la libertad. En el presente caso de la prueba actuada conlleva a determinar que se ha comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción del delito de plagio tipificado en el art. 188 del Código Penal, comprobándose de esta manera el primer presupuesto del art. 250 del Código de Procedimiento Penal. **TERCE-RO**. Comprobada que ha sido la existencia material de la infracción, en el presente caso, el delito de plagio tipificado en el art. 188 del Código Sustantivo Penal, El Tribunal pasa a determinar la responsabilidad del acusado en el hecho, el art. 11 del Código Penal, determina que para reprimir por un acto previsto por la Ley como infracción, este acontecimiento dañoso o peligroso que deviene en la existencia del delito debe ser consecuencia de la acción u omisión de los procesados; esta disposición legal debe hallarse en íntima relación con lo establecido con el art.32 del mismo cuerpo legal esto es que nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción si no lo hubiere cometido

con voluntad y conciencia, en el presente caso, se debe determinar si en el apoderamiento en ese entonces menores de edad NN, XX realizado con engaños y con el propósito de lograr que un tercero, en este caso la madre de uno de los ofendidos, entregue la cantidad de Trescientos dólares Americanos en manos del procesado Juan Daniel Sinaluisa, dinero que constituyeron como evidencia en el presente caso, es fruto del accionar o de la responsabilidad del procesado, o si este tuvo directa participación en los hechos, para lo cual la Fiscalía ha fundamentado su teoría, en la participación directa de los procesados Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla en los hechos, con las declaraciones de los testigos señores: Comparece el Mayor de Policía Ricardo Fernando Córdova Espín, quien dice que se encontraba en el Comando Provincial y en ese instante el policía Marco Ortega le hizo conocer que por una llamada telefónica de un familiar de él, un agente de Antinarcóticos le ha encontrado a su sobrino con una pipa de droga, y le había pedido dinero, que esa información el inmediatamente dio parte al Jefe Antinarcóticos, Policía Judicial y Jefe de la Comandancia Provincial, que después dio a conocer sobre el asunto al Tnte. Guerra, quien inmediatamente con personal policial se trasladó hasta el redondel de Izamba lugar donde se iba a encontrar con los señores de Latacunga, que llegaron al lugar, el Tente Guerra, el policía Ortega, que ese momento el teniente Ortega logró ver a la mamá de los muchachos y a un compañero policía con un gorro negro, que ese momento le pidieron al compañero policía pero que por los nervios aceleró el carro dándose una vuelta por el mercado Santa Clara de Izamba y volviendo a llegar al mismo punto donde se encontraba miembros de GAO y la policía, que en ese momento le bajaron al compañero policía del corsa azul, y procedieron a quitarle el arma, trasladándose al Comando provincial llegando al cuartel a dar parte de lo sucedido, que encontraron 300 dólares, que el automotor se trataba de un corsa azul, reconoce las evidencias como aquellas que retiro y mando para que permanezca en cadena de custodia, que entre las evidencias se encontraba la pistola, celular, credenciales del policía, cédula de ciudadanía, tres tipos de licencia, certificado de votación, dos tarjetas plásticas y un billete de veinte dólares americanos. A las preguntas de la Defensa dice, que la detención lo realizó el Tnt. Guerra y los miembros de GAO, que si les informaron al os detenidos los derechos constitucionales, que el momento que él quiso hacer parar el vehículo





el sargento le lanzó el vehículo a su persona, que ese momento él no sabía de qué miembro de la policía se trataba, que el billete de veinte dólares que se encontró como evidencia se encuentra depositado y consta en cadena de custodia, que si conoce el manual de cadena de custodia, que si se siguió la cadena de custodia, que en numeral cuarto del parte policial consta la evidencias, que fue el 27 de octubre del 2009, a las 15h30 realizó el parte policial, que los trescientos dólares americanos que consta como evidencia encontraron en el interior del carro en el asiento posterior, detrás del chofer, que los trescientos dólares no consta en la lista de evidencias pero si se hace constar en la relación de los hechos, dice que la persona que se encuentra al mando del operativo debe hacer constar las evidencias y que es el personal de criminalística quien debe responder por la cadena de custodia, que el momento de la detención del señor Chávez tomó contacto con el Fiscal de turno, y fue él quien les informó lo que tenían que hacer en la audiencia de formulación de cargos, que fue el señor Fiscal quien dijo en mencionada audiencia que era la persona de civil quien quedaba detenido, que en el asiento de atrás del corsa azul se encontraban dos muchachos y una señora que estaba sentada en la parte posterior del asiento detrás del chofer, que fue el Tnt. Guerra quien se quedó a cargo del vehículo junto al personal del GAO. Comparece el Subt Diego Guerra Santana quien manifiesta que recibió orden del Comandante y del Mayor Córdova, donde se va a dar una transacción con unos detenidos en el redondel de Izamba con una señora que venía de Latacunga y una persona vestida de policía que se encontraba en un vehículo chevrolet Corsa, color Azul, que luego de haber realizado la transacción vio que la señora se subió al vehículo chevrolet corsa y que fue en ese momento que el policía se dio a la fuga, que por el nerviosismo de reconocer a los miembros policiales, el conductor del vehículo corsa dio la vuelta por el mercado Santa Clara, regresando al mismo lugar. En el momento de la detención identificaron al conductor como un miembro de la Policía Nacional de nombres Juan Daniel Sinaluisa, que el comprobante de ingreso de la evidencias que ingresa como cadena de custodia lo hace el bodeguero, que no se puedo poner las placas originales del automotor ya que esta estaban tapadas las placas de plástico de Automotres de la Sierra, reconoce a los procesados y se ratifica en su informe. Al contra examen dice, que quien detuvo al policía Sinaluisa fue el Mayor Córdova, que el vehículo Marca che-

vrolet corsa ingreso a órdenes del Cabo Efraín Ortega quien se encontraba, encargado en ese día del patio automotor de la policía, que fue los agentes de criminalística quienes hicieron constar en su parte el dinero Trescientos dólares Americanos encontrados. Se inspeccionó el vehículo en presencia del dueño Policía. Que el no hizo constar los Trescientos dólares dentro del informe de evidencias porque se encontraba como investigador. Que el sí tuvo conocimiento del Plagio de unos menores, que fue el departamento de criminalística quien tomó procedimiento del dinero y que al él no le compete determinar qué clase de delito han cometido, que la madre de uno de los menores se encontraba en el asiento posterior del automotor detrás del chofer.- Comparece César Rodrigo Galarza Núñez, quien manifiesta ser perito, que el 26 de octubre del 2009, se encontraba de guardia con el sargento Tonato, que a las 20h00, recibió una llamada y que se trasladaron al Comando y tomó contacto con el Tnt. Guerra, que se trasladaron hasta Izamba en donde vieron un automóvil corsa color azul que en su interior se encontraban varias personas, que en el asiento posterior detrás del chofer se encontró la cantidad de trescientos dólares americanos la misma que se levantó como evidencia, que en base a estas evidencias se realizó el informe ocular, se le pone a la vista todas las evidencias, las mismas que es reconocidas, reconoce los billetes los mismos que se encontraban al interior del vehículo, que el procedimiento fue realizar la inspección del vehículo el mismo que estaba cerrado, que el dinero se encontró en la parte posterior del asiento, que el vehículos se trata de un corsa, color azul, de cinco puertas, sin Placas, que los billetes se encontró en el asiento posterior atrás del chofer, sobre el piso, que estos billetes estaban envueltos, que él entregó a las evidencias en el centro de acopio a fin de que formen parte de la cadena de custodia, que dentro de esta cadena de custodia también se encontraba un documento con las serie de los billetes, reconoce su firma y rúbrica del informe que se le pone a la vista. Comparece XX, que se encontraba con su amigo NN, que en ese momento se les acerco un carro corsa, color azul, que se encontraba uniformado de Policía Nacional, que ese momento les hicieron subir al carro porque se encontraban en actitud sospechosa, que después se subió otro señor y estaba vestido de civil, que comenzaron a registrales, y les quito el dinero y pidió el teléfono de la casa a su amigo, que después el policía se bajó a unas cabinas y les dijo que la mamá ya venía arreglar, que hasta



que venga la mamá ellos estaban dando vueltas en el carro, que después se trasladaron a Izamba en donde localizaron a la mamá, que en ese instante bajo el señor policía y hablaba con la mamá de su compañero, se acercó al carro y le dijo la señora que bajen, pero no sabe que paso y le hicieron subir al carro a la mamá y se metieron por una calle de Izamba y después asomo la policía, que el policía les dijo que les dé el teléfono de la casa para arreglar el problema porque les encontró con una pipa de droga, que dijo que les llevaría presos por un año, que quien bajo hablar de unas cabinas a la mamá de su compañero fue el policía, que estaba puesto un gorro negro, reconoce a los procesados, al contraexamen responde: que a la hora que se subieron al automotor fue a las 16h30, que después de unos veinte minutos se subió el procesado Vinicio Chávez, que venía son su amigo al Mall de los Andes, que no conoce Ambato, que el momento que les detuvieron se encontraban caminando, que el policía les pregunto los nombres pero no les pidió ninguna identificación y que el solo tenía el carnet de estudiante, que fue el acompañante Vinicio Chávez quien les hizo cacheo, que el policía no les amenazó, pero si les dijo que iban a ir a la cárcel por un año, que no les pidieron dinero, pero que en la noche se enteraron que había pedido dinero a la mamá de su compañero NN, que no sabe el nombre del policía nacional que es familiar de su amigo, que después se enteró del operativo que realizó la policía, que a la casa de él no llamaron, que el lunes 26 de octubre del 2010, se encontraban por la Dolorosa y se bajó un policía que les dijo que se suban porque se encontraban en actitud sospechosa.- NN, quien debidamente asistido por su Curador por ser menor de edad dice: El día lunes 23 de octubre del 2010, me encontraba en la Iglesia La Dolorosa a eso de las cinco y media de la tarde, estaba con XX, por una supuesta actitud sospechosa se acercó un Policía, y nos ordenó que nos subamos a un vehículo particular automóvil manejado por dicho Policía, nos daba vuelta por todo Ambato, me quitó veinte dólares, le dimos el número de teléfono y le ha llamado a mi mamá, indicándole que nos ha encontrado con marihuana y que debía estar preso uno o dos años a cambio de esto le ha pedido trescientos dólares, que debía entregarle en el Redondel de Izamba, cuando llegó mi Madre se puso una gorra negra; regresó mi Madre nos pidió que bajemos del carro pero en ese momento el Policía se dio cuenta, que se encontraba la policía y se echó a la fuga le interceptó una camioneta Dimax que ha

sido de la Policía, que después de llevarle la policía detenido, nos fuimos a dormir en la Dinapen, que ese día se encontraba en compañía de su compañero XX y reconoce al procesado como el policía que les llevó en su automóvil y quien les dijo que estamos detenidos por actitud sospechosa, le dijimos que queríamos hablar con nuestros Padres, y lo que hizo es pedirnos los números telefónicos de nuestros domicilios, que fue en el redondel de Izamba en donde se encontró su madre con el policía, al contra examen responde: Estaba solo el Policía cuando les hizo subir al vehículo, el otro sujeto se subió después de unos quince minutos en el redondel de Cumandá, nos hacía dar vueltas, dijo que tenía que encontrarse con un amigo quien le hizo más de cinco llamadas, que él se encontraban en el automotor corsa azul les hizo dar vueltas por el Estadio como tres horas, que se encontraba aquí en Ambato porque venía al Mall de los Andes, que él si conocía que su tía tiene parientes en la Policía, y que solo su madre se bajó del taxi en el redondel de Izamba, que fue el policía quien se bajó del auto y se fue a conversar con su madre de nombres Enma Rosario Hinojosa a quien le ha pedido que traiga trescientos dólares, para ayudarles y darles la libertad y que fue su hermana quien le ha hecho el préstamo de trescientos dólares. Reconoce a los procesados como aquellos que les subieron al carro corsa colora azul y les detuvieron.- Comparece Enma Rosario Hinojosa Acurio, quien dice que el lunes 26 de octubre del 2009, a las 18h45, se encontraba en su casa, que en ese momento recibió una llamada por teléfono y un hombre le dijo usted es la mamá de NN, a lo que respondió que sí, le dijo sabe dónde está su hijo, él está detenido en Ambato por tenencia de droga, soy policía, como también soy padre de familia voy a tratarle de ayudar, traiga 300 dólares para ayudarle, a lo que respondió que en ese momento no tenía pero que iba a buscar el dinero y que se demoraba unos 45 minutos, a lo que el policía respondió que fuera en un taxi para que llegará rápido, que ese momento se trasladó hasta donde su hermana Raquel quien le prestó los 300 dólares y dijo que le acompañe Ambato porque su hijo estaba detenido en Ambato, que más o menos a la altura del peaje volvió a recibir otra llamada del policía preguntándole donde estaba y que le esperaba en el terminal, pero después recibió otra llamada diciéndole que le esperaba en el redondel del Izamba, que ese momento su hermana llamó a Marco Ortega, quien también es policía y es pariente de su hermana, que el momento que ella se





bajó del taxi se fue al redondel de Izamba que en ese momento paso un carro corsa azul, y le vio a su hijo en el interior del carro, que la persona que se bajó del carro estaba vestido de policía con un gorra negra, se acercó hacía ella y le pregunto si había traído el dinero, que ese momento le entrego el dinero al policía y se regresaron dónde estaba estacionado el carro, en donde vio a su hijo y su compañero, que en la parte de adelante estaba otra persona vestida de civil, que ese momento ella requirió al policía dejara salir a su hijo porque todo estaba arreglado, pero que ese instante él se percató de un automotor color beige, y ese momento le jaló del brazo y le dijo súbase señora, que más abajo estaba lo policía quien le pidió que pare y el señor policía no paro, que después se dieron una vuelta por Izamba volviendo a llegar al mismo sitio donde estaba la policía, haciéndole bajar al policía llevando hasta la policía judicial, que los billetes que entregó al policía eran 14 billetes de veinte dólares y dos billetes de diez dólares, reconoce a los procesados como aquel policía y acompañante a quien entregó el dinero, que el acompañante del policía no hacía nada, a las preguntas de la Defensa dice: que ella recibió la llamada cuarto para la siete de la noche, que en ese momento le dijeron que estaba detenido su hijo ya que su hijo tenía una pipa con droga, que su hermana vive a lado suyo a unas dos cuadras más o menos, que su hermana es bachiller y se dedica al comercio de ropa, que fue su hermana quien anoto en un papel la serie de los billetes que entregó al policía por recomendación del señor Marco Ortega quien también es policía, que ella no constato la serie de los billetes pero que eran 14 billetes de 20 dólares y dos de 10 dólares, que el momento que se subió al corsa azul, ella se sentó a lado de su hijo, en el asiento posterior atrás del conductor, que ella entregó el dinero al policía pero no sabe dónde éste se guardó el dinero, que no sabe de dónde sacó el dinero su hermana pero que su hermana le preguntó para qué quería el dinero y ella le respondió que era para pagar porque su hijo estaba detenido en Ambato, que le acompañara, que ella se encontraban en el dormitorio de su hermana y que una vez que le dio el dinero llamaron a un taxi, que el momento que le detuvieron al policía no le dijeron que ella estaba detenida, que fue el policía quien le dijo que se subiera al auto y le obligó a que lo hiciera, pero que se subió voluntariamente, que ella si rindió una versión en la policía judicial al siguiente día, que ella y su hijo se retiraron tranquilamente a su domicilio, que en la policía judicial no observó nada, que

no se puso en contacto con ningún policía. Comparece Fanny Raquel Hinojosa Acurio, quien dice que trabaja como consultora de yanbal, que el día de los hechos estaba en su domicilio y llegó su hermana Enma y pidió que le prestará trescientos dólares, preguntándole que le ha pasado a lo que respondió que su hijo estaba detenido en Ambato, me pidió que le acompañe a Ambato que ya por el sector del Yambo le llamaron otra vez a mi hermana diciendo que le esperará por Izamba que en ese momento le llamé a Marco Ortega quien es un pariente y también es Policía Nacional quien me sugirió que copie la serie de los billetes y eso hizo, reconoce el documento donde se hace constar unos números y series y manifiesta ser el documento de la serie de los billetes que ella copio, que al llegar a Izamba, su hermana se dirigió al redondel y observé que el hombre se acercó a su hermana se encontraba con gorra negra, nuevamente llamé a mi sobrino luego me dijo que ya estaba en Izamba la Policía, que ella no se bajó del taxi, que su hermana tenía que entregar el dinero y ellas debía regresar en el mismo auto, ya con los menores de edad, que el dinero que le prestó a su hermana fueron 14 billetes de 20 y 2 billetes de 10 dólares. Contra examen de la Defensa dice: que si conoce a Marco Ortega que es sobrino político, ella se contactó con él en la laguna de Yambo, que los trescientos dólares que ella le prestó a su hermana Enma era para entregar al Policía que los había detenido, que fue su hermana quien fue a su domicilio y en el dormitorio le pidió trescientos dólares, le dije para que necesitaba, me dijo que su hijo estaba detenido en Ambato, tenía el dinero en mi cartera junto al aparador en el dormitorio yo llamé al Radio Taxi, ya oscurecía entre las seis y siete de la noche y que su hermana no le ha devuelto el dinero hasta el día de hoy. Rinden su testimonios el procesado Carlos Vinicio Chávez Chifla, quien bajo juramento dice: que el día 26 de octubre del 2009, se encontraba en su domicilio, y su mamá le pidió que vaya a comprar aliños para hacer la colada morada, a quien le supo manifestar que se iba a encontrar con un amigo y después iría a comprar los aliños, pero que su amigo no asomó, que su amigo se llamaba Nelson Sánchez a quien le consiguió un trabajo en un taxi, como no llegó se encontraba parado y se encontró con dos personas, una de ellas es su amigo Santiago Masapanta y la enamorada que desconoce su nombre y quienes salían de la universidad, subieron conversando por la avenida el Rey y en ese momento llegó el señor Juan Daniel Sinaluisa, que ese momento era cuarto para



la seis, y le llamó la atención y le dice sube acompáñame a entregar a estos menores a la madre, a las preguntas de la defensa dice, que conoce a Juan Daniel Sinaluisa hace unos dos años, porque vive en la Dolorosa ya hace 14 años, que si se encontraban dos muchachos en el vehículo pero no le indicó nada, luego conversaron que les iba entregar a la mamá, que llegaron a Izamba, y el señor Sinaluisa dijo que le iba a esperar a la mamá, que después Sinaluisa se bajó y dijo que va encontrarse con la mamá de los muchachos, que él se quedó en el vehículo con los muchachos, que después de unos cinco minutos se subió solo el señor Sinaluisa al carro, después de unos cinco minutos llegó la señora y les pregunto qué están haciendo aquí, y después se subió la señora al carro y no pasó nada, porque la señora no conocía Ambato, y después llegó la policía y comenzaron a seguir, que un carro sin placas les seguía y se asustó, que se dieron la vuelta por el mercado Santa Clara de Izamba, y les detuvieron la policía, reconoce el celular blanco que se le pone a la vista y dice que le pertenece. La Defensa del señor Carlos Vinicio Chávez Chávez Chifla, basa su teoría del caso en el hecho que su defendido es inocente por no haber participado en el delito que se le acusa y presenta la siguiente prueba documental el parte policial constantes a fojas 87, 88 del proceso, y presenta certificados de antecedentes penales y de trabajo, presenta la siguiente prueba testimonial: Comparece Edgar Santiago Masapanta Cajas, quien dice que se encontraba en el parque Cevallos con su enamorada, que entró a la universidad a dejar un libro, que salió a eso de las cinco y media y se encontró con Vinicio quien le comentó que tenía que esperar a un amigo para darle un trabajo, que después decidieron salir, que el momento que se encontraban caminando escucharon que un señor le llamó a Vinicio, mismo que se subió al carro y se fue, que el señor que se encontraba en el automóvil que llamó a su amigo Vinicio se encontraba con uniforme verde, que después de eso el subió a dejarle a su enamorada por el parque Troya para que se vaya a su casa, que el carro era un corsa azul. Comparece Teresa Germania Palacios Pico, quien dice: que se encontró con su enamorado, se fueron a la Universidad Técnica de Ambato, me presentó a Chávez, que esperaba a un amigo para darle un trabajo, a la altura del Banco del Pichincha se asomó un vehículo y el chofer lo llamó. Que comentaban con Vinicio Chávez estaba tranquilo, que trabaja en la noche. Trabaja como taxista. El chofer del automóvil azul estaba con uniforme de Policía le llamó

ingresó al vehículo y se despidió. Comparece Celia Marina Rojas Pineda, quien manifiesta conocer al procesado desde que nació, le conoce como un hombre honrado, honorable y trabajador humilde. Rinde su testimonio bajo juramento el procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi quien manifiesta: que el señor Carlos Vinicio Chávez Chifla no tenía conocimiento nada del caso que se trataba, que su automóvil marca chevrolet corsa evolutión, cinco puertas recién lo compró que por esa razón se encontraba aún con el logotipo de la casa donde compró y estaba tapada la placa, que el día 26 de octubre del 2009, trabajo porque se acabó de llegar de franco, que ante una denuncia realizada acudieron a ver a unos menores que se encontraban en actitud sospechosa, que eran unos adolescentes, que al ver a los menores les pregunto qué es lo que hacían, respondiendo los mismos que no eran de esta ciudad de Ambato, y que no sabían dónde se encontraban, por lo que les solicitó se subieran al carro y le solicitaron me contacte con su madre, que no puso esto en conocimiento de las autoridades ni de la Dinapen ya que su madre le pidió que no les ingrese a la Dinapen la misma que se encontraba ubicada a 10 cuadras del lugar en donde se encontraban, que por humanidad y por pedido de su madre y además porque él también es padre no les ingresó, que ha eso de las 19h20 él se encontraba en Izamba y que él sabe que no es figura delictiva la actitud sospechosa, que fueron dos veces las que se comunicó con la madre del menor NN, que él fue a Izamba por que le pidieron por amor a Dios le espere ahí, que fue el quien pido a Carlos Vinicio Chávez le acompañe a Izamba y que en el carro se quedó el señor Chávez con los menores, que de ahí se dio la vuelta llegando al mismo lugar y fue ahí donde le detuvo el mayor Córdova, que él lo único que hizo es labor de la policía comunitaria que era entregar a los menores de edad a su madre, que él tiene conocimiento que debía comunicar a sus superiores por lo sucedido, pero que ese día él no tenía ni radio ni handy en la base, y que no se les encontró ninguna pipa de marihuana a los menores, reconoce las evidencias que se le pone a la vista como suyas, no reconoce el dinero y dice no pertenecerle, así como el teléfono celular color blanco con rojo. De su parte la Defensa del procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi ha basado su teoría del caso que por una rivalidad que le tiene el policía Marco Ortega en contra del procesado por ser miembros de la Policía Nacional, se ha dado el presente hecho siendo inocente del delito que se le acusa, defensa que si bien





fue encaminada a demostrar la no participación del procesado en el delito de plagio, en desarrollo de la presente Audiencia no logró demostrar ante este Tribunal su teoría del caso presentada, y presenta la siguiente prueba documental: solicita que se reproduzca y se considere el acta de audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos constantes a foias 33 a 41 del cuaderno del Tribunal, Noticia Técnica de Inspección ocular, constantes a fojas 33 y 34 del cuaderno del tribunal, Informe nro. 578 579, otorgado por la Médico Legista María Dolores Villagómez, constantes a fojas 44 y 45 del cuaderno del Tribunal, Parte de detención en donde se observa que solo existe un nombre el del señor Carlos Vinicio Chávez Chifla, constantes a fojas 27 y 28 del cuaderno del Tribunal, el informe de evidencias que queda como cadena de custodia en la cual no se hace constar los trescientos un dólares constantes a fojas 30 del cuaderno del Tribunal, Comprobante de ingresó del vehículo marca Chevrolet Corsa en la cual no se hace constar como referencia el dinero encontrado esto es los trescientos un dólar americanos constantes a fojas 49 a 52 del cuaderno del Tribunal, Acta de cadena de custodia de fecha 27 de octubre del 2009, el informe pericial y avalúo constantes a fojas 94 y 50 del cuaderno del Tribunal, certificado de matrícula del vehículo marca chevrolet corsa, el Informe Técnico de la Noticia Técnica constantes a fojas 53 a 56 del cuaderno del Tribunal, Informe y Reconocimiento de evidencias constantes a fojas 64 a 68 del cuaderno del Tribunal, acompaña certificados de antecedentes penales del señor Juan Daniel Sinaluiza y certificados de honorabilidad, presenta la siguiente prueba testimonial. Comparece la señora Ana Yannett Sánchez Cedeño, quien manifiesta que el 26 de octubre del 2009, se encontraba por el redondel de Izamba, que ella vende cosméticos, que como se percató de un carro color azul, en donde estaban dos niños y una señora, que ella no vio nada fuera de lo común, que no estaban amedrentados ni asustados y pensó que eran familiares, que en ese momento ella le llamó al señor Juan Daniel porque él le debe dinero de unos productos que le vendió, que el señor Juan Daniel estaba con dos jóvenes, que él estaba afuera del carro, que ella no le vio que estaba haciendo nada porque estaba parado en la calle. Comparece el señor Freddy Walter López Cordobés, quien manifiesta vivir en Izamba, que es Fiscalizador de obras, que el 26 de octubre del 2009, a las 17h15, salía del trabajo y vio un carro corsa azul, se acercó a saludar al señor Juan Daniel Sinaluisa porque es su vecino,

que en ese momento le comentó que tenía que entregar a unos chicos, se quedó conversando unos diez minutos, que a los muchachos se les veía tranquilos, no estaban amenazados con armas ni nada, que después se acercó una señora pero ahí el ya no puso atención, que el señor no ha tenido ninguna clase de problemas, que el señor Sinaluisa estaba sentado en el vehículo, que estaban como unas cuatro personas, que fue un día lunes que el salió tarde de su oficina porque tenía que entregar informes de su oficina. Comparecen la señora Edith Rebeca Ortiz, quienes manifiestan conocer al procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi, como un hombre trabajador, honorable y respetuoso con todo el mundo. Testimonios que este Tribunal no los acoge por no ser creíbles y constituirse en testigos referenciales. El art. 86 del Código de Procedimiento Penal, manda al juzgador en este caso al Tribunal Penal a apreciar la prueba con base a las reglas de la sana critica, teniendo como base indicios probados, graves precisos y concordantes que permitan establecer el debido nexo causal entre la infracción y sus responsables, en el presente caso la existencia de la infracción se encuentra comprobada conforme a Derecho, y de los testimonios rendidos es innegable, que se produjo el apoderamiento del ese entonces menor de edad NN y el menor XX, el día 26 de octubre del 2009, a las 18h30, como fruto de la directa intervención de los procesados Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla, pues fueron ellos quienes mediante amenazas y engaño subieron a los menores de edad al automotor marca chevrolet corsa, color azul, con placas XX, mismas que al momento de los hechos se encontraba cubierta con una placa plástica con el logotipo Automotores de la Sierra, de propiedad del procesado Juan Daniel Sinaluisa quien haciendo uso de su uniforme de Policía Nacional y que se encontraba armado, se apoderó de los menores por encontrarse en actitud sospechosa por el hecho de encontrar en poder de unos de los menores una pipa con marihuana, que una vez ya en el interior del automotor el procesado Carlos Vinició Chávez Chifla, haciéndose pasar por agente Antinarcóticos procedió a realizarles el cacheo apoderándose de uno de ellos la cantidad de Veinte Dólares Americanos, advirtiéndoles que por este hecho iban a quedar detenidos por uno dos años en la cárcel, que a cambio de su libertad pidió el número de teléfono de los menores, contactándose con la madre de uno de ellos misma que reside en Latacunga, provincia de Cotopaxi, obligando a la misma a entregar la cantidad de



trescientos dólares Americanos por la liberación de los menores entre ellos su hijo de nombres NN, hechos estos que han sido relatados por los menores ofendidos son concordantes con las rendidas por la madre y tía de uno de los menores señoras Enma Rosario Hinojosa y Fanny Raquel Hinojosa, cuando aseguran haber recibido una llamada por parte del Policía Nacional Juan Daniel Sinaluisa, a quien reconocieron como aquella persona a la que se le entregó la cantidad de trescientos dólares Americanos a fin que ponga en libertad a los menores, consumándose el delito de plagio, que a decir del tratadista Sebastián Soler "consumándose esta infracción tan pronto como el estado de sujeción ha sido creado..." es decir tan pronto se los retuvo contra su voluntad. El art. 42 del Código Penal manifiesta "Se reputa autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e indirecta, sea aconsejando o instigando a otro para que lo cometa..." disposición legal que se adecúa de manera total al accionar de los procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla, conllevan a establecer esta participación en los actos, de manera consciente y voluntaria, determinándose que la tipicidad en el delito de plagio, configurado en el art. 188, del Código Penal y sancionado en el art. 189 numeral uno del mismo cuerpo legal, fue cometido con la participación directa de los procesados Juan Daniel Sinaluisa Guapi, y Carlos Vinicio Chávez Chifla. CUARTA. Que la prueba señalada en los considerándoos anteriores, ha sido solicitada, ordenada, practicada e incorporada en la Audiencia de juicio como manda el art. 83 del Código de Procedimiento Penal, teniendo plena validez, la misma que valorada conforme a las reglas de la sana crítica, conforme lo establece el art. 86 ibídem, esto es con absoluta observancia de los principios de la teoría del conocimiento, la lógica, la recta razón y la experiencia, dan al Tribunal la certeza de que en la especie se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción tipificada por el art. 188 del Código Penal y sancionada por el art. 189, numeral uno, *ibídem*, así como demostrándose plenamente la responsabilidad de los procesados JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI Y CARLOS VINICIO CHAVEZ CHIFLA. Con respecto al procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi, se ha justificado una circunstancia agravante tipificado en el art. (190.1) inciso tercero que dice "Cometer la infracción utilizando orden de detención falsa, o simulando tenerla o abusando de autoridad

en el caso de los miembros de fuerza pública o jueces", por lo que no se le considera las atenuantes presentadas, con respecto al procesado Carlos Vinicio Chávez Chifla, no se ha justificado circunstancias agravantes, constitutivas o modificatorias de la infracción; por el contrario se ha justificado atenuantes constante en el art. 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, por lo dicho y de conformidad a los establecido por el art. 304-A, del Código de Procedimiento Penal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**, se dicta en contra de JOSÉ DANIEL SINALUISA GUAPI, ecuatoriano, de 42 años de edad, de profesión Policía Nacional, de estado civil casado, domiciliado en esta ciudad Ambato SEN-TENCIA CONDENATORIA, como autor responsable del delito tipificado en el art. 188 del Código Penal y sancionado en el art. 189 numeral 1, Ibidem, imponiéndole la pena modificada de SEIS MESES de Prisión Correccional; la que cumplirán el Centro de Rehabilitación Social Ambato, así como se ordena el decomiso del automóvil, marca Chevrolet, tipo sedán, modelo Corsa Evolución, de placas XX, cinco puertas, de conformidad a lo que dispone el art. 65 del Código Penal y al procesado CARLOS VINCIO CHAVEZ CHIFLA, ecuatoriano, de 28 edad, de ocupación chofer profesional, estado civil soltero, residente en esta ciudad de Ambato, del delito tipificado en el art. 188 del Código Penal y sancionado por el art. 189, numeral 1, Ibídem, imponiéndole la pena modificada de DOS MESES de Prisión Correccional la que cumplirán el Centro de Rehabilitación Social Ambato, debiéndose descontar todo el tiempo que haya permanecido detenido por la presente causa. Conforme lo previsto en el art. 60 del Código Penal se suspenden los derechos de ciudadanía de los penados, por un tiempo igual al de la condena, para la cual se deberá oficiar al señor Director del Consejo Provincial Electoral de Tungurahua, y se le condena también al pago de los daños y perjuicios que se reclamarán verbal y sumariamente en cuerda separada, y conforme a las reglas establecidas en el art. 31, numeral 1, literal a) del Código de Procedimiento Penal, las disposiciones legales aplicadas quedan señaladas. Léase y hágase saber.

f) Dra. Patricia Velásquez Flores, Jueza Temporal; Ab. Jorge Sánchez Espín, Juez Temporal; Dr. Rodrigo Gamboa Bonilla, Juez Temporal.





#### RECURSO DE NULIDAD

Juicio nro. 203-2010

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA.- SALA DE LO PENAL Y TRÁNSITO. Ambato, miércoles 8 de diciembre del 2010, las 09h31.

**VISTOS:** Juan Daniel Sinaluisa Guapi interpone recurso de apelación y nulidad de la sentencia condenatoria dictada en su contra por parte del Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, en tanto que, Carlos Vinicio Chávez Chifla, interpone recurso de apelación de la misma, por haber sido condenado a la pena de prisión correccional. Concedidos que han sido los recursos de Nulidad y Apelación, por el Tribunal de Garantías Penales correspondiente, se han remitido los autos a esta Sala, que es competente para conocer y resolver estos casos, en virtud de lo resuelto por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, que actuando en delegación del Pleno de dicho organismo creó las Salas Especializadas en las entonces Cortes Superiores del país y, con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, aprobada en Referéndum de 28 de Septiembre del 2008, y publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del mismo año, se mantienen las competencias de las Salas.- Para resolver, esta Sala, considera: PRIMERO.- La interposición conjunta de los recursos de nulidad y apelación, es procedente y así lo prescribe el Art. 335 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, la Corte resolverá en primer término el RECURSO DE NULIDAD. SEGUNDO.- La parte que interpone recurso de nulidad, debe hacer constar la causa de nulidad, de conformidad con la ley.- TERCERO.- El recurrente del recurso de nulidad señor JUAN DANIEL SI-NALUISA GUAPI, en su escrito de fecha martes 21 de septiembre de 2010, fundamenta su recurso en lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del Art.330 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, según lo que consta en su escrito, en la parte pertinente dice "...ya que si se violó la cadena de custodia de las supuestas evidencias físicas, si los peritajes realizados fueron posterior a los hechos, si no existe posesión de peritos, ni designación de los mismos, sin embargo hay informes periciales, con el único afán de acusar, sin que haya siquiera la resolución del Fiscal, la posesión de peritos y el plazo que se le concede, por lo tanto cómo se puede hablar de un debido proceso y de una justicia de acuerdo a los principios

establecidos en el Art. 172 de la Carta Magna, por lo que solicito se digne declarar la nulidad de este proceso.".- CUARTO.- Presentado el recurso de nulidad en forma legal y oportuna, el cual ha sido interpuesto ante la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 333 de las reformas al Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, remite el proceso al Superior. **QUINTO.-** Conforme lo que dispone el Art. 336 del Código de Procedimiento Penal, se convoca a los sujetos procesales a la audiencia pública, oral y contradictoria, la que se lleva a cabo el día lunes 15 de noviembre del 2010, a partir de las 08h39 en la que cual el recurrente, por intermedio de su abogado defensor, en lo pertinente manifiesta que del parte de detención no aparece la detención de Juan Daniel Sinaluisa Guapi, sino únicamente de Carlos Vinicio Chávez Chifla; razón por la cual se violaron expresos preceptos constitucionales ya que él nunca estuvo detenido y sin embargo se le hicieron las Audiencias respectivas; que en el proceso se han realizado y se han presentado peritajes inexistentes, ineficaces, por cuanto no aparece que el Fiscal los haya solicitado, así como tampoco que los haya ordenado; además indica que se ha violentado la cadena de custodia por cuanto las evidencias encontradas en un principio no coinciden con lo que después se dice se ha encontrado en el vehículo en el cual se ha hecho una diligencia de Inspección Ocular. La Fiscalía por medio de su representante manifiesta que en el presente caso no hay lugar a nulidad por cuanto toda la tramitación se ha dado cumpliendo solemnidades y formalidades legales y además cumpliéndose con el debido proceso, pudiéndose determinar tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de los acusados y sin que se haya producido ninguna causa de nulidad.- SEXTO.- El Código de Procedimiento Penal, en el Art.330, establece las causas de nulidad y dice: "Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: 1. Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el Art. 309 de éste Código; y, 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.". De lo



anotado en la fundamentación del recurso por parte del recurrente, éste no justifica la existencia de alguna de las causas de nulidad, señaladas en la disposición legal indicada. **SEPTIMO.-** A fs. 27 del expediente del Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, consta el Parte de Detención en el cual en la parte primera consta como detenido solamente el señor CHÁVEZ CHIFLA CARLOS VINICIO, sin embargo en la lectura del resto del parte, siempre se hace referencia a "...los hoy detenidos..."; en la parte final del indicado parte al detallarse las "Circunstancias de la detención", igualmente se hace referencia a que se detuvo a los señores Sgto. Juan Sinaluisa y señor Vinicio Chávez. Por consiguiente el parte de detención es tomado en su conjunto, como un todo y no solamente parte de él, por lo que se concluye que los detenidos son: Chávez Chifla Carlos Vinicio y Sinaluisa Guapi Juan Daniel. En relación a los peritajes no se han violado solemnidades sustanciales y la prueba ante el Tribunal Primero de Garantías Penales ha sido pedida, ordenada, actuada y agregada legalmente, conforme dispone el Art. 83 del Código de procedimiento Penal. En relación a la cadena de custodia desde el mismo "Parte de Detención" indicado anteriormente consta que en el vehículo Chevrolet CORSA Sedan, de placas XX, color azul, se encontró, entre otras cosas: dinero en efectivo con un monto de Trescientos un dólares americanos (\$. 301). **OCTAVO.-** Del análisis hecho por la Sala, se concluye que de autos no aparece que se haya omitido alguna solemnidad sustancial ni violación de trámite que influya en la decisión de la causa, en agravio del recurrente, así como tampoco se advierte la violación de algún derecho constitucional; además de que no se ha justificado conforme a derecho la existencia de ninguna de las causas de nulidad establecidas en el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal. Por lo expuesto se rechaza el recurso de nulidad interpuesto, declarándose válido lo actuado. Notifíquese.

f) Srs. Drs. Gabriel Bonilla; Milton Altamirano; y Rosa Alvarez, CONJUECES

#### **APELACIÓN**

CORTE PROVINCIAL.- SALA DE LO PENAL.-VISTOS: Con fecha jueves 16 de septiembre de 2010, a las 15h34, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, dicta sentencia condenatoria en contra de DANIEL SINALUISA GUAPI Y CARLOS VINICIO CHAVEZ CHIFLA, sentencia de la cual apelan los nombrados y concedido el recurso, el Tribunal Juzgador dispone remitir el proceso a esta Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Tungurahua, que es competente para conocer y resolver estos casos, de conformidad a la Resolución de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura que actuando en delegación del pleno de dicho organismo creo las Salas Especializadas en las entonces Cortes Superiores del país y con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del año 2008, se mantienen las competencias de las Salas. Pasada a la Sala de Conjueces, para resolver considera: **PRIMERO.**- El Código de Procedimiento Penal, en el numeral 2 del Art.343, establece la procedencia del recurso de apelación, como la del presente caso.- SEGUNDO.-De la tramitación procesal se desprende que en la presente causa se han observado las solemnidades sustanciales y formales, por lo tanto, se declara su validez.- TERCERO.- La sentencia condenatoria

dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, objeto de la apelación interpuesta, ha surgido de los hechos y pruebas realizadas y aportadas en la audiencia de juzgamiento, la cual se ha realizado ante el indicado Tribunal y con la comparecencia de los sujetos procesales.- Del auto de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez Segundo de Garantías Penales de Tungurahua, se conoce que el día lunes veinte y seis de octubre del año 2009, a eso de las dieciocho horas treinta, en el sector de Izamba, concretamente por el mercado Santa Clara en la parroquia Izamba de esta ciudad de Ambato, han sido detenidos los señores JUAN DA-NIEL SINALUISA GUAPI Y CARLOS VINICIO CHAVEZ CHIFLA, quienes se trasladaron en un vehículo de cuatro puertas el mismo que ha sido de propiedad de Juan Daniel Sisalema Guapi cuyas características constan del proceso, resultantes del operativo efectuado con la intervención del Mayor de Policía Ricardo Córdova y el Tnte. Diego Guerra, indican haber recibido información de que dos menores de edad NN y XX, habían sido llevados contra su voluntad en un vehículo marca Chevrolet, Corsa Evolution, indicándoles que van estar presos por mas de un año ya que se les ha encontrado que tenían en su poder una pipa de la cual supuestamente contenía marihuana, lo cual nunca constó como





evidencia, pero es necesario indicar este antecedente para determinar por qué los menores de edad NN y XX se encontraban en compañía de Juan Sinaluisa y Carlos Chávez, lo cual han tratado de desmentir los acusados, ya que supuestamente el señor Juan Sinaluisa Guapi quien se encontraba uniformado ha retenido a los menores antes mencionados NN y XX, para la cual ha pedido el número telefónico de sus familiares, contactándose con la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio a quien ha solicitado la cantidad de trescientos dólares para ponerles en libertad a los menores, por lo que se ha trasladado desde la ciudad de Latacunga no sin antes comunicarse con un familiar que es miembro de la Policía, quien ha alertado al Mayor Ricardo Córdova para que tomen las medidas del caso, es así como tienen un encuentro la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio en el redondel de Izamba cerca del mercado Santa Clara de esta Ciudad de Ambato, reunión en la cual se entrevista con Juan Sinaluisa Guapi y le entrega la cantidad de trescientos dólares americanos que según dice la señora incluso los había marcado con alguna señal o huella distintiva para saber cuáles eran las series de los billetes que han entregado, luego de esto advierten la presencia de una camioneta chevrolet DMX, color habano y por cuanto el señor es miembro de la Policía y conocen que trabajan esas camionetas al servicio de la Policía Judicial razón por la cual es obligada también a subirse al Chevrolet Corsa azul, al advertir la presencia policial, el señor Sinaluisa trata de evadir la justicia arrancando su vehículo en el momento en que el Mayor Ricardo Córdova trataba de detener al mismo cuando se encontraba en medio de la calzada, que intervinieron en este operativo también el Sbte, Guerra, logrando interceptarlo al vehículo Chevrolet, Corsa color azul, en cuyo interior se encontraba como conductor Juan Sinaluisa y como copiloto Carlos Chávez y en la parte de atrás NN, XX y la señora Enma Rosalía Hinojosa Acurio. CUARTO.-En la Audiencia de Juicio, por parte de la Fiscalía se han solicitado y practicado las siguientes pruebas: Se ha introducido el parte de Detención de los acusados, en el cual tomado en su conjunto se indica que han sido aprehendidos los señores JUAN DANIEL SINALUISA Y CARLOS VINICIO CHÁVEZ CHIFLA y además en la parte correspondiente a "CIRCUNSTANCIAS DE LA DETENCIÓN" consta que en el interior del vehículo se encontraban los siguientes indicios: "...dinero en efectivo con un monto de Trescientos un (301) dólares Americanos..." un comprobante de ingreso de vehículo

marca Chevrolet Corsa, color azul. Fiscalía ha presentado como prueba testimonial: El Cabo de Policía Willian Balladares Zamora, quien ha indicado que el 27 de octubre de 2009, ha realizado el peritaje de un vehículo marca Chevrolet, Corsa Evolution, color azul, en buen estado, que las placas de identificación se encontraban debajo de la placa Chevrolet, reconoce su firma y rúbrica del informe que se le pone a la vista.- El perito William Fabricio López Santana, quien indica haber realizado la visura de los billetes que constan como evidencias, que el fotografió los 14 billetes de veinte dólares y los dos billetes de 10 dólares y una moneda de un dólar, ha reconocido los billetes y la moneda que se le ha puesto a la vista.- El Cabo de Policía Luis Fernando Tonato Chisiguano, perteneciente a la Unidad de Apoyo Criminalístico, quien ha realizado la inspección del lugar y la visura del vehículo, en el cual manifiesta se encontraban algunos indicios como: carnet estudiantil, una matrícula, una gorra, la cantidad de Trescientos Dólares en dinero en efectivo. Ha reconocido todos los indicios que se le han puesto a la vista, así como los trescientos un dólar, que el dinero encontró sobre el piso en la parte posterior interna del vehículo, se remite a las fotografías para demostrar cómo encontró el dinero.- El Policía César Rodrigo Meléndez Chérrez, perito que indica haber realizado el informe de visura de la evidencia, entre ellos los Trescientos dólares Americanos, al ponerles a la vista los billetes, ha reconocido como aquellos que fue objeto de la pericia, ha reconocido firma y se ha ratificado en el informe.- El Cabo de Policía Marco Vinicio Toapanta Pujos, perito, que ha realizado el informe de las evidencias incautadas como pistola, celular Nokia 5.200, color negro, billetera de nylon color azul, licencia, tarjeta de descuento, veinte dólares, funda plástica con billetes Trescientos un dólares americanos.- El Cabo de Policía Omar Pérez Coyago, perito acreditado, que ha indicado que realizó el reconocimiento al lugar de los hechos, el día lunes 16 de noviembre del 2010 a las 14h45, que se trasladaron al sector norte de la ciudad de Ambato, por las Focas del redondel de Izamba del cantón Ambato.- El Sargento Luis Rigoberto Aguiar Gaibor, perito que manifiesta haber realizado el informe de la visura del automóvil Chevrolet color azul, sin placa, con un avalúo de nueve mil dólares, que lo que le llamó la atención es que el automotor no tenía placa, solo un plástico que decía Automotores de la Sierra.- El Mayor de Policía Ricardo Fernando Córdova Espín, ha manifestado que se encontraba en el Comando Provincial y en ese



instante el policía Marco Ortega le hizo conocer que por una llamada telefónica de un familiar de él, un agente de Antinarcóticos le ha encontrado a su sobrino con una pipa de droga, y le había pedido dinero, que esa información el inmediatamente dio parte al Jefe Antinarcóticos, Policía Judicial y Jefe de la Comandancia Provincial, que después dio a conocer sobre el asunto al Tnte, Guerra, quien inmediatamente con personal policial se traslado hasta el redondel de Izamba lugar donde se iba a encontrar con los señores de Latacunga, que llegaron al lugar, el Teniente Guerra, el policía Ortega, que ese momento el teniente Ortega logró ver a la mamá de los muchachos y a un compañero policía con un gorro negro, que ese momento le pidieron al compañero policía que se bajara del auto, pero que por los nervios aceleró el carro dándose una vuelta por el mercado Santa Clara de Izamba y volviendo a llegar al mismo punto donde se encontraban los miembros de GAO y la policía, que en ese momento le bajaron al policía del Corsa azul, y procedieron a quitarle el arma, lo trasladaron al Comando Provincial, que encontraron 300 dólares, que el automotor se trataba de un Corsa azul, que los trescientos dólares americanos que constan como evidencia encontraron en el interior del carro en el asiento posterior, detrás del chofer, que los trescientos dólares no consta en la lista de evidencias pero si se hace constar en la relación de los hechos.- El Subteniente de Policía Diego Guerra Santana, ha manifestado que recibió orden del Comandante y del Mayor Córdova, de trasladarse a donde se iba a dar una transacción con unos detenidos en el redondel de Izamba, con una señora que venía de Latacunga y una persona vestida de policía que se encontraba en un vehículo Chevrolet Corsa, color Azul, que luego de haberse realizado la transacción, vio que la señora se subió al vehículo Chevrolet Corsa y que fue en ese momento que el policía se dio a la fuga, que por el nerviosismo de reconocer a los miembros policiales, el conductor del vehículo Corsa dio la vuelta por el mercado Santa Clara, regresando al mismo lugar. Que en el momento de la detención identificaron al conductor como un miembro de la Policía Nacional de nombres Juan Daniel Sinaluisa, que no se puedo ver las placas originales del automotor ya que estas estaban tapadas con placas de plástico de Automotores de la Sierra, que fueron los agentes de criminalística quienes hicieron constar en su parte el dinero Trescientos dólares Americanos encontrados, que él no hizo constar los Trescientos dólares dentro del informe de evidencias porque se encontraba como investigador.

Que el si tuvo conocimiento del plagio de unos menores, que fue el departamento de criminalística quien tomó procedimiento del dinero, que la madre de uno de los menores se encontraba en el asiento posterior del automotor detrás del chofer.- El señor César Rodrigo Galarza Núñez, perito que ha indicado que el 26 de octubre del 2009, se encontraba de guardia con el sargento Tonato, que a las 20h00, recibió una llamada y que se trasladaron al Comando y tomó contacto con el Teniente Guerra, que se trasladaron hasta Izamba en donde vieron un automóvil Corsa color azul que en su interior se encontraban varias personas, que en el asiento posterior detrás del chofer se encontró la cantidad de trescientos dólares americanos la misma que se levantó como evidencia, que en base a estas evidencias se realizó el informe ocular, que el procedimiento fue realizar la inspección del vehículo el mismo que estaba cerrado, que el dinero se encontró en la parte posterior del asiento. Ha comparecido XX, que ha indicado se encontraba con su amigo NN, que en ese momento se les acercó un carro Corsa, color azul, que se encontraba conducido por un uniformado de Policía Nacional, que les hicieron subir al carro porque supuestamente se encontraban en actitud sospechosa, que después se subió otro señor y estaba vestido de civil, que comenzaron a registrales, y les quito el dinero y pidió el teléfono de la casa a su amigo, que después el policía se bajo a unas cabinas y les dijo que la mamá ya venía arreglar, que hasta que venga la mamá ellos estaban dando vueltas en el carro, que después se trasladaron a Izamba en donde localizaron a la mamá, que en ese instante bajo el señor policía y hablaba con la mamá de su compañero, se acercó al carro y le dijo la señora que bajen, pero no sabe que paso y le hicieron subir al carro a la mamá y se metieron por una calle de Izamba y después asomó la policía; que el policía les dijo que les de el teléfono de la casa para arreglar el problema porque les encontró con una pipa de droga, que dijo que les llevaría presos por un año, que quien bajo hablar de unas cabinas a la mamá de su compañero fue el policía, que estaba puesto un gorro negro, reconoce a los procesados, al contraexamen ha respondido: que a la hora que se subieron al automotor fue a las 16h30, que después de unos veinte minutos se subió el procesado Vinicio Chávez, que venía con su amigo al Mall de los Andes, que no conoce Ambato, que el momento que les detuvieron se encontraban caminando, que el policía les preguntó los nombres pero no les pidió ninguna identificación y que el solo tenía el carnet de estudiante, que fue el





acompañante Vinicio Chávez quien les hizo cacheo, que el policía no les amenazó, pero si les dijo que iban a ir a la cárcel por un año, que no les pidieron dinero, pero que en la noche se enteraron que había pedido dinero a la mamá de su compañero NN, que no sabe el nombre del policía nacional que es familiar de su amigo, que después se enteró del operativo que realizó la policía, que a la casa de él no llamaron, que el lunes 26 de octubre del 2010, se encontraban por la Dolorosa y se bajo un policía que les dijo que se suban porque se encontraban en actitud sospechosa.- El menor NN, debidamente asistido por su Curador por ser menor de edad, ha manifestado: El día lunes 23 de octubre del 2010, me encontraba en la Iglesia La Dolorosa a eso de las cinco y media de la tarde, estaba con XX, por una supuesta actitud sospechosa se acercó un Policía, y nos ordenó que nos subamos a un vehículo particular automóvil manejado por dicho Policía, nos daba vuelta por todo Ambato, me quitó veinte dólares, le dimos el número de teléfono y le ha llamado a mi mamá, indicándole que nos ha encontrado con marihuana y que debía estar preso uno o dos años a cambio de esto le ha pedido trescientos dólares, que debía entregarle en el Redondel de Izamba, cuando llegó mi Madre se puso una gorra negra; regresó mi Madre nos pidió que bajemos del carro pero en ese momento el Policía se dio cuenta, que se encontraba la policía y se echó a la fuga le interceptó una camioneta Dimax que ha sido de la Policía, que después de llevarle la policía detenido, nos fuimos a dormir en la Dinapen, que ese día se encontraba en compañía de su compañero XX y reconoce al procesado como el policía que les llevó en su automóvil y quien les dijo que estamos detenidos por actitud sospechosa, le dijimos que queríamos hablar con nuestros Padres, y lo que hizo es pedirnos los números telefónicos de nuestros domicilios, que fue en el redondel de Izamba en donde se encontró su madre con el policía, al contra examen responde: Estaba solo el Policía cuando les hizo subir al vehículo, el otro sujeto se subió después de unos quince minutos en el redondel de Cumandá, nos hacía dar vueltas, dijo que tenía que encontrarse con un amigo quien le hizo más de cinco llamadas, que el se encontraban en el automotor corsa azul les hizo dar vueltas por el Estadio como tres horas, que se encontraba aquí en Ambato porque venía al Mall de los Andes, que él si conocía que su tía tiene parientes en la Policía, y que solo su Madre se bajo del taxi en el redondel de Izamba, que fue el policía quien se bajo del auto y se fue a conversar con su madre de nombres Enma Rosario

Hinojosa a quien le ha pedido que traiga trescientos dólares, para ayudarles y darles la libertad y que fue su hermana quien le ha hecho el préstamo de trescientos dólares". Ha reconocido a los procesados como aquellos que les subieron al carro Corsa color azul y les detuvieron.- La señora Enma Rosario Hinojosa Acurio, al rendir su testimonio ha indicado que el lunes 26 de octubre del 2009, a las 18h45, se encontraba en su casa, que en ese momento recibió una llamada por teléfono y un hombre le dijo si era la mamá de NN, a lo que respondió que si, le dijo sabe donde esta su hijo, el esta detenido en Ambato por tenencia de droga, soy policía, como también soy padre de familia voy a tratarle de ayudar, traiga 300 dólares para ayudarle, a lo que respondió que en ese momento no tenía pero que iba a buscar el dinero y que se demoraba unos 45 minutos, a lo que el policía respondió que fuera en un taxi para que llegará rápido, que ese momento se traslado hasta donde su hermana Raquel quien le prestó los 300 dólares y dijo que le acompañe Ambato porque su hijo estaba detenido en Ambato, que más o menos a la altura del peaje volvió a recibir otra llamada del policía preguntándole donde estaba y que le esperaba en el terminal, pero después recibió otra llamada diciéndole que le esperaba en el redondel del Izamba, que ese momento su hermana llamó a Marco Ortega, quien también es policía y es pariente de su hermana, que el momento que ella se bajo del taxi se fue al redondel de Izamba que en ese momento pasó un carro Corsa azul, y le vió a su hijo en el interior del carro, que la persona que se bajó del carro estaba vestido de policía con un gorra negra, se acerco hacía ella y le pregunto si había traído el dinero, que ese momento le entrego el dinero al policía y se regresaron donde estaba estacionado el carro, en donde vio a su hijo y su compañero, que en la parte de adelante estaba otra persona vestida de civil, que ese momento ella requirió al policía dejara salir a su hijo porque todo estaba arreglado, pero que ese instante el se percató de un automotor color beige, y ese momento le jaló del brazo y le dijo súbase señora, que mas abajo estaba la policía quien le pidió que pare y el señor policía no paró, que después se dieron una vuelta por Izamba volviendo a llegar al mismo sitió donde estaba la policía, haciéndole bajar al policía llevando hasta la policía judicial, que los billetes que entregó al policía eran 14 billetes de veinte dólares y dos billetes de diez dólares. Ha reconocido a los acusados como el policía y acompañante a quien entregó el dinero, que el acompañante del policía no hacía nada, a las preguntas de la Defensa dice: que ella



recibió la llamada cuarto para la siete de la noche, que en ese momento le dijeron que estaba detenido su hijo ya que su hijo tenía una pipa con droga, que su hermana vive a lado suyo a unas dos cuadras mas o menos, que su hermana es bachiller y se dedica al comercio de ropa, que fue su hermana quien anoto en un papel la serie de los billetes que entregó al policía por recomendación del señor Marco Ortega quien también es policía, que ella no constató la serie de los billetes pero que eran 14 billetes de 20 dólares y dos de 10 dólares, que el momento que se subió al Corsa azul, ella se sentó a lado de su hijo, en el asiento posterior atrás del conductor, que ella entregó el dinero al policía pero nos sabe donde éste se guardo el dinero.- La señora Fanny Raquel Hinojosa Acurio, quien ha manifestado que trabaja como consultora de Yanbal, que el día de los hechos estaba en su domicilio y llegó su hermana Enma y pidió que le prestará trescientos dólares, preguntándole que le ha pasado a lo que respondió que su hijo estaba detenido en Ambato, que le pidió que le acompañe a Ambato que ya por sector del Yambo le llamaron otra vez a su hermana diciendo que le esperará por Izamba que en ese momento le llamó a Marco Ortega quien es un pariente y también es Policía Nacional quien le ha sugerido que copie la serie de los billetes y eso hizo, reconoce el documento donde se hace constar unos números y series y manifiesta ser el documento de la serie de los billetes que ella copio, que al llegar a Izamba, su hermana se dirigió al redondel y observé que el hombre se acercó a su hermana se encontraba con gorra negra, nuevamente llamó a su sobrino, quien le ha dicho que ya estaba en Izamba la Policía, que ella no se bajó del taxi, que su hermana tenía que entregar el dinero y ellas debía regresar en el mismo auto, ya con los menores de edad, que el dinero que le prestó a su hermana fueron 14 billetes de 20 y 2 billetes de 10 dólares. Han rendido su testimonios el procesado CARLOS VINICIO CHÁVEZ CHIFLA, quien bajo juramento ha manifestado: "que el día 26 de octubre del 2009, se encontraba en su domicilio, y su mamá le pidió que vaya a comprar aliños para hacer la colada morada, a quien le supo manifestar que se iba a encontrar con un amigo y después iría a comprar los aliños, pero que su amigo no asomó, que su amigo se llamaba Nelson Sánchez a quien le consiguió un trabajo en un taxi, como no llegó se encontraba parado y se encontró con dos personas, una de ellas es su amigo Santiago Masapanta y la enamorada que desconoce su nombre y quienes salían de la universidad, subieron conversando por la avenida el Rey y

en ese momento llegó el señor Juan Daniel Sinaluisa, que ese momento era cuarto para la seis, y le llamó la atención y le dice sube acompáñame a entregar a estos menores a la madre". A las preguntas de la defensa, ha dicho, que conoce a Juan Daniel Sinaluisa hace unos dos años, porque vive en la Dolorosa ya hace 14 años, que si se encontraban dos muchachos en el vehículo pero su amigo no le indicó nada, luego conversaron que les iba entregar a la mamá, que llegaron a Izamba, y el señor Sinaluisa dijo que le iba a esperar a la mamá, que después Sinaluisa se bajó y dijo que va encontrarse con la mamá de los muchachos, que el se quedó en el vehículo con los muchachos, que después de unos cinco minutos se subió solo el señor Sinaluisa al carro, después de unos cinco minutos llegó la señora y les pregunto que están haciendo aquí, y después se subió la señora al carro y no paso nada, porque la señora no conocía Ambato, y después llegó la policía y comenzaron a seguir, que un carro sin placas les seguía y se asusto, que se dieron la vuelta por el mercado Santa Clara de Izamba, y les detuvieron la policía, reconoce el celular blanco que se le pone a la vista y dice que le pertenece.- La Defensa del señor Carlos Vinicio Chávez Chifla, ha presentado como prueba documental: el parte policial, certificados de antecedentes penales y de trabajo. Como prueba testimonial han presentado los testimonios de los señores Edgar Santiago Masapanta Cajas, quien ha dicho que se encontraba en el parque Cevallos con su enamorada, que entró a la universidad a dejar un libro, que salió a eso de las cinco y media y se encontró con Vinicio quien le comentó que tenía que esperar a un amigo para darle un trabajo, que después decidieron salir, que el momento que se encontraban caminando escucharon que un señor le llamó a Vinicio, mismo que se subió al carro y se fue, que el señor que se encontraba en el automóvil que llamó a su amigo Vinicio se encontraba con uniforme verde, que después de eso el subió a dejarle a su enamorada por el parque Troya para que se vaya a su casa, que el carro era un corsa azul.- La señorita Teresa Germania Palacios Pico, quien ha manifestado: que se encontró con su enamorado, se fueron a la Universidad Técnica de Ambato, que le presentó a Chávez, que esperaba a un amigo para darle un trabajo, a la altura del Banco del Pichincha se asomó un vehículo y el chofer lo llamó, que el chofer del automóvil azul estaba con uniforme de Policía.- La señora Celia Marina Rojas Pineda, ha manifestado conocer al procesado desde que nació, le conoce como un hombre honrado, honorable y trabajador humilde.-





La teoría del caso de la Defensa del procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi ha basado su teoría del caso que por una rivalidad que le tiene el policía Marco Ortega en contra del procesado por ser miembros de la Policía Nacional, se ha dado el presente hecho siendo inocente del delito que se le acusa. Ha rendido su testimonio bajo juramento el acusado JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI quien ha manifestado: "Que el señor Carlos Vinicio Chávez Chifla no tenía conocimiento nada del caso que se trataba, que su automóvil marca Chevrolet Corsa Evolution, cinco puertas recién lo compró, que por esa razón se encontraba aún con el logotipo de la casa donde compró y estaba tapada la placa, que el día 26 de octubre del 2009, trabajo porque se acabo de llegar de franco, que ante una denuncia realizada acudieron a ver a unos menores que se encontraban en actitud sospechosa, que eran unos adolescentes, que al ver a los menores les pregunto que es lo que hacían, respondiendo los mismos que no eran de esta ciudad de Ambato, y que no sabían donde se encontraban, por lo que les solicito se subieran al carro y le solicitaron me contacte con su madre, que no puso esto en conocimiento de las autoridades ni de la Dinapen ya que su madre le pidió que no les ingrese a la Dinapen la misma que se encontraba ubicada a 10 cuadras del lugar en donde se encontraban, que por humanidad y por pedido de su madre y además porque el también es padre no les ingresó, que ha eso de las 19h20 el se encontraba en Izamba y que el sabe que no es figura delictiva la actitud sospechosa, que fueron dos veces las que se comunico con la madre del menor NN, que el fue a Izamba por que le pidieron por amor a Dios le espere ahí, que fue el quien pidió a Carlos Vinicio Chávez le acompañe a Izamba y que en el carro se quedó el señor Chávez con los menores, que de ahí se dio la vuelta llegando al mismo lugar y fue ahí donde le detuvo el mayor Córdova, que el lo único que hizo es labor de la policía comunitaria que era entregar a los menores de edad a su madre, que el tiene conocimiento que debía comunicar a sus superiores por lo sucedido, pero que ese día el no tenía ni radio ni handy en la base, y que no se les encontró ninguna pipa de marihuana a los menores, reconoce las evidencias que se le pone a la vista como suyas, no reconoce el dinero y dice no pertenecerle, así como el teléfono celular color blanco con rojo.- Ha solicitado que se reproduzca y se considere el acta de audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, Noticia Técnica de Inspección ocular, Informe No. 578 579, otorgado por la Médico Legista María Dólores Villagómez,

Parte de detención en donde se observa que solo existe un nombre el del señor Carlos Vinicio Chávez Chifla, el informe de evidencias que queda como cadena de custodia en la cual no se hace constar los trescientos un dólares, comprobante de ingresó del vehículo Marca chevrolet Corsa en la cual no se hace constar como referencia el dinero encontrado esto es los Trescientos un dólar americanos, Acta de cadena de custodia de fecha 27 de octubre del 2009, el informe pericial y avalúo, certificado de matrícula del vehículo Marca chevrolet Corsa, el Informe Técnico de la Noticia Técnica, Informe y Reconocimiento de evidencias. Ha acompañado certificados de antecedentes penales del señor Juan Daniel Sinaluiza y Certificados de honorabilidad, y como prueba testimonial, ha comparecido la señora Ana Yannett Sánchez Cedeño, quien ha manifestado que el 26 de octubre del 2009, se encontraba por el redondel de Izamba, que ella vende cosméticos, que como se percató de un carro color azul, en donde estaban dos niños y una señora, que ella no vió nada fuera de lo común, que no estaban amedrentados ni asustados y pensó que eran familiares, que en ese momento ella le llamó al señor Juan Daniel porque el le debe dinero de unos productos que le vendió, que el señor Juan Daniel estaba con dos jóvenes, que el estaba afuera del carro, que ella no le vió que estaba haciendo nada porque estaba parado en la calle.- La defensa del señor Sinaluisa ha presentado los siguientes testimonios: Del señor Freddy Walter López Cordobés, quien ha manifestado vivir en Izamba, que es Fiscalizador de obras, que el 26 de octubre del 2009, a las 17h15, salía del trabajo y vió un carro Corsa azul, se acercó a saludar al señor Juan Daniel Sinaluisa porque es su vecino, que en ese momento le comentó que tenía que entregar a unos chicos, se quedó conversando unos diez minutos, que a los muchachos se les veía tranquilos, no estaban amenazados con armas ni nada, que después se acercó una señora pero ahí el ya no puso atención, que el señor no ha tenido ninguna clase de problemas, que el señor Sinaluisa estaba sentado en el vehículo, que estaban como unas cuatro personas, que fue un día lunes que el salió tarde de su oficina porque tenía que entregar informes de su oficina.- La señora Edith Rebeca Ortiz, quien ha manifestado conocer al procesado Juan Daniel Sinaluisa Guapi, como un hombre trabajador, honorable y respetuoso con todo el mundo. QUINTO.- El Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, luego analizar las pruebas, para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados, aplicando



las normas y, sobre todo, las reglas de la sana crítica, ha condenado en sentencia a DANIEL SINALUI-SA GUAPI y A CARLOS VINICIO CHÁVEZ CHIFLA, a la pena individual de SEIS MESES de prisión correccional al primero y DOS MESES de prisión correccional al segundo de los nombrados. SEXTO.- De conformidad a lo que dispone el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala convocó a la Audiencia oral, pública y contradictoria, con la presencia e intervención de todos los sujetos procesales. SÉPTIMO.- La Sala, ha procedido al análisis de los recaudos procesales, con la prueba aportada dentro de la audiencia de juzgamiento, la que ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 83 del Código de Procedimiento penal. Haciéndose además el respectivo estudio de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua.- **OCTAVO.-** Se ha tomado en cuenta los siguientes aspectos: El Código Penal ecuatoriano, en su artículo 188, indica: "El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o para ponerla en contra de su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendiente a la liberación del plagiado". Consiguientemente nuestro Código define al plagio como el apoderamiento de otra persona, por medio de violencias amenazas, seducción o engaño, con uno de estos fines: a) para venderla; b) para obligarla estar al servicio de otro; c) para obligarla a pagar rescate; d) para exigirle la entrega de alguna cosa mueble; e) para que extienda, entregue o firme un documento; f) para obligar a un tercero a que ejecute cualquiera de los actos anteriores. El plagio, es pues, un medio para obtener algunos de los fines determinados por la propia ley. **NOVENO.-** El tratadista Guillermo Cabanellas, define el plagio como "la detención o retención forzosa de una persona, para exigir por su rescate o liberación de una cantidad u otra cosa sin derecho, como prenda ilegal". Por su parte, el ilustre penalista italiano Francesco Carrara, lo conceptúa como "la sustracción de una persona con fines de lucro y venganza, hecha por medio de violencia o fraude". El Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, Ex Presidente de la Segunda Sala de lo Penal de la Ex Corte Suprema de Justicia, en su

libro llamado "El Delito de Plagio en el Derecho Positivo", habla del plagio como un tipo complejo, y en la página 20 manifiesta: "....Al igual que todo delito complejo, este tipo de plagio es de carácter pluri objetivo, porque protege en forma simultánea y necesaria a la libertad individual materialmente considerada junto con la integridad física de la persona o la vida humana. El tipo complejo de plagio tiene la estructura de un tipo calificado por el resultado, porque la integridad de la persona o la vida humana, en tanto bienes jurídicos protegidos en forma simultánea y necesaria, junto con la libertad individual materialmente considerada, resultan lesionados como consecuencia del apoderamiento de la víctima o de la privación de su libertad....". En la página 37, al hablar del objeto material, refiere: " Por lo expuesto, está claro que en el plagio, el objeto material es el cuerpo del sujeto pasivo, porque la conducta se consuma con el apoderamiento de éste, sin importar el tiempo en que permanezca en poder del plagiario; siendo suficiente que la víctima a consecuencia del empleo del medio comisivo previsto, quede bajo el poder y control del plagiario, desprovista de todo medio ordinario de protección y seguridad.". Y el mismo autor al referirse al resultado, dice en la página 38: "El resultado típico material es el efecto o consecuencia del apoderamiento y no es otra cosa que, la situación de inseguridad e inminente peligro objetivamente considerados, en que se encuentra la víctima mientras permanece en poder del plagiario, porque éste la tiene a su disposición sin que exista obstáculo alguno para la realización de cualquiera de los fines ulteriores al apoderamiento previstos en el tipo. Como se puede apreciar, el plagio se consuma cuando la víctima es puesta por el agente activo mediante el empleo de cualquiera de los medios comisivos previstos en el tipo, fuera de todo medio ordinario de protección y seguridad, bajo su poder y control, siendo precisamente este poder y control que el agente activo ejerce sobre la víctima, el resultado típico material; de tal manera que, la consumación de la conducta en tanto a la causa y al resultado de sus efectos, son el anverso y reverso de una misma medalla que es el apoderamiento....". El Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, en el mismo libro, al referirse a la consumación del plagio manifiesta en la página 43: "La conducta se consuma con el apoderamiento de la víctima y este se produce solamente cuando ella es puesta fuera de todo medio de protección y seguridad, en poder y bajo el control del plagiario, desprovista de su libertad individual." En la página 49 dice: "Por otra





parte, el plagio admite la autoría intelectual en todas sus formas, porque el apoderamiento de la víctima lo puede consumar el autor material por precio o promesa remuneratoria o por consejo o instigación." El Dr. Efraín Torres Chávez, en su libro denominado "Breves Comentarios al Código Penal", Tomo II, páginas 140 y 141 indica: "El ilícito requiere dolo genérico, o sea la intención de violar la libertad personal para obtener lucro y hay también dolo específico que se concreta precisamente, en el fin que se propone. Hay casos que el dolo es subsiguiente, porque el hechor no lo tuvo ab initio, es decir realizando el plagio sin esa intención, pudo surgir en un segundo momento".- Se puede decir entonces que en el delito de plagio, la culpabilidad consiste en la conciencia y la voluntad de ejecutar el delito base o resultado principal, con la finalidad ulterior ilícita de realizar con la víctima algunos de los actos previstos en el artículo 188, sin que importe que se produzca el resultado concomitante. DÉCIMO.- El Código Penal Ecuatoriano y la doctrina con respecto al plagio son muy claras, y en el presente caso, se ha demostrado el cometimiento del delito por parte de los acusados JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI y CARLOS VINICIO CHAVEZ CHI-FLA, las pruebas testimoniales son unívocas y concordantes, al igual que las pruebas materiales, lo que permite establecer el debido nexo causal entre la infracción y sus responsables; en el presente caso la existencia de la infracción se encuentra probada, de que se produjo el apoderamiento del ese entonces menor de edad NN y el menor XX, el día 26 de octubre del 2009, a las 18h30, por la directa intervención y responsabilidad de los procesados Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla,. Se ha comprobado por consiguiente, conforme a derecho la existencia de la infracción tipificada por el Art. 188 del Código Penal y sancionada por el Art. 189, numeral uno, ibidem, y además se ha demostrado la responsabilidad de los procesados JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI Y CARLOS VINICIO CHAVEZ CHIFLA.- DÉCIMO PRI-**MERO.-** La Sala aclara que desde el momento mismo de la detención, la Audiencia de Flagrancia, los actos, y diligencias procesales, las siguientes Audiencias que se han dado en el proceso, el dictamen Fiscal, el auto de llamamiento a juicio por parte del señor Juez Segundo de Garantías Penales de Tungurahua, y todas las actuaciones procesales practicadas dentro de la Etapa de Juicio se han realizado en contra del señor JUAN DANIEL SINALUISA GUA-PI, quien ha tenido su derecho a la defensa y a un

debido proceso, razón por la cual no es influyente el lapsus constante en la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, cuando en la parte resolutiva, se refiere a JOSE DANIEL SINALUISA GUAPI, particular que se hace notar para los fines legales pertinentes. Por todas las consideraciones expuestas y lo constante en el proceso se confirma la sentencia dictada por el Tribunal inferior y, ADMINISTRANDO JUS-TICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PUBLICA**, se dicta en contra de JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI, ecuatoriano, de la edad de 42 años, de profesión Policía Nacional, de estado civil casado, domiciliado en esta ciudad Ambato, cantón Ambato, **SENTENCIA** CONDENATORIA, como autor responsable del delito tipificado en el Art. 188 del Código Penal y sancionado en el Art. 189 numeral 1, del mismo cuerpo de leyes, a quien se le impone la pena modificada de SEIS MESES de Prisión Correccional, que deberá cumplirla en el Centro de Rehabilitación Social Ambato, debiéndose descontarse todo el tiempo que haya permanecido detenido por la presente causa; además de acuerdo a lo que dispone el artículo 65 del Código Penal, se ordena el decomiso del automóvil, marca Chevrolet, tipo sedán, modelo Corsa Evolución, de placas XX, cinco puertas; y con relación al procesado CARLOS VINICIO CHAVEZ CHIFLA, ecuatoriano, de la edad de 28 años, de ocupación chofer profesional, de estado civil soltero, residente en esta ciudad de Ambato, cantón Ambato, se dicta SEN-TENCIA CONDENATORIA como cómplice del delito tipificado en el Art. 188 del Código Penal y sancionado por el Art. 189, numeral 1, del mismo cuerpo de leyes, imponiéndole la pena modificada de DOS MESES de Prisión Correccional la que cumplirá el Centro de Rehabilitación Social Ambato, debiéndose descontar todo el tiempo que haya permanecido detenido por la presente causa .- Conforme lo previsto en el Art. 60 del Código Penal se suspenden los derechos de ciudadanía de los penados, por un tiempo igual al de la condena, para la cual se deberá oficiar al señor Director del Consejo Provincial Electoral de Tungurahua, y se les condena también al pago de los daños y perjuicios que se reclamarán verbal y sumariamente en cuerda separada, y conforme a las reglas establecidas en el Art. 31, numeral 1, literal a) del Código de Procedimiento Penal.- Notifiquese.- (SIC).



#### CASACIÓN

Resolución nro. 815- 2014; Juicio nro. 637-2013

Juicio penal por plagioen contra de Julio Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla

Juez ponente: Dr. Wilson Merino Sánchez

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILI-TAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 04 de junio de 2014. Las 9h30.

VISTOS: Siendo el estado de la causa el de resolver, este Tribunal de Revisión de la Corte Nacional de Justicia, que por sorteo, se encuentra integrado por el doctor Wilson Merino Sánchez (en calidad de Ponente), doctor Johnny Ayluardo Salcedo y doctor Paúl Íñiguez Rios, Jueces Nacionales, considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN, COMPETEN-CIA Y VALIDEZ DEL RECURSO. La actividad jurisdiccional la ejercen los jueces y juezas nombrados de conformidad con los preceptos constitucionales y legales (artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial)1; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional; el 26 de enero del 2012, el Consejo de la Judicatura, posesionó a los nuevos jueces y juezas que la integrarán para un período de nueve años.<sup>2</sup> De igual forma la competencia en razón de la materia y el grado (de conformidad a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el artículo 184 y 186.1 ibídem) están constitucional y legalmente justificadas, para que sea este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia quien conozca y resuelva este recurso interpuesto por Juan Daniel Sinaluisa Guapi.

Adicionalmente, este recurso de revisión, ha sido tramitado conforme las normas del Código de Procedimiento Penal; por lo que al no verificarse en el recurso, la existencia de vicios que puedan acarrear nulidad, se declara validez de lo actuado en el mismo.

**SEGUNDO: SENTENCIA QUE SE IMPUG- NA. HECHOS.** Tomado del considerando primero del acta de audiencia preliminar ("*Determina- ción de la infracción acusada*"), el hecho se describe
de la siguiente forma:

"(...) el día lunes 26 de octubre del año 2009 a eso de las 18h50, se acercó el señor Chos. de Policía Marco Antonio Ortega secretario de la oficina de operaciones de Comando Provincial Tungurahua CP9, quien dio a conocer que a unos familiares de su esposa le habían llamado vía telefónica para manifestarle que a su vez unos agentes del servicio de Antinarcóticos le habían llamado para hacerles conocer que dos personas entre ellas uno de sus hijos, a quienes en su poder les había encontrado una pipa de droga por la que se encontraban detenidos, por la que les había pedido la cantidad de tres cientos dólares americanos, y que se trasladaron a la ciudad de Ambato para que entreguen el dinero y en cambio les devolvían a los menores..."

**RESOLUCIÓN:** De lo dicho por el recurrente tanto en su escrito con el que interpuso el presente recurso, como de la fundamentación que realizará ante este Tribunal, la sentencia que se impugna es la dictada por el tribunal primero de garantías penales de Tungurahua, misma que en su parte resolutiva, expone:

"(...)El art. 86 del Código de Procedimiento Penal, manda al juzgador en este caso al Tribunal Penal a apreciar la prueba con base en las reglas de la sana crítica, teniendo como base indicios probados, graves, precisos y concordantes que permitan establecer el debido nexo causal entre la infracción y sus responsables, en el presente caso la infracción se ha comprobado conforme a Derecho, y de los testimonios rendidos es innegable, que se produjo el apoderamiento del ese entonces menor de edad NN y el menor XX, el día 26 de octubre del 2009, a las 18h30, como fruto de la directa intervención de los procesados Juan Daniel Sinaluisa Guapi y Carlos Vinicio Chávez Chifla,



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Artículo 7 de la Resolución nro. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia de 22 de julio de 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El inciso 1 del artículo 182 de la Constitución de la República, manifiesta: "La Corte Nacional de justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y sean designados para un período de nueve años".



pues fueron ellos quienes mediante amenazas y engaño fueron subieron a los menores de edad al automotor marca chevrolet corsa, color azul, con places POZ0449, misma que al momento de los hechos se encontraba cubierta con un placa plástica con el logo tipo Automotores de la Sierra, de propiedad del procesado Juan Daniel Sinaluisa quien hacienda uso de su uniforme de Policía Nacional y que se encontraba armado, se apoderó de los menores por encontrarse en actitud sospechosa por el hecho de encontrar en poder de uno de los menores una pipa con marihuana, que una vez ya en el interior del automotor el procesado Carlos Vinicio Chavez Chifla, haciéndose pasar por un agente de Antinarcóticos procedió a realizarles el cacheo apoderándose de uno de ellos de la cantidad de veinte dólares Americanos, advirtiéndoles que por ese hecho iban a quedar detenidos por uno o dos años en la cárcel, que a cambio de su libertad pidió el número de teléfono de los menores, contactándose con la madre de uno de ellos misma que reside en Latacunga, provincia de Cotopaxi, obligando a la misma a entregar la cantidad de trescientos dólares Americanos por la liberación de los menores entre ellos su hijo de nombres NN, hechos estos que han sido relatados por los menores ofendidos son concordantes con las rendidas por la madre y la tía de uno de los menores señoras Enma Rosario Hinojosa y Fanny Raquel Hinojosa, cuando aseguran haber recibido una llamada por parte del Policía Nacional Juan Daniel Sinaluisa, a quien reconocieron como aquella persona a la que se le entregó la cantidad de trescientos dólares Americanos a fin de que ponga en libertad a los menores, consumándose el delito de plagio..."

TERCERO: ARGUMENTOS Y FUNDAMEN-TACIÓN DEL RECURSO. JUAN DANIEL SI-NALUISAGUAPI. Quienrepresentadoporeldoctor Washington Chavez Quintanilla, fundamenta su recurso en la siguiente forma<sup>3</sup>:

"(...) se presenta el recurso de revisión que se ha fundamentado en los artículos 359 y 360, numeral sexto del Código de Procedimiento Penal, porque consideramos que no se ha comprobado conforme a derecho LA SENTENCIA dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua, el día 16 de septiembre de 2010, las 15h34... (El énfasis nos corresponde)

(...) si se toma en consideración el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, se indica que el delito flagrante es aquel en el cual tiene que existir el producto del ilícito, desde ahí nace esta situación ilegal por la que se ha sentenciado al recurrente...

(...) el producto del ilícito era el para que les secuestraron, para pedir dinero?, cuál era el objeto de secuestrar a estos dos jóvenes adolescentes..."

Afirmaciones que tienen como objetivo establecer que en el juicio no se ha demostrado la existencia del producto del ilícito (sic), considerando (a decir del recurrente) que este hecho justifica la causal por la cual fundamentó la interposición de su recurso (360.6 del Código de Procedimiento Penal). **FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.** Interviene la doctora Paulina Garcés, quien en lo principal manifiesta:

"(...) dentro de sus facultades constitucionales interpone recurso de revisión fundamentándose en el artículo 360, numeral 6 del Código de Procedimiento Penal. Como es de conocimiento general es fundamental señalar que el recurso de revisión es evidentemente extraordinario y técnico que no tiene lo mismo que los recursos ordinarios que se interponen en primera y segunda instancia, este tiene su fundamento en el artículo 359 que dice que se puede interponer en cualquier tiempo luego de ejecutoriada la sentencia condenatoria y aquí se manifiesta que se ha violentado el principio de presunción de inocencia, el artículo 76.2 de la Constitución, manifiesta de manera expresa que en verdad este principio es uno de los pilares fundamentales dentro de un Estado constitucional de derechos y de justicia y dice: todas las personas son inocentes y serán tratadas como tal hasta cuando haya sentencia condenatoria culpable, y el señor Juan Sinaluisa Guapi ya tiene sentencia condenatoria culpable, ya dejó de ser inocente, ya no tiene esta presunción de inocencia que señala el abogado de la parte recurrente.

(...) El artículo 163 de la Constitución de la República, habla sobre que la Policía Nacional es una Institución Estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada cuya misión es atender a la seguridad ciudadana, al orden público y a proteger el libre ejercicio de los derechos técnicos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional, esto es para que no nos extorsionen y ahora el recurrente, ex policía Juan Sinaluisa Guapi dice que el Estado debe indemnizarle porque es inocente y se lo tiene que reparar

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver intervención completa de la recurrente, en el acta de audiencia de fundamentación del recurso.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ver fundamentación completa en el cuadernillo del recurso, a fojas (12 y siguientes), en la que consta el acta de audiencia.



materialmente, reparación integral, es decir, que el Estado tendría que indemnizar daños y perjuicios, daño moral, daño objetivo, subjetivo, emergente, fuera cesante y después ejercer el derecho de repetición contra todos los jueces que dictaron sentencia condenatoria entre ellos los Señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia, lo cual es ridículo. Se solicita se deseche este recurso de revisión que ha interpuesto el ex policía Juan Sinaluisa Guapi, toda vez que no se ha fundamentado de ninguna manera el numeral 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.<sup>5</sup> En conclusión, la base de la contestación del representante del señor Fiscal General del Estado, es la existencia del doble conforme de condena; que con la existencia de los trescientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica se encuentra demostrada la materialidad de la infracción; y, que al revisar la sentencia, el Estado tendría que reparar al recurrente.6

CUARTO: CONSIDERACIONES Y FUNDA-MENTOS DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN. SOBRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO

**DE REVISIÓN.** El de revisión más que un recurso se considera una acción, cuya procedencia se viabiliza una vez se cuente con la *res iudicata*; por tanto el ejercicio de la actividad probatoria, propia, es ineludible para el cumplimiento del objeto de este recurso, ya que el atentar contra la cosa juzgada que goza de presunción de verdad solamente se justifica en razón de la doble finalidad de la revisión; la primera la mantención de la seguridad jurídica por el respeto de la *res iudicata*; y, el segundo la prevalencia de la justicia material.

Consecuentemente, el conocimiento, sustanciación y resolución de un nuevo proceso en contra del proceso ya fenecido en instancias, por un Tribunal de Revisión, encuentra su justificativo, siempre y cuando se demuestre desde la interposición del recurso, la concurrencia de nuevos hechos, a fin de que ya en el recurso se discuta y analice si en verdad esos nuevos hechos son lo suficientemente sólidos para lograr determinar que sin su conocimiento se llegó a condenar a una persona inocente sin que exista demostrado en el proceso sea la materialidad de la infracción y/o la responsabilidad del sentenciado.

Orlando Rodríguez, en su libro "Casación y Revisión Penal", expresa: "La acción de revisión tiene por objeto enervar la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada. La controversia gira, entonces, entre la verdad formal o verdad jurídica y la verdad real, o acontecimiento histórico dado. La finalidad de la revisión es demostrar que los hechos que sirvieron de fundamento al fallo no corresponden a la realidad; de ahí que el debate sea probatorio y, por tanto, se justifica un debate posterior al juicio concluido"; consecuencia de ello se tiene que el debate al que hemos hecho referencia, no versa sobre la totalidad de la materia decidida en el juicio de reproche precedente, sino solamente sobre el motivo que acredita la causal y la nueva actividad probatoria, propia del recurso, esto en razón del principio de taxatividad que lo caracteriza.

En definitiva, podemos decir que el recurso de revisión, por extraordinario, se erige taxativo, rogado, limitado, formal; que su demanda debe sujetarse a una propuesta jurídica y lógica, misma que debe contener parte real, parte jurídica y parte probatoria (hecho, derecho y prueba), capaz de hacer creer al Tribunal al Revisión que el juicio habría podido ser diferente.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (CAUSALES PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN). El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, establece:

"El recurso de revisión por una de las causas previstas en el artículo siguiente, podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatorio".

En tanto que el artículo 360 ejusdem, determina las causales por las cuales precede el recurso de revisión:

"Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos:

- 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
- 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas esta errada;

Tornado de la intervención del Dr. José García Falconí en la audiencia de fundamentación y contestación del recurso: "...
ahora el recurrente, ex policía Juan Sinaluisa Guapi dice que el Estado debe indemnizarle porque es inocente y se lo tiene
que reparar materialmente, reparación integral, es decir, que el Estado tendría que indemnizar daños y perjuicios, daño
moral, daño objetivo, subjetivo, emergente, lucro cesante y después ejercer el derecho de repetición contra los jueces que
dictaron la sentencia condenatoria entre ellos los señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia, lo cual es ridículo..."



<sup>5</sup> Ver fundamentación completa en el cuadernillo del recurso, a fojas (12 y siguientes), en la que consta el acto de la audiencia.



- 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;
- 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó;
- Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y,
- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.

Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada."

Ahora bien, una vez establecidas cuales son las causales por las cuales taxativamente se puede presentar un "juicio" de revisión en contra de la res iudicata, debemos dejar en claro que sumada a esta característica principio (taxatividad) encontraremos en particularidades del recurso como el de ser rogado y limitado que por rogado entenderemos que el recurrente tendrá que hacer constar en su demanda de revisión así como en su fundamentación la pretensión concreta que, a decir de él, espera justificar; y limitado por cuanto será en base a esas mismas premisas (lo alegado por el recurrente en la interposición y fundamentación) que el Tribunal de Revisión deberá resolver, sin tener la facultad de enmendar el yerro que aunque existente en el proceso, no ha sido materia del debate y de la actividad probatoria.

**QUINTO: ANÁLISIS DEL CASO.** De conformidad a la garantía constante en el artículo 76.7 literal l), de la Constitución de la República se analiza:

Al encontramos frente a un delito de plagio y ser la alegación primaria y principal del recurrente (sobre la cual este Tribunal debe centrar su análisis) el que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción, esto, en razón de que según el recurrente no se ha podido demostrar que los trescientos dólares que se encontraron en la parte posterior del automóvil empleado para el ilícito sean los que se habría requerido a la madre de los menores para conceder la liberación de estos; este Tribunal cree necesario traer a mención algunas consideraciones sobre este tipo penal:

El artículo 188 del Código Penal, establece: "El

delito del plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado".

De la norma legal citada es de fácil comprensión, que el bien jurídico tutelado por el Estado, en estos casos es la libertad individual, por tanto, como conclusión lógica podemos determinar que es uno de los llamados delitos instantáneos, mismos que se perfeccionan inmediatamente de realizada la acción típica; es decir, no necesita la comprobación del elemento anímico (la finalidad que perseguía el infractor). Con esta consideración, se determina claramente que la alegación de la defensa de que la no comprobación de la obtención de los trescientos dólares por parte del infractor, como el beneficio fin que el mismo perseguía al cometer el delito, no lo desconfigura, sino que es la privación de la libertad individual y/o ambulatoria de los menores la que adecua el tipo; privación de la libertad individual que se encuentra perfectamente demostrada dentro del proceso.

Este delito también se describe como permanente; la acción de privación de libertad es punible y justiciable desde el momento mismo en que se priva a la persona del goce del bien jurídico y se mantiene durante todo el tiempo que la víctima permanezca sin ser liberada.

El autor Alfonso Peña Cabrera<sup>8</sup>, expone: "La concreción directa de los mandatos de un Estado de Derecho, es el reconocimiento de la libertad y de las garantías fundamentales, conditio sine quanon, para la participación del individuo en su ámbito de interacción social y la realización de su personalidad. Por consiguiente, a libertad constituye la piedra angular del sistema jurídico-estatal, que debe cautelarse con los instrumentos y mecanismos que prevé la Ley..."

De lo manifestado *supra* entenderemos que en el Estado constitucional de derechos y justicia en el que nos encontramos la privación de la libertad ambulatoria será ordenada por autoridad competente

<sup>7</sup> El beneficiarse con la concesión de una cantidad de dinero que debía ser entregada por la madre de uno de los adolescentes para la obtención de la libertad de ellas.

<sup>8</sup> Pp. 472



dentro de un proceso judicial o excepcionalmente en los casos expresamente establecidos por la ley (como ejemplo el delito flagrante); en el proceso en examen, el compareciente no ha justificado haber contado con la orden referida o de que se haya tratado de una circunstancia excepcional.

El hecho (verdad procesal) que consta en la sentencia impugnada ha sido aceptado por los sujetos procesales (Fiscalía, sentenciado, ofendido); el debate se la ha planteado en tomo a que la conducta del recurrente no fue dolosa, sino que fue proteccionista de la integridad de los jóvenes y que Juan Daniel Sinaluisa Guapi, no habría privado de su libertad a XX y NN, sino que su intencionalidad fue la de precautelar su bienestar y mantenerlos bajo su custodia mientras llegaran los padres de los adolescentes a retirarlos, por no ser residentes en la ciudad de Ambato (en donde se encontraban) sino que tenían su domicilio en la ciudad de Latacunga (de donde la madre de uno de los jóvenes se trasladó). De suyo, la privación de la libertad de una persona sin orden legal, se constituye en una conducta injurídica y arbitraria, por lo que una vez comprobada conforme a derecho, dentro del proceso, su existencia, se debe pasar al análisis sobre la responsabilidad del sujeto acusado.

En el presente caso la existencia de la infracción se encuentra plenamente demostrada en el juicio (verdad jurídica); y al haberse interpuesto el presente recurso con fundamento en la causal 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el principio de taxatividad

que envuelve a este medio de impugnación, este Tribunal está limitado al análisis estricto de esta causal; por lo que, en tal ejercicio, no habiendo podido demostrar el recurrente la pertinencia de la causal invocada, en consideración de que el delito se perfecciona por la privación de la libertad del ofendido y no por la comprobación del beneficio económico perseguido.

#### **SEXTO: RESOLUCIÓN**

Por lo expuesto, este Tribunal de Revisión de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resuelve por unanimidad, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" de conformidad a lo establecido en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declarar que el recurso de revisión interpuesto por JUAN DANIEL SINALUISA GUAPI, es improcedente; el mismo no ha logrado establecer la procedencia de la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, invocada por él; esto es que la existencia de la infracción por la cual se lo condenó, no se encuentra comprobada conforme a derecho. Actúe el doctor Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator de la Sala. Hágase Saber, Cúmplase y Publíquese.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente; Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional; Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.





#### VIII

### Resolución nro. 813-2014 Juicio nro. 1654-2013

Juicio penal por abigeato contra Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros

#### SÍNTESIS

El Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Manabí, dictó sentencia acusatoria en contra Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, quienes la noche del 17 de julio del 2012, se han sustraído de la propiedad del señor Ramón Narciso Arteaga Palacios, predio denominado "La Centuria", seis cabezas de ganado, tres baconas y tres vacas de vientre, para lo cual han ingresado cortando en dos partes el alambrado, incurriendo en el delito tipificado en el Art. 554 del Código Penal y sancionado por el Art. 555 Ibídem, en concordancia con el Art.42 y 44 del mismo cuerpo de leyes, pues se ha comprobado conforme a derecho. la responsabilidad de los acusados en calidad de coautores materiales del delito de abigeato ,por lo que les impone la pena de seis meses de prisión correccional, en consideración a las atenuantes presentadas, circunstancias puntualizadas en el Art. 29.5.6 y 7, del Código Penal. De esta sentencia, apelan los procesados, por considerar que no se ha tomado en cuenta el voto salvado en el que se refleja la realidad de los hechos, que se han violado principios constitucionales y convenios internacionales; recurso que es desechado por la Primera Sala Especializada de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en la fundamentación de la sentencia se ha justificado la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, quienes actuaron con voluntad y conciencia. Iqualmente los procesados interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito, la misma que declaran improcedente.

#### PRIMERA INSTANCIA

CUARTO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE MANABÍ. Portoviejo, 25 de abril 2013.

VISTOS: En la Unidad Judicial Segunda Penal de Chone, ante el señor Juez Dr. Wellington Macías Alvarado, el 06 de Marzo del 2013, DICTÓ AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de los procesado Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, por incurrir en la comisión del delito, tipificado en el artículo 554 del Código Penal y sancionado por el artículo 555 *Ibídem*, en concordancia con el artículo 42 y 44 del mismo cuerpo de leyes, el juicio llegó al Tribunal Cuarto de Garantías Pernales de Manabí, el 12 de marzo del 2013 y el 20 del mismo mes y año, el señor Juez titular segundo, avocó conocimiento e inició la sustanciación de la Etapa de Juicio, misma que culminó con la audiencia oral

pública de juzgamiento en contra de los señores Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, que se inició el dos de julio y por pedido del señor Fiscal, contando con la anuencia y aceptación de los defensores de los acusados, se reinstaló el ocho de julio del dos mil trece, acorde a lo que establece el artículo 256 del Código Procesal Penal; encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** En lo que respecta al ámbito de la jurisdicción penal y competencia, considerando que los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros que cometan delitos en el territorio de la República, se encuentran sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador y siendo los acusados en contra de quien se ha propuesto cargos por el delito cometido en territorio ecuatoriano, se encuentran bajo la jurisdicción penal de nuestra República del Ecuador, de acuerdo



a lo preceptuado en el art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 17 numeral 5, 18 numeral 1, 21 numeral 1, 28 numeral 1, 306 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 221 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal es competente para sustanciar la etapa del juicio y dictar la sentencia correspondiente. SE-GUNDO: En la sustanciación del proceso no se han observado omisión de solemnidades que pudiera acarrear su nulidad, por lo que es válido, como así expresamente se lo declara, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75, 76, 77, 168 numeral 6, y 169 de la Constitución de la República del Ecuador. TERCERO: Los acusados se identificaron con los nombres y apellidos de JHONNY WASHINGTON ANDRADE ZAM-BRANO, ecuatoriano, de 45 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante- agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción secundaria y de EUDALDO BETITO ZAM-BRANO CUADROS, ecuatoriano, de 53 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante- agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción elemental. CUARTO: Previo a declararse abierto el juicio en contra de los acusados, el señor Presidente procedió a informarles sobre los cargos que la Fiscalía formulaba contra de ellos y de la gravedad de los mismos, indicándole de los derechos que les confiere la Constitución, además que para su comparecencia al juicio tenían derecho a la defensa, encontrándose asistido por sus defensores abogado Fabricio Vera, defensor público penal con asiento en este cantón y por el doctor Pedro Cornejo Dueñas respectivamente, que tenían la garantía constitucional de acogerse al derecho del silencio, a no auto inculparse, que podían contestar o no las preguntas que se les formulen y que tenía la facultad de consultar con su abogado en el momento que lo considerara necesario, sin interrumpir el normal desarrollo de la audiencia. **QUINTO:** Declarado abierto el juicio por el delito de abigeato, fue concedida la palabra al señor Fiscal Cantonal, Abogado Luis Ramón Peralta Montesdeoca, para fundamentar lo estipulado en el art. 286 del Código Adjetivo Penal, en la exposición respecto a los hechos que son objeto de este juzgamiento expresó "La Fiscalía recibe una denuncia de parte del señor Ramón Narciso Arteaga Palacios y llega a tener conocimiento de que el día miércoles 17 de julio del 2012, en la noche desde la propiedad

del referido señor Ramón Narciso Arteaga Palacios, se sustrajeron seis cabezas de ganado, herradas con los fierros NAP, para ello cortaron el alambre en la propiedad de Don Tranquilino García y allí entraron a su propiedad, saliendo de la misma al callejón, con rumbo a la vía El Suspiro, pese a los que los ofendidos siguieron las huellas hasta la escuela del Suspiro y estas se perdieron allí pero cabe señalar que el día 19 de julio del 2012, a las 21H08, la señora Mariuxi Saldarriaga, quien trabaja en la CONEFA de Convento, llamó a la nuera del ofendido, y ella no le contestó y no pudo devolverles la llamada, pero la llamó el día viernes y la señora Mariuxi le preguntó que si él había autorizado sacar una guía y él le dijo que no había autorizado a nadie, ella le dijo que Jhonny Andrade había mandado a sacar una guía con un joven y que cargaba un certificado del año 2011 de Narcizo Arteaga.". En su alegato final de acuerdo al artículo 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal manifiesta como más importante entre otras cosas que " Que con toda la prueba presentada se había demostrado tanto la materialidad de la infracción, así como también la responsabilidad de los acusados, que además se había establecido que el grado de participación en el delito motivo de este juicio para los dos acusados como autores del mismo, solicitando la pena de un año de prisión para cada uno de acuerdo a lo que establece el art 554 y 555 del Código penal vigente." **SEXTO:** Por su parte primeramente el acusado Jhonny Andrade Zambrano por intermedio de su abogado, Fabricio Vera, quien expresó en su primera intervención sobre los hechos que son objeto del presente caso, lo siguiente "En representación del acusado Jhonny Andrade Zambrano, como defensor público en esta ciudad de Chone, en esta audiencia nosotros vamos a demostrar que mi defendido fue utilizado por parte del señor Eudaldo Zambrano Cuadros, ya que el día de los hechos el señor Zambrano Cuadros, llama a mi defendido haciéndose pasar por el señor Ramón Narciso Arteaga Palacios, manifestándole que por favor le saque una guía en la CONEFA de dicho cantón, por lo tanto esto será lo que esta defensa tratará de demostrar.", en su alegato final entre otras expresó "Que durante la audiencia con la prueba presentada, lo que se ha hecho es confirmar el estado de inocencia de su cliente y solicitó se dicte sentencia absolutoria a su favor.", Por su parte el acusado Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, por del doctor Pedro Cornejo Dueñas, manifestó "desde el inicio hago notar que se están invirtiendo las cosas, cada





uno de nosotros somos los responsables de nuestras actuaciones, y yo lo hago en representación de mi defendido, es sorprendente que se lo haya llamado a juicio porque el desconocía de esta acción penal, porque en ningún momento tuvo el mínimo conocimiento de este robo de ganado al señor Arteaga, posteriormente lo conoció como es de la Comunidad, se enteró que al señor se le habían llevado un ganado, el desconocía, pese que nuestra Constitución manifiesta el estado de inocencia pero no olvidemos que hay un auto de llamamiento a juicio en contra de él, en que presume que es encubridor de este delito, el cual no encuentro en donde está el encubrimiento, toda vez que dentro de la diligencia que hemos realizado se ha dejado totalmente claro y establecido que no tiene ninguna responsabilidad penal en este delito." Ya en su alegato final manifestó como más relevante que jamás se pudo en derecho, probar la participación y peor la responsabilidad de su defendido, indicando que todo esto es en base a la prueba que se presentó en la audiencia, solicitando en nombre de del señor Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, que mediante sentencia se confirme el estado de inocencia de su defendido. **SEPTIMO:** El art. 250 del Código Adjetivo Penal, en su texto dice: "En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de acusado"; considerando el principio del debido proceso (Art. 76 CRE) y los principios: dispositivo, concentración y contradicción que se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; y al derecho de toda persona como lo establece el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con respecto al primer objetivo se encuentra probado con los siguientes recaudos judiciales: el informe del perito Cabo Segundo de Policía CARLOS AN-TONIO SOLANO VALENZUELA, quien manifestó "Se procedió a receptar la versión del señor denunciante Ramón Narciso Arteaga Palacios y de la señora que trabaja en la CONEFA de Convento, porque una vez que se dio el reconocimiento del lugar en Convento me encontré con la novedad de que la señora me manifestó de que existía una documentación alterada por lo cual habían vendido un ganado, para esto le solicite a la señora que se acercara a la Policía Judicial de Chone para receptarle una versión y que me detalle todo lo que había sucedido en ese día, la señora manifestó que había recibido un documento por parte del señor Eudaldo Zambrano Cuadros, y supo manifestar que se

había encontrado con la novedad de un documento adulterado la cual ella llamo al propietario de ese documento y le pregunto si él había solicitado o había entregado el mismo para la venta de un ganado suyo, procedí también a realizar un reconocimiento del lugar en lo que es la CONEFA de Convento entonces hasta ese punto llegué y como recepté la versión del señor denunciante y de la señora secretaria, quiero recalcar que esta guía se emitió mediante un certificado de vacunación para que trasladaran dicho ganado y este ganado era de propiedad del señor Ramón Narciso, indicando este que él se percató que su ganado había desaparecido pero en si directamente no acusaba a nadie, esta situación se da por un documento por la cual el señor indica yo entregué un documento y con este documento que yo entregué se ha vendido otro ganado la cual se presume que era mío." Agregó varias fotografías que corresponde a la pericia realizada; con la certificación del CONEFA, en donde consta que el señor Ramón Narcizo Arteaga Palacios, tiene un predio denominado con el nombre de "La Centuria", en el sitio Camarones, de la parroquia Convento, del cantón Chone, de la provincia de Manabí, con la Marca (Identificación NAP), con el número de factura S-002-037-0. OCTAVO: El segundo objetivo del art. 250 del Código de procedimiento Penal, es de la responsabilidad penal del acusado. El mismo que tiene su fundamento legal en los arts. 84 y 85 del cuerpo de leyes mencionado. "La finalidad de la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado", en esta etapa del juicio que el juzgador la obtiene mediante las diligencias solicitadas por los sujetos procesales y convertidas en pruebas una vez que han cumplido el principio dispositivo, inmediación y de la legítima contradicción, principios establecidos en la Constitución de la República y que dan el convencimiento a este Organismo Jurisdiccional para dictar una sentencia sin violentar el debido proceso; en el presente caso para establecer la responsabilidad o no de los acusados Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, se receptó los testimonios de las siguientes personas 1.- RAMÓN NARCIZO ARTEAGA PALACIO, quien es el ofendido, siendo una persona de 65 años de edad y de una evidente rusticidad lo cual fue corroborado por él mismo, procedió a contestar las preguntas del señor Fiscal de la siguiente forma ¿Usted acudió a la fiscalía a poner una denuncia, por un robo vacuno? R. Esto ocurrió, yo soy serio, a mí me gusta



decir la verdad, yo nunca he estado en oficinas, pero me gusta decir la verdad, este ganado a mí se me perdió, yo tengo justamente 28 animales perdidos, pero casi nunca he denunciado, con esta es como cinco, ya le digo esto que ahorita ha sucedido con el señor Betito, yo a él le he vendido unos chivitos, le vendí y me prestó el certificado de vacunación, le digo pues llévelo, entonces me entregó el original pero se me dejó una copia como quien dice escondida y nunca me dijo yo le tengo esta copia, bueno ahora viene y se me pierde 6 cabezas de reses, horita el 2012, entonces esto el señor Beto se me perdieron el martes en la noche, 16 de julio, y luego este Beto saca una guía en Convento, habiéndoseme perdido a mí el ganado, así que se ha tomado mi nombre a la señora y ella no quería darle la guía, entonces se ha tomado el nombre mío diciendo que él era Narciso Arteaga para que le dieran la guía, allí la señora le ha dado la guía, así que señor eso es lo que yo tengo que decir, lo mejor lo puede decir la señora Lucy ella me informó que había pasado eso, ya le digo yo sospecho que Betito que se me ha llevado las vacas, sospecho yo así ya con esto, y allí ya vean ustedes señores Jueces que podemos hacer si de allí para allá me hace pagar las vaquitas, o no me hace pagar las vaquitas, por habérseme tomado el nombre, y usted es el que sanciona en estas cosas, yo para mi me puede pagar las vacas, yo les dejo a ustedes, y ustedes vean que podemos hacer, usted como ley, porque yo no le voy a decir que me pague, porque no me va a pagar, aquí usted como una autoridad lo da por arreglado esto, el señor BETI-TO y él es el que engaña a la señora y don Jhonny, él es el que dice que fue a sacar la guía, a mi más o menos como tres años se me habían estado perdido el ganado, Betito a lo último que me prestó un certificado original, él me explicó para sacar la guía, porque yo le vendí unos chivitos, si, allí me prestó y yo le dije que cuñadito esto es peligroso prestar, y él me dijo que no, le presté yo sinceramente le dije llévelo, allí él se me deja una copia, esto fue como el año 2011, como en diciembre parece" ¿La propiedad en la cual estaba el ganado que usted tiene el ganado vacuno, esa propiedad le pertenece a usted, está inscrita en el Registro de la Propiedad de este cantón a nombre suyo? R. Claro fue propiedad mío está mi nombre. ¿Es decir el ganado vacuno que usted tiene en esa propiedad lo tiene guardado dentro de su propiedad? R. Claro dentro de mi propiedad y yo vi mi ganado hasta como a las seis de la tarde y me di cuenta que no estaban el día miércoles a las seis de la mañana. ¿Por qué cree que le

engañaron a la señora Mariuxi? R. Bueno allí no sé porque se hayan llevado las vacas y fue Betito y por eso la engañó, digo yo, sospecho. ¿De igual manera la fiscalía le pregunta a usted, si usted conoce al señor Walter Líder Cedeño Moreira? R. Si lo conozco, él es chofer de un camioncito que lleva ganado, cualquier flete hace. 2. Compareció el SEÑOR YOSI GARI ZAMBRANO GILER, y entre otras cosas manifestó "Yo estaba viajando recuerdo ese día de Chone, como le decía yo a eso de las ocho de la noche, el señor Jhonny Andrade me llamó vía telefónica, diciéndome que si la secretaria Mariuxi Saldarriaga, ya ella había cerrado la oficina y necesitaba una guía, yo la llame a ella y regresó inmediatamente a darle la guía al señor Jhonny Andrade, esa fue mi participación en este caso, en el momento que él me llamó y llegué a Convento a eso de las nueve y media, al otro día fue que ella ya me comentó de la situación de que la habían llamado, porque creo que la señora la nuera de don Eudaldo le había llamado que porque le había dado guía, algo así, esa es la situación y eso es lo que yo tengo conocimiento, como yo soy el Presidente local, en este caso de la asociación, por decirles ellos no tienen el teléfono, o la secretaria su teléfono está apagado o ella ya se va de la oficina, normalmente ella acostumbra a decir ya me voy, las guías se dan hasta las nueve o diez de la noche máximo, todos los comerciantes y ganaderos de Convento tienen conocimiento, para en este caso ayudarle ya que hasta esa hora se puede ayudar, porque hay gente que vienen desde muy lejos, y llega tarde a la parroquia, y por esa es una de las razones, por lo que ella tuvo que regresar al comité para dar la guía a esa hora. En el caso que nos asiste ese día 19 de julio en el cual sacaron en ese día o estaba permitido por el mismo con una copia o con el original? R. Con una copia. ¿Ustedes llamaban al dueño del ganado, este ganado no es suyo, es del señor Ramón Narciso Arteaga? R. Si eso siempre nosotros hacemos, hay muchas personas que viven lejos de la frecuencia, donde hay señal, nosotros siempre le decimos a los ganaderos que sean ellos los que llamen para cerciorarnos porque hay muchos inconvenientes, como este que se está suscitando, y le pedido que por favor incluso no entreguen sus documentos a cualquier persona, incluso ella hizo una llamada antes de dar la guía. 3. Se presentó ante el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Manabí el señor WAL-TER LIDER CEDEÑO MOREIRA, quien advertido de las penas por perjurio, bajo juramento manifestó posterior a dar conocer sus generales de ley





lo siguiente "Yo fui el transportador, me preguntaron de la guía que si yo la había firmado, esa guía yo no la firme, nunca, yo lo que contesté fue que se parece a mi firma pero yo no he firmado la guía, nunca fui adquirir la guía yo, y otra cosa sí que le hacía flete yo al señor Don Beto si le conozco de mucho tiempo, siempre le he hecho flete yo en mi camión, nunca habíamos estado en este caso de ahora, siempre le he visto como una persona muy seria, nunca he tenido problemas de guías, es la primera vez, el 19 de julio del 2012 estuvimos allí a pedir la guía, pero estaba aún cerrada la CONEFA y no nos dieron guías porque entonces nosotros nos venimos con el ganado de Convento, hasta el Sitio Las Piedras. ;Y en qué momento fueron que obtuvieron la guía para transportar el ganado? R. Eso no sé yo ni en qué momento ni a qué hora, porque yo nunca vi la guía. ¿Usted ese documento nunca lo vio? R. Solo la cogí cuando entrabamos a la feria, cuando me la pasó don Jhonny Andrade que iba a lado derecho de mí, a la entrada de la feria en El Carmen. ;Bien usted ha manifestado que concurrió a la parroquia Convento? R. Si a la parroquia Convento. ¿Con el fin de obtener la guía? R. Sí señor. ¿Qué hora era aproximadamente? R. La hora más o menos la cinco de la tarde. ¿Usted andaba con los dos señores en el vehículo? R. Sí. ¿Y quién aparecía como dueño del ganado que transportaba? R. En primer lugar Don Beto Zambrano. ¿Era el ganado de él? R. Sí. ¿Él iba a vender ese ganado al cantón El Carmen? R. Si él era el que iba a vender el ganado, puntualizando que no me fije que fierros tenían los animales, toda vez que confió en la persona que me fletó. 4. Compareció la señora MARIUXI SALDA-RRIAGA ZAMBRANO, secretaria del CONEFA de la parroquia Convento, quien posterior a dar a conocer sus nombres y más generales de ley, bajo juramento entre otras cosas expresó "Un 17 del mes de junio, julio del 2012, eran las nueve de la noche me llama el Dr. Yosi Zambrano Presidente de la asociación de Ganaderos para darle una guía aquí al señor Johnny Andrade Zambrano, yo fui a la oficina a darle la guía de la oficina ya me había ido a mi casa y tuve que volver, viene y manda a su hijo menor de edad, yo le mande a decirle que ese certificado ya no se puede sacar guía, ahí ellos me llamaron a mi diciéndole que estaba vencida y me dijeron, yo soy el señor Narciso y entréguemele la guía dice pero le digo dícteme el número de cedula y me dijo que no sabía el número de cedula ni los fierros ni nada de esa situación, yo le di la guía y antes de darle la guía, llame al hermano de él que es

brigadista y que ellos saben todos los números de teléfonos de la mayoría de los ganaderos de Convento, nunca me respondieron, emití la guía porque lo conocía a él, que era el hermano de unos de los socios sin imaginarme que iba a pasar eso y la verdad de lo del ganado no sé, eso es lo único que yo puedo decir, yo si extendí la guía sin saber lo que estaba pasando, eso es lo único que puedo decirle, además digo que la mayoría los señores ganaderos cargan originales o copias según el ganadero tenga la confianza en entregarle en este caso que le asiste y en este caso no estaba actualizado el certificado y di la guía porque ellos me llamaron a mí haciéndose pasar por el señor Narciso Arteaga Palacios, (Refiriéndose a los acusados), el documento salió sin la firma porque el chofer nunca la firmo porque le entregue la guía fue al hijo de él, (Indicando que el señor Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, fue quien le hizo la llamada haciéndose pasar por don Narcizo), quiero decir que a veces la mayoría saca con ese certificado y como ellos ese ganado no es de ellos ocupan con otros certificados, pero en este caso el certificado para tramitar la guía, era el del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacios". NOVE-**NO.** Los acusados una vez que fueron informado sobre sus derechos de rendir testimonios si así es su decisión, solicitaron que se lo reciba con juramento primeramente el acusado Jhonny Washington Andrade Zambrano, juramentado que fuera, dice, "El día que se habla, yo le vendí 4 toretes al señor Betito Zambrano, eran como más o menos la cuatro y cuarto, cuando nos encontramos, dejamos el ganado en el alzadero, ahí nos fuimos a Convento, yo me fui a mi casa y ellos se fueron a extender una guía, al momento que ellos se van, estaba cerrado la CONEFA, entonces ellos regresan, me piden de favor que yo les saque una guía de movilización, yo tenía que irme a Tres Esquinas, dejé a mi hijo para que el saque la guía, a las ocho de la noche, él no me había sacado la guía, después él fue pero lastimosamente estaba cerrado, yo llamo a don Yoso Zambrano, para que por favor si podía ayudarme con una guía, él me dijo que estaba bien, que él iba a llamar a la secretaria, que él estaba viajando de Chone para Convento, entonces hizo el favor, mande al joven, pero yo nunca revise el certificado, ni de quien era, si estaba vencido, igual como lo dejo yo lo vi, en eso él se fue, regreso me dice papi no dan con este certificado porque este esta vencido, yo llamo al señor explicándole que no le podían extender guía por cuanto el certificado estaba vencido y le digo vera como soluciona, como arregla



para que le extiendan la guía, llame a la Conefa, me dice no tengo el número, bueno yo le puedo enviar el numero o dárselo para que usted llame allá y solucione, eso he hecho yo, darle el numero al señor para que llame a la Conefa, él llamo a la secretaria, no sé qué habrían hecho ahí, y cuando él ya me llama que mandara a ver la guía porque ya había hablado con la secretaria para que le extendieran la guía, eso hice yo." ;Diga al Tribunal en donde alzaron ese ganado? R. Ahí en Convento, en el alzadero donde Mendoza. ¿Cuándo dice que ellos fueron a sacar el certificado a quien se dirige o a quien se refiere usted, quienes son ellos? R. Se fue don Beto con el chofer del carro. ¿Quién le entregó el documento? R. Don Beto. ¿El día que se trasladaron a El Carmen con qué persona lo hicieron que fueron llevando un ganado vacuno en un vehículo? R. Con el señor Betito y el señor dueño del camión, al Conefa ellos fueron pero yo no fui, yo mandé como a las ocho de la noche a mi hijo. ¿Cuántas cabezas de ganado iban a transportar y por el cual se iba a obtener esta guía? R. Eran trece animales, los chivos, iba con mi fierro. ¡Si pudo observar en dicho certificado la marca del fierro del ganado? R. Sí. ¡A quién pertenecía? R. A don Narciso. ¡Esa guía que se iba a obtener era para transportar el ganado del señor Narciso? R. Lógicamente, pero yo no estoy sabiendo que, el llevaba ganado de él, porque él había comprado, eso yo no estoy sabiendo, yo lo que hago es hacer un favor, y para allá yo no sé si el, le ha comprado ganado a él, como persona humanitaria le puedo hacer un favor, él tenía más compromiso y me dijo ayúdame, pero si precavemos en lo que está sucediendo que había un ganado que se había llevado, yo no estoy sabiendo nada de esas cosas, inocentemente, nunca lo había visto ni nunca lo había conocido, cual es la sorpresa que cuando vi que se trató de esto que se había traído y se había sacado la guía yo me puse a buscar al señor Narciso Arteaga porque él me andaba buscando a mí, me hice presente y me dijo así: usted es Johnny Andrade, le digo, si patrón yo soy, y me dice así, usted fue que me robo el ganado, yo todavía me rio, patrón usted que dice, pero es una persona que yo conocía en donde vivía el, yo por la tierra de él no conozco, entonces nos pusimos a conversar, llegamos al dialogo, me dijo que estaba hasta sin comer, tanta lastima y pena lo lleve a almorzar a mi casa, porque nunca me ha gustado ser una persona mala, hasta allá llegue yo. P. ¿Y el señor Beto cuando se trasladaron hasta la ciudad de El Carmen con el ganado vacuno, en este camino, en este trayecto, le

supo manifestar a usted sobre la guía si la tenía en su poder o no? R. No, ya la llevaba yo. ¿Quién le entregó esa guía? R. La secretaria de la CONEFA. ¿Bien en todo caso, usted tenía en su poder esta guía y entrego al señor Walter Cedeño en la ciudad de El Carmen? R. sí señor, el me trajo en una fundita y lo lleve y le di cuando llegue a la feria que estaba ahí. ¿Cómo es quizás llamo el señor Beto a la señora Mariuxi? R. Si, la llamó por teléfono." El acusado ZAMBRANO CUADRO BETITO, posterior a manifestar su deseo de dar su testimonio, bajo juramento expreso lo siguiente "Se me acusa de un robo de ganado, que yo he mandado a sacar una guía, que me le he robado una guía, eso es falso, no es lo que ellos dicen, el día 19 de julio del año 2012, el señor Raúl Rodríguez, me llama que me iba a vender cinco animales, ahí yo le dije que bueno, a eso de una hora más o menos, a la una, ahí llame al señor Walter Cedeño, al chofer del carro que me fuera a traer de la casa, me he trasladado de la casa, ahí venimos a las Piedras, ya estaba el señor Raúl Rodríguez con los chivos, hicimos negocio, los cuales los dejé ahí en la propiedad de él mismo porque tiene un corral en un potrero, allí me fui a comer, pero el señor Jhonny Andrade me llamó y nos fuimos a Convento con el señor Walter Cedeño, estuvimos conversando y tanteando unos animales que tenía en un potrero y nos hemos regresado, me dijo que me vendía 5 animales, 4 toretes y una vaca, ahí esos animales los embarcamos en el carro y fuimos a arrear al potrero y los embarcamos al carro en el corral del señor Mendoza, ahí alzamos a los animales, de ahí nos fuimos para Convento, yo le dije que para sacar la guía, se nos hizo tarde mientras alzamos, se nos hizo casi las cinco de la tarde, no estaba la secretaria porque estaba cerrado, como ella cuando uno la va a ver, a veces se pone molesta, nos vamos, como don Johnny iba al otro día a El Carmen le deje una guía para que sacara, ahí me vine, le deje para que sacara, regreso a las Piedras, en el sitio Palalache habían tres chivos, un señor Murillo que también compra por ahí, me dijo que me vendía, le compré tres chivos, reuní 8 animales y cinco que le compro a Raúl, trece animales, esos animales los deje en el sitio Las Piedras en donde el señor Raúl Rodríguez, pero ahí tengo un trabajador de nombres Robín Cedeño, el recibió todos los animales, los reunimos a las siete de la noche y se los deje para que los soltara, trece animales recibió el, ya al amanecer llame vuelta a Walter que me viniera a ver a la casa y nos venimos eran como las cuatro y media casi las cinco, alzamos y





ahí llego el señor y nos fuimos a El Carmen a la feria y llegamos como a las siete y media de la mañana y vendimos los animales, al señor cuantas veces le he comprado, yo he estado comprándole más de cinco años, soy conocido en donde quiera, compro animales, soy responsable, no se ahora que le pasa a ellos, me están metiendo en estas cosas, recuerdo también que del día 17 de julio me fui a Santo Domingo, me compré un ganadito al señor Rafael Zambrano. ¿Usted no compró, no adquirió ningún semoviente con la marca del fierro del señor Narciso Arteaga, porqué utilizó un certificado de CONEFA en el que decía el para obtener la guía para transportar el ganado que no pertenecía al señor Narciso Arteaga? R. Es que así nosotros ocupamos el certificado, utilizamos una copia que me había dado anterior no había sido dada, hay algunas mentiras, que yo tenía tiempo, una vez le compré como 8 vacas, me dio, el mismo me vino a dar, el desconfiadamente me vino a dar una Xerox copia, entonces el día que me fui a Convento ya no tenía la mía, porque yo les quito a los señores que venden ellos tienen derecho de darme la guía o sea que la copia para sacar, si es para la vacunación la copia de la guía, no tenía yo, como le había comprado a diferentes, se me habían terminado a mí, me encontré con ella, no he sido precavido, pero ahora tendré que ser así precavido porque no he tenido precaución o no me ha pasado estas cosas. ¿Tuvo usted en algún momento de llamar al señor y decirle señor Ramón o como usted lo trate a él, de girarle un certificado suyo para poder obtener una guía he comprado a tal persona, usted pensó en aquello, en hacerlo? R. Es que en ese momento no pensé, fue lo único que me pasó, después no me pasó en ningún momento más, no sé cómo le han dado que yo he llamado a la señora Mariuxi, yo no, o sea, no es que yo la he llamado, yo no le he dicho nada de tales cosa, que soy fulano, yo meterme en líos, yo no, ahí, yo les dije ustedes verán como hacen y de ahí para adelante yo no, no es que yo les he dicho. ¿O sea usted desconoce cómo obtuvieron la guía, el señor Johnny? R. Bueno lo único que yo le deje fue el papelito (la certificación de CONEFA), de ahí para adelante no sé... ¿Puede indicar con que persona estuvo en ese lugar? R. Yo estuve con Walter, solo con él y me vine porque estaba cerrado la CONEFA. ¿Usted aquella noche del 19 de julio del 2012, llamó a la señora Mariuxi para que le otorgue la guía tal como lo manifestó el señor Jhonny Andrade Zambrano? R. Él fue que me llamó y yo le dije en ningún momento nadie me ha preguntado

ni nada, le dije así porque él me llamo a mí, entonces yo le dije que hiciera el favor, de ahí para adelante no sé qué habría pasado. ¿Usted ese ganado que dice que compró ese día se pudo fijar del fierro de ese ganado? R. No, no me fijé porque uno de algunos animales no se fija, ya le digo como yo le compro a señores conocidos no desconocidos, no me percate que iba a pasar estas cosas? **DÉCIMO.** Con respecto a la prueba de descargo de los acusados presentaron como prueba testimonial y documental lo siguiente 1. ROBIL JOSÉ CEDEÑO INTRIAGO, compareció ante el tribunal y bajo juramento contesto varias preguntas de la siguiente forma ¿La propiedad del señor Rodríguez, en dónde está ubicada? R. En el sitio Las Piedras. ¿Por si acaso tiene algún corral en donde se guarda ganado o no? R. Tenía corral, pero ahora ya no lo tiene. ¿Qué hizo con el corral? R. Lo destruyó, porque está parcelando ahí. ; A Betito Zambrano Cuadros, usted lo conoce como comprador de ganado? R. Más del tiempo está comprando ganado y yo lo conozco como comerciante de ganado, yo siempre lo he visto que anda bien, es una persona buena como toda la familia de él, desde que era muchacho lo conozco a él, yo he llegado a la casa de él. ¿Cuándo el señor Betito va a la feria de Santo Domingo o El Carmen, los reúne allí en la propiedad del señor? R. ahí se reunían, ahorita ya no porque no hay corral. ¿Cuántas piezas ha encerrado? R. He encerrado 13 piezas, 12 pequeños y una vaca, trece en total. ¿A qué hora si usted se recuerda más o menos, tiempo pasado, si llevo todo o por parte? R. No, él lo llevó todo, en el momento que los encerraron porque ahí hay llaves. ¿Usted al otro día vio que llevaron el ganado? Eso fue a las cinco de la mañana, el carro era de Josu Cedeño, quien manejaba el carro era un hijo que se llama Walter. ¿Existe un corral en donde el señor Beto guardó un ganado? R. El corral no es mío es de Raúl Rodríguez, yo se lo pedí para hacer unos centavitos para usarlo, ya estaba destruido el corral, estaba como alzadero. ¿Usted conoce al señor Arteaga Palacios Ramón Narciso? R. Lo conozco de cara si ha sido nombrado. ¿Y el ganado no queda al filo de la vía? R. Queda al filo de la vía. ¿Usted vio las marcas de fierro que el ganado tenia? R. No se vio las marcas de fierro. ¿Ese día que cargo el ganado el señor Beto en compañía de quien andaba, a más del chofer? R. No recuerdo, andaba el chofer, él y yo que le ayudaba a alzar el ganado no me acuerdo más. ¿Cuándo fueron alzar el ganado al carro, a qué hora aproximadamente era eso? R. Las cinco de la madrugada. 2. Compareció el RAÚL



ORLEY RODRÍGUEZ BRAVO, quien es dueño de una propiedad que está ubicada en el sitio Las Piedras y tenía un alzadero allí que se lo había dado a Don Robin Cedeño, para que lo administrara y día 19 de julio del 2012 Eudaldo Betito encerró un ganado en ese corral, que le vendió cinco chivos al señor e hicieron negocios a unos trecientos metros del alzadero y que conoce al Betito desde muchos años, como una persona humilde, que el también conoce al señor Narciso y que este ha hecho negocio con él, que a Robien Cedeño, le dio el corral para que lo administre, que nunca escuchó que ganado que se guardaba en ese lugar había resultado de procedencia dudosa. 3. Se presentó ante el tribunal el señor RAMON RUBEN ZAMBRANO CE-DENO, quien dijo entre otras cosas conocer hace 40 años al señor Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, como una persona seria, que ha hecho negocio con él, certificando su honorabilidad en cualquier sentido. 4. compareció la señora JENNY MARIANITA MOREIRA CEDEÑO, quien es la conviviente del acusado Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, manifestando que él en efecto es comerciante de ganado, que viaja a la ferias del Carmen y Santo Domingo, que nunca ha estado en problemas. **DÉCIMO PRIMERO.** Analizado toda la prueba en su conjunto, presentada por los sujetos procesales, el juzgador amparado en lo que determina el art. 85 del Código Adjetivo Penal, que la finalidad de la prueba es probar la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados en este juicio penal, el primer principio se encuentra probado conforme lo expresado en este fallo, con la certificación del CONEFA, en donde consta que el señor Ramón Narcizo Arteaga Palacios, tiene un predio denominado con el nombre de "La Centuria", en el sitio Camarones, de la parroquia Convento, del cantón Chone, de la provincia de Manabí, con la Marca (Identificación NAP), con el número de factura S-002-037-0 y otras especificaciones que se detallan en dicho certificado, probando y demostrando que el ganado vacuno existía y que era de propiedad de este humilde hombre, que es ya adulto mayor y es por ende del grupo de personas que gozan de atención prioritaria por parte del Estado (Articulo 35 CRE), con la diligencia de Reconocimiento del lugar de los hechos, donde singulariza el señor Cabo de Policía Carlos Solano Valenzuela, donde se gestionó y tramito la guía respectiva, para poder sacar el ganado de la propiedad del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacio, de la parroquia de Convento y transportarlo hasta la

feria del cantón El Carmen, con los testimonios del presidente de la Asociación de ganaderos de Convento, doctor Yosi Garay Zambrano Giler y de la secretaria Mariuxi Elizabeth Saldarriaga Zambrano, situación que sirve tanto para la existencia de la materialidad de la infracción, como para la responsabilidad de los ciudadanos acusados. Con respecto a la responsabilidad de los acusados Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, está plenamente probada, porque ellos de acuerdo a sus propios testimonios manifestaron que hicieron uso de una certificación del CONEFA, de propiedad del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacio, para transportar un ganado a la feria del cantón El Carmen, denotando con esto, un proceder y accionar doloso en perjuicio de un humilde campesino que ve como su esfuerzo se esfuma por la habilidad en que se desenvuelven en nuestros campos algunas personas en perjuicio de quienes honradamente trabajan la tierra y crían sus animales para sus respectivos sustento, los testimonios del doctor Yosi Garay Zambrano Giler y de la secretaria Mariuxi Elizabeth Saldarriaga Zambrano, que puntualmente y con mucha seguridad manifestaron en la audiencia que recibieron las llamadas de Jhonny Washington Andrade Zambrano y de Eudaldo Betito Zambrabo Cuadros respectivamente, para que le hiciera el favor primeramente de abrir la oficina para la emisión de una guía de transporte utilizando el certificado del CONEFA del hoy perjudicado y posteriormente haciéndose pasar por el señor Narcizo Arteaga Palacio, para que diera paso al pedido del señor Andrade Zambrano, que no era otro de sacar la guía, tantas veces nombrada en esta sentencia, situación que no deja espacio alguno para la duda razonable y al contrario abre paso gigantesco para tener la certeza de que los acusados son los coautores directo del hurto del ganado, por lo que en cumplimento al deber que tiene el estado a través de sus agentes, de proteger los derechos de sus habitantes y sancionar a quienes vulneran esos derechos, es que este Juez Plural encuentra responsables a los acusados en este juicio, cabe señalar también que este delito de abigeato, fue cometido sin violencia contra las personas, es decir que para perpetración de este injusto, no se provocaron lesiones, heridas o peor la muerte de alguna persona, configurándose entonces el delito de hurto. **DÉCIMO SEGUNDO**: El Dr. Manuel Osorio en su diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos ilustra con la definición de abigeato que dice: "Abigeato, del latín abigere (echar,





empujar, arrear, robar el ganado). Delito que consiste en el hurto de bestias o ganados arreándolos, porque es esta la forma material de ejecutarlo, cuando no se trate de animales que puedan llevarse cargados". El doctor Guillermo Cabanellas, en su diccionario jurídico define el Abigeato: "Hurto de ganado o bestias, conocido también con el nombre de cuatrerismo, tanto abigeo como abigeato proceden de la palabra latina abigere, que equivale a seguir a las bestias para que caminen. El abigeato es una especie de robo; pero se diferencia de éste en que la cosa no se coge con la mano y se transporta a otro lugar, sino que se la desvía y se la hace marchar a distinto destino, con el objeto de aprovecharse de ella". Art.554.- Abigeato.- El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración de la cuantía del ganado sustraído. Art. 555 Código Penal.- El abigeato será reprimido con la pena de uno a tres años de prisión, en caso de hurto; y de dos a cinco años, de prisión, en caso de robo. Este artículo diferencia, como es obvio, entre mayor gravedad del robo que desemboca en una pena mayor de hurto, que tiene una pena menor. Uno y otro en estas formas sui generis, de sustracción denominadas "abigeato". Como ya se ha dicho, "abigeato" es el hurto o robo de ganado, con ánimo de apropiarse de cosa ajena. Con respecto a la regla general, conservar, criar o cebar ganado, es algo que corresponde al trabajo rural. Son prácticamente, tres momentos o tres situaciones que coinciden en una sola finalidad y que tienen una misma puntería: su amparo. El abigeato es una forma de cometer un delito, el cual consiste en el robo de animales por parte de cuatreros o bandoleros dedicados al hurto y comercialización y faenamiento clandestino de animales de cría (principalmente ganado), por lo que las personas más afectadas por el abigeato son los ganaderos que lamentablemente, a causa de este delito sufre pérdidas de algunos productos que se podían haber obtenido de su espécimen animal así como el costo de su compra o el dinero que se pudo haber obtenido de su venta. En los procesos por delitos de robo, hurto y abigeato se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, situación que en el presente proceso si se ha justificado, observándose que a los acusados no se le ha probado que actuaron con algunas de las circunstancias agravantes determinadas en art. 30 del CP, por lo que el tipo de delito cometido es el hurto de

ganado y que se los juzga en calidad de coautores de acuerdo al artículo 42 del Código Penal, indicando que la coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo siguen un plan, toman parte de la fase ejecutiva de la realización del tipo denominado el hecho entre dos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución; en diccionario jurídico de Ossorio encontramos que la coautoría significa "Autor con otro u otros, por lo que en el Derecho Penal, el concepto adquiere relevancia, ya que la casi totalidad de los delitos pueden ser cometidos, y frecuentemente lo son, por varios autores. Por eso, Mezger lo define diciendo que "es coautor el que como autor, conjuntamente con otro autor, plenamente responsable, ha causado el resultado"; para el Maestro Jacobo López Barja de Quiroga, explica que la coautoría es el dominio funcional al hecho y se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo denominando el hecho entre dos; es necesario entonces que exista una decisión conjunta de la realizar el hecho delictivo. Francisco Muñoz Conde, define a la coautoría como la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consiente y voluntariamente; por lo que de acuerdo a estos conceptos, reafirmamos la responsabilidad de los acusados, toda vez que su accionar encuadra plenamente con lo manifestado. **DÉCIMO TERCERO**: Se han cumplido los principios generales que determinan los arts. 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, esto es la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados Jhonny Washington Andrade Zambrano y Betito Zambrano Cuadros, conforme a lo normado en los arts. 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador; y, a los arts. 79, 83, 84, 85 y 88 del Código Adjetivo Penal; lo alegado por los acusados mediante sus abogados respectivos no enerva las pruebas presentadas y argumentos expuestos por el Fiscal Cantonal, por lo que el juzgador las desecha, comprobándose la preexistencia de los semovientes sustraídos así como el lugar donde se afirma que estuvieron al momento de ser sustraídos, (Certificado del CONEFA, el reconocimiento del lugar de los hechos), (No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Articulo 169 CRE), cumpliéndose también con el requisito sine *- qua - non* del abigeato, esto es, que los semovientes se encontraban en el lugar de ceba, potreros. Igualmente se ha comprobado conforme a derecho la responsabilidad de los acusados, quienes con



libertad y conciencia sustrajeron la seis cabezas de ganado del lugar de ceba, los testigos presentados por los acusados nos hacen presumir que no conocían absolutamente nada sobre el presente hecho, porque se evidencio que eran amigos e incluso la conviviente de uno de ellos, por lo indicado se determina que los acusados, si penetraron en la propiedad del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacio, sacando los semovientes motivo de esta sentencia. Por todas estas consideraciones y el análisis lógico jurídico, basado en las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento y respetuosos a lo determinado en el art. 76, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador; y, a los arts. 79, 83, 84, 85, 86, 304-A, 306, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, con asiento en la ciudad de Chone, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA COSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" declara a JHONNY WASHING-TON ANDRADE ZAMBRANO, ecuatoriano, de 45 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante-agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción secundaria; y, al señor EUDALDO BETITO ZAMBRANO DROS, ecuatoriano, de 53 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante-agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción elemental, CULPABLES (responsables) en calidad de coautores materiales conforme a lo que determina el art. 42 del Código Penal, por el delito

tipificado en el art. 554 y sancionado por el art. 555, ambos del Código Penal. "El abigeato será reprimido con la pena de uno a tres años de prisión, en caso de hurto; y de dos a cinco años de prisión en caso de robo, (555 CP)". Además, se les consideran las circunstancias atenuantes que se encuentra puntualizada en el art. 29 numerales 5, 6 y 7 del Código Penal: "Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento; ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso", en concordancia con el artículo 73 del mismo cuerpo legal, por lo que se les impone la pena de SEIS ME-SES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, que la cumplirán en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Penal, de Bahía de Caráquez, cantón Sucre, debiéndosele descontar a dicha pena el tiempo que hayan permanecido privado de su libertad por este mismo delito. A los sentenciados se les condena al pago de daños y perjuicios, no se determina monto económico a pagar, por no existir documentos que justifiquen para regular el pago, se le suspenden los derechos de ciudadanía, por el tiempo que dure la condena conforme lo establece el arts. 60 del Código Penal, para efectos jurídicos ofíciese al Consejo Provincial Electoral de Manabí. No se observa la existencia de una indebida actuación por parte de la fiscalía y de los defensores en la sustentación del proceso. Notifiquese.

f) Ab. Fabian Antón Zambrano; Ab.Efrén Vilela Aveiga; Ab. Eduardo Jhonny Cornejo Zambrano.

#### **APELACIÓN**

#### PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y DE TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ.

Portoviejo, 17 de octubre de 2013

VISTOS: Por mayoría de votos los jueces del Cuarto Tribunal de Garantías Penales, sede en el cantón Chone, en fecha viernes 26 de Julio del año en curso, dictan una sentencia condenatoria, contra Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano cuadros a quienes les imponen de seis meses de prisión correccional, por considerarlos coautores, de la infracción tipificada y sancionada en el artículo 554 y 555 del Código

Penal, esto es de abigeato, sentencia de la cual los antes indicado acusados, deducen y presentan recurso de apelación, causa penal, que por el sorteo de rigor, le ha correspondido conocer y resolver, a esta Primera Sala Especializada de lo Penal y de Tránsito, y como se encuentra en estado de resolver, previamente, hacemos las siguientes consideraciones: **PRIMERA**. La sustanciación de la etapa del juicio se ha hecho observando y cumpliendo las diligencias anunciadas en la Ley, considerándose los principios constitucionales y legales, en especial los del debido proceso, los contradictorio y el derecho a la defensa; independientemente el





ciudadanos acusados no han estado en ningún momento en indefensión, todo lo contrario ha tenido toda oportunidad de contradecir las pruebas presentadas en su contra respetándose el debido proceso y el derecho constitucional de las partes; **SEGUNDA**. Se tiene como circunstancias precedentes de este proceso penal, que en el sitio San Pablo de la parroquia Eloy Alfaro, del cantón Chone, el día miércoles 17 de julio del año 2012, en horas de la noche, desde la propiedad del señor Ramón Narciso Arteaga, se sustrajeron seis cabezas de ganado, tres baconas y tres vacas de vientre, herrados con los fierros NAPGCZ, los autores ingresaron a la indicada propiedad, cortaron en dos partes el alambre que circunvala la propiedad, llevándose las seis cabezas de ganado, los ofendidos siguiendo las huellas manifiestan que los autores salieron de la propiedad por un callejón, con rumbo a la vía que conduce al sitio "El Suspiro", huellas que se pierden a la altura de la escuela del lugar; los ofendidos el día 19 de julio del año 2012 a las 21h08 la señora Mariuxi Saldarreaga que trabaja en el CONEFA de Convento, quien les preguntó si habían autorizado sacar una guía, respondiendo que ellos no habían autorizado, pero la indicada funcionaria de Conefa, les dijo que Jhonny Andrade había mandado a sacar una guía de transporte de ganado, con un joven quien cargaba un certificado del año 2011 de Narciso Arteaga, animales que habían sido vacunados en el sitio Camarones, por lo que había sido engañada y procedió a dar la guía para la movilización de trece cabezas de ganado; TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBU-NAL PARA DICTAR SU SENTENCIA CONDE-**NATORIA**. Al dictar su resolución, los señores jueces de mayoría, del Cuarto Tribunal, entre otras cosas, sostienen: "...Analizado toda la prueba en su conjunto, presentada por los sujetos procesales, el juzgador amparado en lo que determina el art. 85 del Código Adjetivo Penal, que la finalidad de la prueba es probar la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados en este juicio penal, el primer principio se encuentra probado conforme lo expresado en este fallo, con la certificación del CONEFA, en donde consta que el señor Ramón Narciso Arteaga Palacios, tiene un predio denominado con el nombre de "La Centuria", en el sitio Camarones, de la parroquia Convento, del cantón Chone, de la provincia de Manabí, con la Marca (Identificación NAP), con el número de factura S-002-037-0 y otras especificaciones que se detallan en dicho certificado, probando

y demostrando que el ganado vacuno existía y que era de propiedad de este humilde hombre, que es ya adulto mayor y es por ende del grupo de personas que gozan de atención prioritaria por parte del Estado (Artículo 35 CRE), con la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, donde singulariza el señor Cabo de Policía Carlos Solano Valenzuela, donde se gestionó y tramito la guía respectiva, para poder sacar el ganado de la propiedad del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacio, de la parroquia de Convento y transportarlo hasta la feria del cantón El Carmen, con los testimonios del presidente de la Asociación de Ganaderos de Convento, doctor Yosi Garay Zambrano Giler y de la secretaria Mariuxi Elizabeth Saldarreaga Zambrano, situación que sirve tanto para la existencia de la materialidad de la infracción, como para la responsabilidad de los ciudadanos acusados. Con respecto a la responsabilidad de los acusados Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, está plenamente probada, porque ellos de acuerdo a sus propios testimonios manifestaron que hicieron uso de una certificación del CONEFA, de propiedad del señor Ramón Narciso Arteaga Palacio, para transportar un ganado a la feria del cantón El Carmen, denotando con esto, un proceder y accionar doloso en perjuicio de un humilde campesino que ve como su esfuerzo se esfuma por la habilidad en que se desenvuelven en nuestros campos algunas personas en perjuicio de quienes honradamente trabajan la tierra y crían sus animales para sus respectivos sustento, los testimonios del doctor Yosi Garay Zambrano Giler y de la secretaria Mariuxi Elizabeth Saldarreaga Zambrano, que puntualmente y con mucha seguridad manifestaron en la audiencia que recibieron las llamadas de Jhonny Washington Andrade Zambrano y de Eudaldo Betito Zambrano Cuadros respectivamente, para que le hiciera el favor primeramente de abrir la oficina para la emisión de una guía de transporte utilizando el certificado del CONEFA del hoy perjudicado y posteriormente haciéndose pasar por el señor Narciso Arteaga Palacio, para que diera paso al pedido del señor Andrade Zambrano, que no era otro de sacar la guía, tantas veces nombrada en esta sentencia, situación que no deja espacio alguno para la duda razonable y al contrario abre paso gigantesco para tener la certeza de que los acusados son los coautores directo del hurto del ganado, por lo que en cumplimento al deber que tiene el estado a través de sus agentes, de proteger los derechos de sus habitantes y sancionar a



quienes vulneran esos derechos, es que este Juez Plural encuentra responsables a los acusados en este juicio, cabe señalar también que este delito de abigeato, fue cometido sin violencia contra las personas, es decir que para perpetración de este injusto, no se provocaron lesiones, heridas o peor la muerte de alguna persona, configurándose entonces el delito de hurto... En los procesos por delitos de robo, hurto y abigeato se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, situación que en el presente proceso si se ha justificado, observándose que a los acusados no se le ha probado que actuaron con algunas de las circunstancias agravantes determinadas en art. 30 del CP, por lo que el tipo de delito cometido es el hurto de ganado y que se los juzga en calidad de coautores de acuerdo al artículo 42 del Código Penal, indicando que la coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo siguen un plan, toman parte de la fase ejecutiva de la realización del tipo denominado el hecho entre dos... Se han cumplido los principios generales que determinan los arts. 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, esto es la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados Jhonny Washington Andrade Zambrano y Betito Zambrano Cuadros, conforme a lo normado en los arts. 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador; y, a los arts. 79, 83, 84, 85 y 88 del Código Adjetivo Penal; lo alegado por los acusados mediante sus abogados respectivos no enerva las pruebas presentadas y argumentos expuestos por el Fiscal Cantonal, por lo que el juzgador las desecha, comprobándose la preexistencia de los semovientes sustraídos así como el lugar donde se afirma que estuvieron al momento de ser sustraídos, (Certificado del CO-NEFA, el reconocimiento del lugar de los hechos), (No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Artículo 169 CRE), cumpliéndose también con el requisito *sine - qua - non* del abigeato, esto es, que los semovientes se encontraban en el lugar de ceba, potreros. Igualmente se ha comprobado conforme a derecho la responsabilidad de los acusados, quienes con libertad y conciencia sustrajeron la seis cabezas de ganado del lugar de ceba, los testigos presentados por los acusados nos hacen presumir que no conocían absolutamente nada sobre el presente hecho, porque se evidencio que eran amigos e incluso la conviviente de uno de ellos, por lo indicado se determina que los acusados, si penetraron en la propiedad del señor Ramón Narcizo Arteaga Palacio, sacando los semovientes motivo

de esta sentencia. Por todas estas consideraciones y el análisis lógico jurídico, basado en las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento y respetuosos a lo determinado en el art. 76, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador; y, a los arts. 79, 83, 84, 85, 86, 304-A, 306, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, con asiento en la ciudad de Chone, "ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTO-RIDAD DE LA COSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" declara a JHONNY WAS-HINGTON ANDRADE ZAMBRANO, ecuatoriano, de 45 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante- agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción secundaria; y, al señor EUDALDO BETITO ZAMBRA-NO CUADROS, ecuatoriano, de 53 años de edad, domiciliado en la parroquia Convento, del cantón Chone, de ocupación comerciante-agricultor, de estado civil soltero (Unión de Hecho), católico, instrucción elemental, CULPABLES (responsables) en calidad de coautores materiales conforme a lo que determina el art. 42 del Código Penal, por el delito tipificado en el art. 554 y sancionado por el art. 555, ambos del Código Penal...." CUARTA. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN POR PARTE DEL ACUSADO EUDALDO ZAM-**BRANO CUADROS**: Su defensor dijo, entre otras cosas: "...en primer lugar dejo constancia desde ya que Benito Zambrano Cuadros no es responsable en este delito por lo cual le llevó a fundamentar mi apelación en la cual en este momento la reproduzco en su integridad, si ustedes han de haber visto el expediente en el cual existe un voto salvado del abogado Fabián Antón Zambrano el mismo que está reflejando la realidad de los hechos en la cual asevera que en su parte resolutiva expresa que se han violado claros principios constitucionales y así mismo de los convenios internacionales, como representante de Eudaldo Benito Zambrano Cuadros demostré en el proceso que pese a que no había que demostrarlo, tenía que hacerlo la Fiscalía pero sin embargo colaboré con la administración de justicia tal como lo expresa el Código Orgánico de la Función Judicial y mediante los testimonios de Robert José Cedeño Intriago, Raúl Rodríguez Bravo Ramón Rubén Zambrano Cedeño y Jimmy Mariano Moreira Cedeño quienes manifestaron expresamente que Benito Zambrano Cuadros





nunca tuvo que ver en ese delito ni siquiera conocimiento del mismo en un inicio estos testimonios que versaron sobre la no participación de mi defendido aquí claramente manifestaron que el día diecinueve de Junio el ganado que llevó a la ciudad de El Carmen que fueron doce chivotes y una vaca y al señor Narciso Arteaga se le ha perdido son seis vacas porque según la Fiscalía por una guía que fue a sacar y como la señora Mariuxi Saldarreaga Zambrano no se encontraba en ese momento para otorgar la guía cinco de la tarde y el bueno como no se encontraba él se fue y el señor Jhonny Andrade dijo que él le sacaba una guía él se ofreció a sacarle guía y mi defendido mi cliente dice que se fue de Convento al sitio las piedras a su domicilio donde tenía el ganado reunido en un corral que tenía Robín Cedeño, ahí tenía en ese corral los doce chivos y una vaca y él se fue a su domicilio, al día siguiente según dice la abogada llevan el ganado a El Carmen y ese ganado no pertenecía al posible perjudicado y eso está demostrado está con los testimonios aquí presentes que constan en el expediente se demostró que el llevó ganado a El Carmen que fueron doce chivos y una vaca que ninguna de esas pertenecía al señor Narciso Arteaga eso está demostrado en el proceso se demostró que no llevó ganado ajeno y la guía según la guía expresa esa guía que sacó otra persona no mi cliente, el no sacó guía en ningún momento si él no sacó guía seamos totalmente correctos qué culpa tiene él si han sacado una guía en la forma que sea, lo que demuestra que el en ningún momento tenía conocimiento de ese ganado, en ningún momento ha participado en el tal robo del señor Narciso Arteaga..." Por su parte el defensor público abogado Roberth Loor, en nombre del acusado Jhonny Washington Andrade Zambrano, dijo: "...asumiendo la defensa de Jhonny Washington Andrade Zambrano expongo lo siguiente: Defensoría Pública de Chone hace la apelación ya que es la persona encargada de pasar la audiencia pública en dicho cantón en razón de que se indica que no existe ni la materialidad, peor el nexo causal que sea la responsabilidad el art: 85 del Código de Procedimiento Penal es claro indica cual es la finalidad de la prueba, primero establecer la materialidad para poder hablar de ese nexo causal de la responsabilidad, sino hay responsabilidad no podemos hablar de responsabilidad, si bien es cierto se adjunta un certificado del CONEFA pero en ese certificado del CONEFA se determina no el ganado perdido sino el ganado de que es propietario el perjudicado en este caso Don Ramón Arteaga

palacios, y se enumera un sinnúmero de vacas, terneros, entre otros, pero él en su denuncia indica que el robo fue de seis vacas, si encuentran doce en un vehículo o en una propiedad que tenía que hacer Fiscalía no solamente adjuntar esos documentos para la materialidad sino identificar ese ganado si corresponde con el mismo fierro y que consta en las características en este certificado del CONEFA esa es la única manera de tener la certeza, la veracidad de que ese ganado son parte de lo que consta en ese documento, insisto no es que sea cansado en el documento se determina varios, es decir todos los animalitos que el propietario pero eso no significa la materialidad, la preexistencia es otra cosa, determinar si son realmente los que estamos reclamando, es como esta cadena, como un reloj, como un vehículo, como podemos hacerlo, con la respectiva diligencia para determinar aquello y eso no está realizado, la única persona, el único es el policía que da su testimonio es don Carlos Antonio solano Valenzuela el realiza una investigación pero ni siquiera hay el reconocimiento del lugar de los hechos en este procedimiento y en que vamos a terminar por que don Carlos Antonio Solano Valenzuela indica que se trasladó a un lugar diferente se trasladó al sitio Camarones parroquia Convento, hecho fue en la parroquia Eloy Alfaro es decir cómo podemos decir si hubo la violencia en que en haber dañado una alambrada, en haber dañado una cerca no existe aquello porque Don Ramón Arteaga indica que el ganado estaba en la parroquia Eloy Alfaro, los policías se trasladan al recinto Camarones parroquia convento un sitio distinto es decir no hay la certeza no hay los elementos claros convincentes de que se justifique la existencia de la cosa sustraída de que efectivamente estuvo en ese lugar con que finalidad determinar aquello de que hubo un hurto un robo eso no está justificado y si no hay materialidad para que hablar de la responsabilidad..." QUINTA. DECISIÓN DE LA SALA. En la audiencia oral, pública y contradictoria, que se señaló a efecto de que los recurrentes, fundamenten sus recursos, la Sala anunció que se confirmaba en su integridad la sentencia de mayoría dictada por los señores jueces del Cuarto Tribunal Penal, sede en Chone, tócanos ahora hacerlo motivadamente y por escrito; nos limitaremos analizar la prueba aportada por las partes procesales en la audiencia de juzgamiento, puesto que las versiones, vestigios y rastros obtenidos en la etapa de instrucción, si no fueron presentados en la audiencia de juzgamiento, no tienen la calidad de pruebas,



por otra parte sabemos que La prueba debe ser producidas en el Tribunal Penal, esto es en la audiencia del juicio, todo ello como lo señala el artículo 79 del que el Tribunal Penal, que la dictó, la Sala considera sustentado su sentencia condenatoria por voto de mayoría, todo en mérito de la prueba presentada en la audiencia de juzgamiento al amparo de lo señalado en el Código de Procedimiento Penal, ya que la prueba ha sido producida cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, esto es, de manera oral y pública, ejerciendo las partes el derecho a la contradicción, respetando los principios de continuidad o concentración, así como cumpliendo con el principio de inmediación de la prueba con el juez que dictó la sentencia; sabemos que la finalidad de la prueba, como bien lo señala el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los procesados, como corresponde en el presente caso, prueba que además de ser legal debe ser eficaz, que no vulnera garantías constitucionales. De la prueba aportada por la fiscalía, en la etapa de juicio, observamos que rindieron sus testimonios los señores Ramón Narciso Arteaga Palacios, quien es el ofendido, la del médico veterinario Yosi Gary Zambrano Giler, del conductor del carro en que trasladaban las cabezas de ganado, Walter Líder Cedeño Moreira, del comerciante de ganado Johnny Washington Andrade Zambrano, obra también el testimonio del acusado Betito Zambrano Cuadros, del agricultor Robil José Cedeño Intriago, quien actualmente trabaja en el Banco del IESS, la del comerciante de ganado domiciliado en el sitio Las Piedras, Raúl Orley Rodríguez Bravo, obra también el testimonio del agricultor, domiciliado en el sitio La Piedra, esto es del señor Ramón Rubén Zambrano Cedeño, obra el testimonio de la señora Jenny Marianita Moreira Cedeño, quien dice es conviviente del acusado Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, obra la recepción del testimonio de la señora Mariuxi Saldarreaga Zambrano, funcionaria del Conefa, institución que es encargada de emitir las boletas para poder transferir ganado, consta también la recepción del testimonio del agente de Policía Carlos Antonio Solana Valenzuela, quien efectuó investigación y toma de versiones, delegadas por la Fiscalía. De los autos emerge de manera certera y eficaz, responsabilidad de los dos acusados en el cometimiento del delito, esto de sustracción de ganado de propiedad del señor agricultor Ramón Ignacio Arteaga Palacios, certeza que nace

especialmente del testimonio juramentado que rindiera el médico veterinario Yosi Gary Zambrano Giler, quien dice ser miembro de la Junta Parroquial del sitio Convento de Chone, él se ratifica que en determinado día en horas de la noche, uno de los acusados le llamó para preguntarle si ya habían cerrado la oficina del Conefa, toda vez que necesitaba unas guías para movilizar ganado, él le manifestó que ya estaba cerrado, empero llamó a la secretaria Mariuxi Saldarreaga, para que atienda este pedido, al rendir su testimonio la señora Mariuxi Saldarreaga Zambrano, ratifica lo dicho por el médico veterinario, que efectivamente entregó la guía a un hijo del acusado Jhonny Andrade Zambrano, dijo que ella entregó la guía porque el peticionario es hermano es uno de los socios, sin imaginar lo que estaba sucediendo, estos dos testimonios no han podido ser enervado de manera alguna por los acusados solo por hecho de que ellos niegan esta circunstancia, de ser cierto lo que dicen los acusados, no tendrían sustento lo sostenido de manera categórica y concordante por el señor ingeniero veterinario Yosi Gary Zambrano Giler y de la funcionaria del Conefa, quien se ratifica en que ella entregó la guía a un hijo de los acusados, testimonios que la Sala le da credibilidad. La sentencia recurrida está fundamentada y menciona como se ha probado la responsabilidad de los acusados en delito de abigeato, así como se ha justificado la existencia de la infracción; compartimos el sentir de los señores jueces de mayoría del Cuarto Tribunal Penal, que dictaron la sentencia condenatoria, de que se justificó la preexistencia de los animales sustraídos, que los testimonios de descargos de manera alguna desvirtúan la prueba presentada por la fiscalía, entre ellas el testimonio de una conviviente de uno de los acusados, los otros testimonios no son unívocos y concordantes, lo que da a entender que fueron presentados de manera acomodaticia a los hechos; Por otra parte la Sala señala que los autores, actuaron con voluntad y conciencia que se sustrajeron las seis cabezas de ganado en perjuicio de un agricultor que vive de ello, por lo que amerita se sancione como lo señala la Ley. Por todo lo expuesto, en mérito de los autos, esta Primera Sala Especializada de lo Penal y de Tránsito, ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desechando el recurso de apelación interpuesto por los ciudadanos Eudaldo Betito Zambrano Cuadros y Jhonny





Washington Andrade Zambrano, confirma la sentencia de mayoría, que es condenatoria y se dispone remitir los autos al Tribunal de origen para los fines consiguientes de Ley. **Cúmplase y notifíquese.** 

## f) Dr. José Agustín Zamora Zambrano; Dr. Orlando Delgado Párraga; Ab. Franklin Cuenca Loor

#### CASACIÓN

Resolución nro. 813-2014; Juicio nro. 1654-2013

Juicio penal por abigeato contra Jhonny Washington Andrade Zambrano y Eudaldo Betito Zambrano Cuadros

Jueza ponente: Dra. Mariana Yumbay Yallico

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILI-TAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 06 de junio de 2014. Las 9h00.

#### **VISTOS:**

#### I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Mediante denuncia presentada a la Fiscalía, se conoció que el 17 de julio del año 2012; en la parroquia Eloy Alfaro, del cantón Chone, provincia de Manabí se sustrajeron seis cabezas de ganado: tres baconas y tres vacas de vientre, herradas con los fierros NAP y otras con GCZ, de propiedad del señor Ramón Narciso Arteaga; en cuyo caso, los presuntos infractores ingresaron a la propiedad cortando en dos partes el alambre que circundaba el corral llevándose a los semovientes. Mediante llamada telefónica, la señora Mariuxi Saldarreaga, secretaria del CONEFA, pregunto al señor Ramón Narciso Arteaga, si el había autorizado sacar una guía, porque con un certificado a su nombre, ella había otorgado un permiso de movilización de trece cabezas de ganado, respondiendo el señor Arteaga, que no había autorizado a persona alguna y que además se sustrajeron 6 vacas de su terreno, la señora Saldarreaga le señalo, que no se preocupe porque ella sabe quiénes fueron las personas que requirieron el respectivo permiso.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES DE LA CAUSA

El 27 de noviembre de 2012; la Fiscal de Manabí Abg. Maribel Zambrano, resuelve dar *inicio a la instrucción fiscal*, en contra de: *Eudaldo Betito Zambrano Cuadros y Jhony Washington Andrade Zambrano*, por haber adecuado su conducta al delito de abigeato tipificado en el artículo 554 y sancionado con el artículo 555 del Código Penal

El 06 de marzo del 2013; la Fiscal de Manabí Abg. Maribel Zambrano, emite *dictamen acusatorio* en contra de *Eudaldo Betito Zambrano Cuadros* y *Jhony* 

Washington Andrade Zambrano, por haber adecuado su conducta al delito de abigeato, sancionado con el artículo 555 del Código Penal.

El 08 de marzo del 2013; el Juez Segundo de lo Penal de Manabí, dicta auto de llamamiento a juicio contra Eudaldo Betito Zambrano Cuadros y Jhony Washington Andrade Zambrano, por haber incurrido en la comisión del delito establecido en el artículo 554 y sancionado con el artículo 555 del Código Penal.

El 25 de abril de 2013; el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Manabí, dicta sentencia condenatoria contra Eudaldo Betito Zambrano Cuadros y Jhony Washington Andrade Zambrano, declarándolos coautores materiales conforme lo determina el artículo 42 del Código Sustantivo Penal, por el delito de abigeato, imponiéndoles la pena de seis meses de prisión correccional. Con voto salvado del Abg. Fabián Antón Zambrano.

El 17 de octubre del 2013; la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, desecha el recurso de apelación, interpuesto por Eudaldo Betito Zambrano Cuadros y Jhony Washington Andrade y confirma la sentencia subida en grado.

Inconforme con esta decisión el señor *Eudaldo Betito Zambrano Cuadros* interpone recurso de casación.

# III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7.k de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y resoluciones 3 y 4 de 22 de julio del 2013, dictadas por la Corte Nacional de Justicia, relacionadas a la integración de las salas especializadas y redistribución de las causas.



#### IV. VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación ha sido tramitado conforme al artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 351, 352 del Código de Procedimiento Penal vigente; y conforme a las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

#### V. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

## 5.1. Del ciudadano Eudaldo Betito Zambrano Cuadros. (procesado)

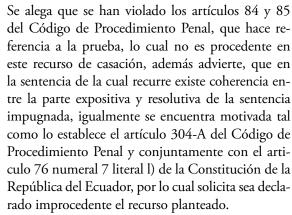
El Dr. Pedro Cornejo Dueñas a nombre de su representado señala:

El recurso de casación se lo planteó, según lo prescrito en el artículo 349 del Código Adjetivo Penal, ya que se violó la ley por contravenir expresamente el texto del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que hace referencia al debido proceso, en concordancia con los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal que hablan del objeto y la finalidad de la prueba y que para dictar una sentencia condenatoria, el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, dispone que deben existir dos principios generales: la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Se trata de un delito de abigeato, que empieza por la denuncia presentada por el señor Ramón Arteaga Palacios, quien señala que de su propiedad se sustrajeron 6 cabezas de ganado y cuando se va a justificar la materialidad del delito, el señor fiscal ordena que se realice el reconocimiento del lugar, lo que nunca se hizo, simplemente se utilizó un permiso del CO-NEFA falsificado, con este documento se estableció la materialidad y la responsabilidad de mi defendido. Existe un voto salvado en el Tribunal *a quo y ad-quem*, que hace referencia a que no se ha comprobado la existencia del delito siendo requisitos esenciales para dictar una sentencia condenatoria.

#### 5.2. De la Fiscalía General del Estado.

El Dr. Raúl Garcés Llerena delegado del señor Fiscal General del Estado, quien en lo principal expresa: El recurrente menciona que existe una contravención expresa del texto de la ley, alegato que no procede en este recurso de casación respecto de las pruebas que ya fueron valoradas por el juzgador de instancia y es vetado para este Tribunal revalorizar las mismas.



## 5.3. Réplica del ciudadano Eudaldo Betito Zambrano Cuadros.

Se ha fundamentado según lo referido en el voto salvado, el cual analiza concretamente toda la prueba, llegando a la conclusión de que no se ha determinado la materialidad de la infracción y mal puede el voto de mayoría obviar lo prescrito por el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

#### VI. DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LA NORMATIVA

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 35, 44, 75, 76, 77, 81, 82, 167, 175, diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, el máximo deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, en garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, a todos los ciudadanos y ciudadanas, en el que se reconozcan los derechos de las víctimas, el derecho al debido proceso, la potestad de administrar justicia, la misma que emana del pueblo, quien la ejerce a través de los organismos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas y en el cual el proceso penal es un medio para la realización de la justicia a fin de garantizar la paz social.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h establece el "Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5 determina "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley", de la misma forma, se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de todas las personas ante la ley, principios que se encuentran plasmados en los artículos 76.7.m, 77 y 82 de la Carta Fundamental. El recurso de casación es especial y extraordinario, cuya finalidad es el control de la 1egalidad de las sentencias y a la vez se encarga de garantizar la vigencia





del derecho; permite con su uso la manifestación de inconformidades por parte de los sujetos procesales con el objetivo fundamental de lograr la corrección de la sentencia y enmendar las posibles violaciones a la ley que pudieren existir. Su misión principal es que se cumpla con las normas del debido proceso que conlleven a una decisión justa y apegada a las normas constitucionales y legales. Es un recurso extraordinario porque las causas por las que puede interponerse son excepcionales, pues posibilitan la impugnación de una sentencia, cuando el sentenciado considere que se ha violado la ley, es así que el tratadista German Pavón Gómez define la casación como "un recurso extraordinario, técnico objetivo, contra sentencias de segunda instancia de tribunales [...]".

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 349, establece que el recurso de casación procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley: a) Por contravención expresa de su texto; b) Por indebida aplicación de la ley; y, c) Por errónea interpretación de la misma; de forma que, se puede impugnar en estos casos excepcionales; al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado mencionando:

"La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa a su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta manera no debe de concebirse al recurso de casación como un recurso ordinaria más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben de tener presente que la casación es aquel recurso extraordinario que únicamente procede de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores".

Se debe señalar además que el recurso de casación ha sido objeto de estudio de la doctrina, coincidiendo en el carácter extraordinario que este mantiene como bien manifiesta Fabio Calderón Botero al mencionar que: "La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia proveer a la realización del derecho objeto, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido".

# VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 7.1 De las vulneraciones alegadas por el ciudadano Eudaldo Betito Zambrano Cuadros.

Sostiene que se ha contravenido el texto del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto se violó el debido proceso, en concordancia con los artículos 84, 85 y 106 del Código de Procedimiento Penal, en tal sentido corresponde a este Tribunal de casación, analizar si en realidad existen las violaciones a la ley aducidas:

La contravención expresa del texto de una norma, se produce cuando la sentencia y la ley se encuentran en oposición directa, es decir, la redacción del fallo esta en contradicción directa con las disposiciones jurídicas aplicables al proceso penal, que trae como consecuencia que la sentencia se convierta en un "instrumento defectuoso"4, cabe revisar si en efecto las presuntas violaciones alegadas son procedentes por esta causal. La Constitución de la República, en el capítulo titulado "Los Derechos" y en específico sobre los derechos de protección, ubica al artículo 765, el cual hace referencia al debido proceso, en el que se incluyen varias garantías. La defensa para fundamentar esta violación a la ley, solicita que se valoren las pruebas actuadas en el proceso.

German Pavón Gómez, de la Casación y la revisión penal en el Estado social y democrático de derecho, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 48.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia nro. 0013-SEP-CC del 04 de marzo de 2013. Caso nro. 1647-11EP

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Fabio Calderón Botero, Casación y revisión en materia penal, Bogotá, Ediciones librería del profesional, 1985, pp. 4-5.

Luis Cueva, La casación en materia penal, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2007, 2da. ed., p. 254.

<sup>5</sup> 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:

Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

<sup>3.</sup> 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 aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.



La institución jurídica de la casación es un recurso técnico y extraordinario, por lo tanto, no constituye de modo alguno, otra instancia, así como tampoco faculta un nuevo análisis de las pruebas actuadas y analizadas con anterioridad. Existe prohibición expresa del último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que no se puede revalorar la prueba, sino, únicamente establecer si el Juzgador en su fallo, ha hecho una correcta aplicación de la ley.

La Corte Constitucional Ecuatoriana, refiriéndose al recurso de casación a través de sus sentencias las mismas que tienen efectos erga omnes señala: "[...] el pedido no podrá fundarse en volver a valor la prueba conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. De esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia [...]<sup>76</sup>.

La petición de volver a valorar la prueba, hecha por la defensa es improcedente; sin embargo, al ser el recurso de casación un instrumento protector de garantías, principios y derechos fundamentales de las partes en el ámbito penal, así como también, es un medio de impugnación otorgado a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales y en aras de una correcta y adecuada administración de justicia, este Tribunal se pronuncia con respecto al artículo constitucional.

El artículo 76 de la Carta Fundamental trata del debido proceso<sup>7</sup>, conocido como aquella institución jurídica que tiene como fin, el proteger y garantizar la defensa de los derechos y obligaciones de las partes en el desarrollo de un proceso judicial, tal como lo manifiesta la Corte Interamericana de Derechos Humanos "el derecho al debido proceso o 'derecho de defensa procesal' es una garantía que se aplica en todo tipo de procedimiento judicial o administrativo que implique la

- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
  - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
  - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
  - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
  - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
  - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
  - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
  - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
  - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
  - Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
  - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
  - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
  - I) 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 servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.
- Sentencia nro. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso nro. 1647-11-EP, 05 de febrero del 2013, publicada en el Suplemente del Registro Oficial 904, de 04 de marzo de 2013.
- Artículo II. "[...] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso." Constitución de la República del Ecuador 2008.





determinación de un derecho y es fundamental en el Estado de derecho.'8

De igual manera la Corte Constitucional, en varias de sus sentencias, se ha pronunciado señalando que:

"El debido proceso se convierte en un pilar fundamental para la defensa de los derechos de las personas que intervienen dentro de un juicio; alrededor de aquel se articulan una serie de principios y garantías básicas que permiten una correcta administración de justicia, y justamente con aquel espíritu, la Constitución de la República, en el capítulo octavo del Título II consagra en su artículo 76 las garantías básicas del debido proceso: "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: (...)"; determinando a lo largo de los siete numerales de este artículo garantías afines a todo proceso?" Por lo tanto, queda claro que el debido proceso lo que busca es la observancia plena y el respeto a todos los principios generales y normas esencialmente constitucionales y procesales, en pro de conseguir la efectiva vigencia del derecho sustantivo.

El artículo referido por la defensa, está compuesto de siete numerales y el último numeral contiene trece literales, por lo que el peticionario tenía la obligación de establecer con exactitud, sobre cuál de todos ellos recae la presunta violación; al no existir la precisión del inciso, numeral o literal al cual se quiso referir, este Tribunal no puede saber a ciencia cierta, que derecho o garantía específica se vulneró en la sentencia recurrida, es inadecuado hablar del debido proceso en términos generales, dado su complejo y amplio contenido, pues, cada uno de los numerales o literales que compone este derecho, lleva a un análisis diferente; por tanto, es imposible que en la práctica se viole al mismo tiempo todo el contenido del artículo.

 b) El recurrente también alega violación del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.
 Dentro de los delitos contra la propiedad, el legislador ha ubicado al delito de abigeato, el cual requiere según lo dispuesto en el artículo 106 que: "[...] se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída." La figura jurídica por la cual se ha juzgado al ahora recurrente, en efecto es el abigeato¹0; contenido en el artículo 554 y sancionado en el artículo 555, ambos del Código Penal; este delito es un tipo especial de sustracción de propiedad ajena, pues recae tan solo sobre semovientes, los mismos que deben encontrarse ubicados en lugares específicos al momento de su sustracción, como en efecto pasó en el caso sub judice; el juz-

 El peticionario arguye violación de los artículos 84 y 85 del Código de Adjetivo Penal.

la propiedad.

gador realizó un adecuado examen de todos los

elementos que construyen y configuran el abi-

geato, pues, al sustraerse un bien ajeno se afectó

al bien jurídico protegido, que para este delito es

En el libro segundo, capítulo I del Código Adjetivo Penal, se encuentra el artículo 84, el cual se refiere al objeto de la prueba señalando "Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas". Mientras que el artículo 85 Ibíd., habla de la finalidad de la prueba y dispone: "La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado".

De una forma motivada y en estricto cumplimiento a las leyes y a la sana crítica, el Tribunal ad quem realizó un análisis lógico, coherente y conducente de todas las pruebas practicadas en la etapa de juicio, quedando claro que el señor Eudaldo Betito Zambrano Cuadros, actuó con voluntad y conciencia al hacer uso de un certificado de CONEFA, perteneciente al ofendido, el señor Ramón Narciso Arteaga, con el fin de transportar el ganado sustraído al cantón El Carmen, se justifica en debida forma el grado de participación como coautor del delito, que

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 06 de febrero de 2001, Serie C nro. 74, párr. 102, Caso Ivcher Bronstein Vs Perú, párr. 98

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia nro. 108-13-SEP-CC, caso nro. 1904-11-EP., 04 de diciembre de 2013,p.11

<sup>&</sup>quot;El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración a la cuantía del ganado sustraído." Código Penal, Registro Oficial Suplemento 147, artículo 554.



a decir de Enrique Bacigalupo "son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho"<sup>1</sup>.

Toda vez que existe una correcta subsunción de la conducta del recurrente *Eudaldo Betito Zambrano Cuadros* a las normas penales que tipifican y sancionan el delito de abigeato y su calidad de coautor; este Tribunal de Casación no observa contravención al texto de la ley, por lo que no proceden las alegaciones respecto a los artículos expuestos por el recurrente.

# VIII. RESOLUCIÓN

De la argumentación realizada por la defensa del peticionario, se desprende que no se ha demostrado cual es vulneración cometida en la sentencia recurrida, conforme de lo Penal, Penal Militar, Penal

Policial y Tránsito 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", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Eudaldo Betito Zambrano Cuadros. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes. Actué en la presente causa Dr. Milton Álvarez Chacón, como secretario Relator. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueza Nacional; Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional, Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.





<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Parte General, 2da. Edición, Buenos Aires, 2007, p.501.



# IX

# Resolución nro. 835-2014 Juicio nro. 397-2013

Juicio penal por violación propuesto contra Héctor Anibal Proaño Molina

# SÍNTESIS

Correspondió al Tribunal de Garantías Penales y Constitucionales de la Corte Provincial de Justicia de Napo, conocer y resolver el delito de violación de la que fueron víctimas las menores NN.A y NN.B por parte del acusado Héctor Anibal Proaño Molina en contra del que existen graves y fundadas presunciones de su participación en el grado de autor del delito tipificado en el Art. 512.1 del Código Penal y sancionado por el Art. 513 Ibídem, en razón de que se conoce que el 02 de enero del 2012 su mamita les mandó a comprar y habían estado jugando cuando el acusado les haló de la mano y que a la menor NN.A. le manoseo en el baño y a la menor NN.B le ha puesto en la cama, le ha bajó el pantalón y ha metido el dedo en su vagina, donde abusó de ella, por lo que les dio dinero; que revisada la menor NN A., por la obstetra, no encontró novedad alguna en sus genitales; pero con respecto a NN.B, ésta ha presentado desfloración imeneal completa que no fue producto de la introducción del dedo del acusado , sin que aquello desnaturalice el delito de violación, por lo que se ha probado la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado, declarando por unanimidad la culpabilidad del acusado en el grado de autor del delito de violación en la persona de la menor NN B., condenándole a la pena de proporcionada DE OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, de conformidad con el Art. 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador. El procesado interpone recurso de nulidad y apelación que la Sala Única de la Corte Provincial de Napo los niega y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal. Igualmente, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia lo declara improcedente.

# PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro.: 0397-2013

Juez ponente: Dr. Jacinto Edmundo Mejía Pérez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE NAPO. TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENA-LES Y CONSTITUCINALES. Tena, sábado 28 de julio del 2012, las 11h09.

VISTOS: El acusado tiene por identidad la de HÉCTOR ANÍBAL PROAÑO MOLINA, ecuatoriano, casado, 79 años, albañil, domiciliado en el barrio La Revolución, calle 13 de Enero y calle IERAC, del cantón El Chaco, provincia de El Napo, el mismo que cumple arresto domiciliario en la dirección antes indicada y en contra de quien el señor Juez Multicompetente del Cantón Quijos, Doctor Marco Proaño López, con fecha marzo 23 de 2012, a las nueve horas dictó auto de llamamiento a

juicio, ratificando el arresto domiciliario, de conformidad con el art. 160 numeral 11 de Código de Procedimiento Penal y art. 38 numeral 7 de la Constitución, para que responda por delito de violación, tipificado por el art. 512, numeral 1 y sancionado en el art. 513 del Código Penal, por considerar que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden graves presunciones fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado, en el grado de autor, tomando como sustento el dictamen acusatorio del abogado José Luis Robalino, Fiscal del Valle del Quijos-Chaco. Remitido el expediente a este Tribunal, concluida la audiencia de juzgamiento, a la que concurrieron los



sujetos procesales, corresponde en razón de la materia y del territorio, dictar sentencia, y, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: PRIME-**RO**: De conformidad con lo dispuesto por el art. 28 numeral 1 del Código Procesal Penal, este Tribunal es competente para sustanciar y resolver el presente juicio en razón de la jurisdicción y la materia. **SEGUNDO**: En la sustanciación de la causa no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación del trámite que pueda influir en su decisión, por lo que no hay lugar a nulidad procesal y se declara la validez. **TERCERO**: En la audiencia reservada de juzgamiento, se practicaron las pruebas que siguen: 1) De conformidad con el artículo innumerado, a continuación del art. 226 del Código de Procedimiento Penal, las partes procesales en la audiencia preparatoria de juicio han convenido en acuerdo probatorio el peritaje de reconocimiento del lugar de los hechos suscrito por los peritos Cbo. Pol, Gustavo Aldaz y Carlos Cerda, diligencia que practicaron en el inmueble ubicado en XXXX de El Napo (Fs. 90-93): luego el Agente Fiscal solicita que rindan sus testimonios las niñas NN.A. y NN.B la Doctora Karen Grijalva, la doctora Dalba Tana, los agentes de Policía Milton Aldaz y Edmundo Madril y que el procesado rinda su testimonio; solicita que como prueba documental de cargo con que cuenta la Fiscalía, se agregue al cuaderno procesal del juicio y se judicialice el informe del reconocimiento del lugar de los hechos, el informe médico legal, las partidas de nacimiento, el informe psicológico, el testimonio urgente de la menor NN. A. que obra en fs. 96, rendido el día 04 de enero del 2012, a las 15h30, ante señor Juez Multicompetente de Napo-Quijos, y a las preguntas del señor Fiscal contesta con el día de ayer, a las seis de la tarde su hermana la llevó para abajo, que en el parque su hermana le dijo vayamos donde ese señor (indicando al detenido), que la menor NN. B se quedó en la puerta para que le abra y ese señor les dijo que vayan por la puerta de atrás y le dijo que hagamos el amor a su hermana y luego hicieron y nos dio plata, eran treinta dólares, ella estaba abajo y el encima, preguntada por el señor Juez a petición del Dr. Marco Morales, dijo que fue su hermana quien le dijo que diga lo que hace, a la muestra fotográfica reconoce que esa era la cama en donde el detenido le hacía el amor a su hermana, a la fotografía del cuarto del detenido que le exhibe el Fiscal dice que si ahí le hizo entrar, preguntada por el Abg. René Arroyo, por intermedio del señor Juez responde que ella le sacó el pantalón y solo le manoseó las

piernas y los brazos, preguntada por el señor Juez si el detenido la besó responde afirmativamente y que ella escupió, preguntada por el Fiscal si le dio plata, contesta sí y que con eso se compraron las cosas que se encontraban en el escritorio que son bisutería, lápices y vinchas. 2) La abogada Karina Molina, solicita como prueba de la ofendida que se recepte el testimonio de la doctora Karen Grijalva, de la Obstetra Dalba Tana, de las menores NN. A y NN. B de 9 y 11 años, de José Flores Gavilanes; como prueba documental que se tenga producida a favor de sus representados: los Informes de la Psicóloga, y de la Ginecóloga, así como el reconocimiento del lugar de los hechos y las tomas fotográficas, y los testimonios de los Agentes Milton Aldaz Yandún y Edmundo Madril. Comparece a rendir su testimonio la menor NN. A. designándose como curadora a su madre señora M.T., quien juramentada prometió cumplir el cargo fiel y legalmente y la menor dice: llamarse como deja expuesto, ser ecuatoriana, tener nueve años de edad, domiciliada y residente en XXXX, preguntada por la Doctora Karina Molina narra lo ocurrido a su hermana NN.B. diciendo, que ese día jugaban a las escondidas y salieron de la casa de sus abuelos, pasaron por la casa de la señora Maruja y ahí el viejo (acusado) las haló del brazo a ella la manoseó y a su hermanita le había metido la mano en la vagina, indicando al acusado como el autor, que cuando terminó de hacer eso les había dado la plata y se fueron a comprar: preguntaba por el Dr. Machado dice que nunca les ha mentido a sus padres. Seguidamente rinde testimonio la menor NN.B. a la que por ser menor de edad se le designa como curadora a su madre señora M.T., quien luego de juramentarse promete cumplir el cargo fiel y legalmente, y la menor dice, ser ecuatoriana, tener once años de edad, soltera, residente en XXXX, preguntada por la Dra. Karina Molina dice que el 02 de enero de 2012, su mamita le mandó a comprar y jugaba con su hermana y ese señor les habló de la mano a "mí y a mi hermanita", a su hermana la manoseó en el baño y "a mí me puso en la cama, me bajó el pantalón y me metió el dedo en la vagina", que la persona que les hizo eso es el acusado presente a quien indicó, por lo que les hizo les dio plata: al fiscal abogado José Luis Robalino, le contesta que fue el 02 de enero del 2012, en el Chaco, en una casa grande de ese señor que está aquí presente: al doctor Fernando Machado le responde en forma equivocada sobre la mano izquierda, no así el dedo índice. El señor Policía MILTON GUS-TAVO ALDAZA YANDUN, interrogado por el





Fiscal manifiesta el 2 de enero y en la noche salió y se fue a la tienda por atrás de la casa del acusado, que las hizo entrar a su cuarto donde les había tocado sus partes íntimas o sea las piernas y vagina, que la niña le informó que después les dio dinero para que no avisen y se compren algunas cosas y que ellas compraron unas manillas, también tenían en su poder cuarenta dólares, que el parte que se le exhibió lo elaboró él con sus compañeros y que es su firma la que consta allí; preguntado por el Dr. Fernando Machado dice que el reconocimiento del lugar lo hicieron el 3 de enero del 2012, que cuando detuvieron al señor Proaño, estaba presente el Fiscal, que el lugar de la detención fue en la salida de la casa del procesado. La doctora DALBA TANA BENAVÍDEZ, obstetra de profesión, preguntada por el Fiscal, contesta, que realizó un examen médico legal a la niña NN.A. que no le encontró ninguna novedad en los órganos genitales de dicha niña, como consta en su informe de fs. 89 y la ampliación de fs. 108 y 109: que con relación a NN.B. en el examen físico encontró una secreción amarillenta con una desfloración himeneal antigua, que no había laceraciones, ni signos de violencia: que la niña estaba callada, tímida, no respondía a las preguntas, que elaboró un informe que reconoce, así como la firma suya, al interrogatorio de la Dra. Karina Molina, responde que al realizar el reconocimiento a las menores NN.A. y NN.B. no encontró lesiones en la cara, cuello, brazo, abdomen u otras partes del cuerpo de las dos niñas, que las prendas íntimas de las menores no tenían rastros de sangre. A la explicación solicitada por el señor juez DR. DANIEL NARVAEZ, de que cuáles son las posibles causas para una desfloración, contestó por penetración, que se la puede hacer con un dedo, un órgano masculino u otro objeto. Por su parte la doctora KA-REN VANESSA GRIJALVA ROMERO, de profesión psicóloga, manifiesta que al realizar la experticia psicológica a la niña NN, A, estaba inestable, pasando por momentos difíciles, que sí lo dio información necesaria, que ella vio una situación de su hermana NN. B y el señor Proaño, que habían ido a la casa de este señor y él le invitó a hacer el amor y ella presenció: que también hizo una experticia a NN.B. que al momento de la entrevista estaba inestable, siendo complicada la entrevista, decía que había sido abusada por un viejito, que el introdujo los dedos en la vagina, por último reconoció el informe que se le exhibió y la firma dijo es la suya propia, sugiriendo que las menores necesitan tratamiento y que pese a sus recomendaciones las niñas

no han acudido donde ella a realizarse las terapias. A continuación rinde testimonio el procesado HÉCTOR ANÍBAL PROAÑO MOLINA, de 79 años de edad, ecuatoriano, casado, albañil, residente en El Chaco, quien dice no conocer a las niñas NN.A y NN.B ni a sus padres Maura Tanguila y Luis Toctaguano, ni conoce por qué está presente en el juicio que se le sigue, que vive en las calles 13 de enero y calle IERAC, que su domicilio es fijo, pero a veces va a la finca, que en su dormitorio hay una camita y un baño y cosas personales. El defensor del acusado doctor FERNANDO MACHA-DO, solicita que se tenga como prueba de su defendido y se judicialice el testimonio de la Dra. Dalba Tana, las entrevistas y los testimonios de las niñas NN. A y NN. B, el testimonio de su defendido, que como prueba documental se incorpore los certificados de antecedentes penales de fs. 74, 75, 153, 154 y 155. Abiertos los debates, el FISCAL abogado José Luis Robalino dice que en esta audiencia se han establecido tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del acusado, con el testimonio de la niña NN. A de 9 años quien detalló cómo su hermana NN. B de 11 años era abusada sexualmente por el acusado, además NN. B dijo en esta audiencia con temor, que tenía miedo y vergüenza de lo que le pasó, lo que está corroborado con el testimonio de la Dra. Karen Grijalva que realizó el examen psicológico de NN. B de quien dijo que necesita terapia psicológica para superar el trauma causado por el abuso sexual: con los testimonios del Policía Aldaz, de la Dra. Tana y la Dra. Grijalva: con el testimonio del Agente Madril que coincide con los demás, que el delito el acusado lo cometió en su casa, dice que la defensa del procesado presentó certificados médicos de disfunción eréctil que puede tener, pero lo que sí es claro es que el acusado jamás utilizó su miembro viril, para cometer la violación utilizó uno de los diez dedos de sus manos, refiere el Código Penal es claro al respecto, por lo que acusa a HÉCTOR ANÍBAL PROA-NO MOLINA de haber cometido el delito tipificado en el art. 512, numeral 1 del Código Penal, sancionado por el art. 513 del mismo Código, en el grado de autor, por delito de violación: por su parte la Abg. KARINA MOLINA, defensora de la acusadora particular manifiesta que con las pruebas aportadas y diligencias evacuadas en esta audiencia se ha probado de acuerdo con el art. 250 del C.P.P. la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado, inclusive de las narraciones de las dos menores afectadas, que lo reconocieron en



esta audiencia como el autor, que se ha demostrado la finalidad de la prueba para acusar al Héctor Aníbal Proaño Molina como responsable del delito cometido, por lo que amparada en los arts. 44, 45 y 46 de la Constitución, demanda que sea sancionado de acuerdo al art. 512 numeral 1 y 513 del Código Penal, en concordancia con el art. 57 del Có-Εl defensor del digo procesado DR. FERNANDO MACHADO por su parte dice que nunca existió el delito que se le imputa a su defendido, alega que jamás vieron (observaron) el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de que toda persona se presume su inocencia no se compruebe su culpabilidad y a lo largo del proceso no se comprobó nada, alega de su defendido disfunción eréctil demostrada con exámenes, alega que la menor ofendida inicialmente dice que le hizo el amor y a la ampliación de su versión que le metió el dedo en la vagina, además que no se dio paso a su petición de (Sic) ... único que se quiere es mancillar el buen nombre de su defendido, por venganza de la madre debido a que las menores ingresaron a su domicilio a sustraerse dinero como obra la denuncia a fs. 23 del proceso, antes de ser detenido, por lo que pide que se ratifique la inocencia de su patrocinado y por ende se le dé la inmediata libertad. CUARTO: De los actos de prueba judicializados en esta audiencia reservada de juzgamiento, de conformidad con lo prescrito por los arts. 79, 83 y 85 del Código de Procedimiento Penal, mismos que se describen en los considerandos segundo y tercero, este Tribunal estima que se ha probado con suficiencia tanto la existencia material del delito de violación que se buscas sancionar, psicológico a cada una de las menores ofendidas, documental reconocimiento del lugar de los hechos y del sitio en que se cometió la transgresión de la norma sustantiva penal que se busca sancionar, de las que demuestran la existencia y edad de las niñas agraviadas, certificaciones de buena conducta, honorabilidad y de antecedentes penales del acusado, estos últimos que obran en su favor, y, testimonial judicializada y la rendida en este juicio, por los peritos designados y por los sujetos procesales según el art. 79 C.P.P., cumpliéndose su objetivo de probar los hechos, tal como obra de los autos e igual está analizada y valorada anteriormente, las cuales conducen a determinar el nexo causal entre la infracción y el responsable de la misma con hechos reales, probados, que los indicios son varios como ya está estudiado, relacionados concordantes entre sí, unívocos en direccionar la

responsabilidad penal en el procesado Héctor Aníbal Proaño Molina. QUINTO: La documentación judicializada de buena conducta, honorabilidad y antecedentes personales del procesado, así como la justificación de ser una persona de la tercera edad, amerita ser considerada para la resolución a tomarse, llegando a concluir que es aplicable en el caso el principio de proporcionalidad, consagrado en el numeral 6 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el art. 11 numerales 3, 4 y 9 ibídem y art. 5 del Código Orgánico de la función Judicial, frente al delito tipificado por el art. 512, numeral 1 del Código Penal, sancionado por el art. 513 ibídem que dicen: "Art. 512. Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal: o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos y órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuera menor de catorce años. ". "Art. 513. El delito de violación será reprimido con "reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años", en el número 1 del artículo anterior..."; el reconocimiento médico legal ampliatorio, determina que la niña NN.B presenta desfloración himeneal completa con carúnculas de color rosado de aproximadamente 3 a 6 meses de anterioridad, sin rastros de sangre ni desgarro (fs. 108 y 109). Lo que conlleva a determinar que aquella desfloración no fue producto de la acción desarrollada por el acusado (introducción del dedo) sin que aquello desnaturalice el delito de violación en los términos que preceptúa el mencionado art. 512 del Código Penal. SEXTO: Por la motivación precedente, valorada la totalidad de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, estimando que en la etapa del juicio se ha demostrado conforme a derecho la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado, como lo exigen los arts. 79,250 y 252 del Código Adjetivo Penal, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA, POR UNANIMIDAD, DECLARA** LA CULPABILIDAD DEL CIUDADANO HÉ-CTOR ANÍBAL PROAÑO MOLINA, en conformidad con el art. 42 del Código Penal, en el grado de autor del delito de violación tipificado por el art. 512, numeral 1 y reprimido por el art. 513, del Código Penal, condenándolo a la pena proporcionada de OCHO AÑOS DE RECUSIÓN MAYOR





ESPECIAL, de conformidad con el art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, que los cumplirá en el inmueble donde permanece bajo arresto domiciliario hasta la presente fecha, por tratarse de una persona en condiciones de vulnerabilidad, de la tercera edad, disposición que se fundamenta en la sentencia nro. 012-12-SEP-CC-2012, en el caso nro. 1088-11-EP, dictada con fecha Quito D.M. 15 de febrero de 2012, por la Corte Constitucional para el Período de Transición, hasta que se construya la "casa de prisión para personas de la tercera edad y de centros especializados para establecer una reclusión diferenciada", debiendo descontarse el tiempo que por esta causa tiene privado de su libertad, pena que lleva inmersa la interdicción y suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena, como lo prescriben los arts. 56, 59 y 60 del Código Penal. Para hacer efectivo el cumplimiento de la condena en su domicilio antes indicado, ofíciese a los señores Comandantes Provincial de la Policía Nacional Napo nro. 20 y al Jefe de la Policía Nacional en el cantón El Chaco. Se declara procedente la acusación por la infracción, que se hará de conformidad con lo dispuesto por el art. 31 numeral 1, literal a) del Código de Procedimiento Penal, sin que de autos se pueda determinar el monto al que ascienden los daños ocasionados por la infracción. La señora actuaria agregue a los autos una copia de la sentencia dictada por la Corte Constitucional. Publíquese esta sentencia en la página web de la Función Judicial. **Notifiquese.** 

f) Ab. Danilo Iturralde Cevallos, Dr. Daniel Narváez Montenegro, Ab. Edmundo Mejía Pérez.

# NULIDAD Y APELACIÓN

# SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE NAPO. (SIC).

**VISTOS**: Corresponde conocer y resolver a esta Unica Sala el recurso nulidad y apelación planteado por el procesado Héctor Aníbal Proaño Molina, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Napo en la que se le impone la pena proporcionada de ocho años de reclusión mayor especial por considerarle autor y responsable del delito de violación. Al ser el momento procesal oportuno, para resolver, se considera: PRI-**MERO**: Esta Única Sala es competente de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los artículos 163, numeral 3 y 208 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y artículos 343 y 344 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** El trámite y procedimiento que se le ha dado a la causa es el que corresponde a la materia, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión de la causa, por tanto se declara su validez. TERCERO: El recurrente comparece a fojas 173 a 177 para interponer conjuntamente los recursos de nulidad y apelación; y, respecto a la nulidad argumenta: 3.1.- Que la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Napo no cumple con los requisitos de ley, no guarda relación con los méritos procesales, que no existe la debida motivación, y además no se determina que diligencias practicadas condujeron a establecer la existencia de la infracción y responsabilidad del acusado. 3.2.- Respecto al recurso de apelación

manifiesta que: En la sentencia condenatoria no se ha considerado las reiteradas violaciones a las garantías del debido proceso y derechos fundamentales previstos en la Constitución y los Pactos y Tratados Internacionales ratificados; que en materia derechos y garantías constitucionales debe aplicarse el *in dubio pro reo*; que no se ha considerado ninguna prueba a su favor, especialmente las contradicciones existentes entre las dos menores de edad que dicen haber sido víctimas de abuso sexual, que el testimonio urgente carece de validez jurídica ya que éste ha sido receptado antes de haber dictado auto de instrucción fiscal en contra del recurrente, además por no estar suscrito por la menor compareciente, su curador, la madre Sorayda Tanguila y el Agente Fiscal, Secretario del Juzgado y abogados de las partes, que para dictar sentencia no se ha considerado su testimonio rendido, el mismo que constituye prueba a su favor, que no existe el nexo causal entre la infracción y el responsable de la misma, solicitando que se revoque la sentencia subida en grado y se confirme su inocencia. CUARTO: La presente causa tiene como antecedente el siguiente hecho: La señora M.T. presenta denuncia en la Policía Judicial y DINAPEN, manifestando que el día 2 de enero del 2012 sus hijas de 11 y 8 años de edad (NN.NN) habían sido abusadas sexualmente en horas de la noche por el señor Héctor Aníbal Proaño Molina, quien había abusado sexualmente a la niña mayor y que a la menor le había manoseado; existiendo flagrancia



se ha procedido a la detención del denunciado, dándose inicio a la instrucción fiscal en su contra. De fojas 1 a la 13 constan el acta de audiencia oral de sustentación de dictamen y preparatoria de juicio, así como el auto resolutorio de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez Multicompetente de Quijos- Baeza. Las partes han llegado a un solo acuerdo probatorio que tiene que ver con el reconocimiento del lugar de los hechos; se ha confirmado la medida cautelar dictada en contra del procesado Héctor Proaño, esto es su arresto domiciliario en la calle 13 de Enero y Ierac, barrio La Revolución, ciudad y cantón Chaco, provincia de Napo. Las partes han hecho su anuncio de pruebas conforme dispone el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal. QUINTO: Remitido el proceso al Tribunal de Garantías Penales para la etapa de juzgamiento, la misma que tiene como fin establecer la existencia o no de la materialidad de la infracción y el grado de participación del o los infractores, se han evacuado las siguientes pruebas que aparecen del acta de audiencia reservada de juzgamiento (fs.83 a 84 y vlta.), y estas son: Se presenta la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos como acuerdo probatorio, del cual se desprende que se trata del domicilio del procesado ubicado en la calle 13 de Enero y Ierac, barrio La Revolución, ciudad y cantón Chaco, provincia de Napo, ilustrando mediante 4 láminas fotográficas el sitio exacto donde se ha perpetrado el abuso sexual, tratándose de un cuarto habitación con una cama; se da lectura al testimonio anticipado de la menor NN constante a fojas 96 quien con la asistencia del Juez, su madre M.T., abogado patrocinador de la denunciante, abogado defensor del hoy procesado, la psicóloga del INFA Karen Grijalva, Fiscal de Quijos y actuaria de la judicatura, expresa al detalle que el día 2 de enero del 2012, a eso de las 6 de la tarde su hermana mayor le ha llevado donde el hoy procesado, que una vez en la casa de aquel le ha indicado Héctor Proaño que se vayan por la puerta de atrás y le ha dicho que hagamos el amor con su hermana y que luego lo hicieron, que les ha dado la suma de treinta dólares, que su hermana estaba por debajo y el (procesado) estaba encima de su hermana, ante el interrogatorio formulado por la fiscalía y el abogado de la denunciante por intermedio del señor Juez, la menor expresa que la cama que consta ilustrada en la fotografía que se le pone a la vista es la misma donde le ha hecho entrar el acusado, también expresa le sacó el pantalón y que a ella únicamente le manoseó

las piernas y los brazos, que además le besó y que ella escupió; este testimonio, contrario a lo que alega el recurrente, cumple con todas las garantías legales puesto que ha existido la inmediación de las partes en la evacuación de la misma, por lo que no existe la indefensión a la que se refiere, constituyéndose de éste modo en una prueba eficaz; el parte policial de fojas 85 y 86 de los autos, suscrito por los señores agentes de la Dinapen y Policía Judicial de Napo-Chaco Gustavo Aldás, Edmundo Madril Jácome y Carlos Cerda, quienes informan sobre la denuncia presentada por la madre de las menores de edad, señora Maura Tanguila Alvarado y las circunstancias en que fue detenido el señor Héctor Proaño, documento que ha sido judicializado en la audiencia de juzgamiento y avalado mediante testimonio por el agente Milton Aldás Yandun; informe de reconocimiento médico legal realizado a la menor NN víctima del abuso sexual por parte de la perito obstetriz Dalba Tana, quien en el mismo describe que en la región genital de la niña de 11 años y 5 meses de edad, se observa secreción amarilla de mal olor impregnada en labios mayores, que al examen se observa desfloración antigua del himen, que no existe desgarros ni laceraciones, que la paciente se encuentra orientada en tiempo y espacio, llorosa y callada (fs. 89); informe ampliatorio del reconocimiento médico legal realizado a la menor ofendida (fs. 108 y 109), donde se establece que existe desfloración himeneal completa, carúnculas himeneales de color rosado de aproximadamente 3 a 6 meses de anterioridad, sin rastros de sangre ni desgarros y en la audiencia de juzgamiento la perito Dalva Tana Benavides a testimoniado afirmando ser la autora de los informes médicos y se ratifica en su contenido; el informe psicológico de fojas 111 y 112 suscrito por la psicóloga clínica Karen Vanessa Grijalva así como la entrevista a la menor NN y como diagnóstico hace constar que la niña se presenta a la entrevista orientada en tiempo y espacio, llanto fácil, preocupada, temerosa, con ideas dominantes, con respecto a lo ocurrido y concluye que lo acontecido con su hermana le ha provocado conductas y comportamientos inadecuados que pueden desencadenar en síntomas para algún tipo de trastorno psicológico, que además presenta rasgos depresivos, timidez, introversión y labilidad emocional; a fojas 122 consta el informe psicológico de la menor NN ofendida, de 11 años de edad, suscrito por la misma perito quien en su diagnóstico expresa que no se aprecia rasgos patológicos, que se evidencia





normalidad en su orientación, juicio y razonamiento, presenta estado depresivo por su baja autoestima, vulnerabilidad, labilidad emocional, necesidad de afecto, que en su historia personal se ha encontrado características rígidas y violetas en su personalidad, con rasgos de introversión, dependencia e impulsividad, recomendando apoyo psicológico individual y familiar, y como conclusiones ha hecho constar que la niña presenta síntomas de haber pasado por algún evento traumático que como consecuencia está afectada en su vida diaria, que su conducta y comportamiento a cambiado; la referida perito psicóloga clínica al rendir testimonio en la audiencia de juzgamiento expresa que al momento de la entrevista la menor daba información de lo que había sido abusada por un adulto, que decía "un viejito", quien le ha introducido los dedos en la vagina, que la menores necesitan de un tratamiento, y finalmente que los informes que se les pone a la vista son de su autoría, por lo mismo se ratifica en su contenido; de fojas 126 a 127 aparece el reconocimiento médico practicado Héctor Aníbal Proaño Molina, suscrito por la Dra. Giovanna Soto Pila, en cuyas conclusiones expresa que el examinado de 78 años de edad padece de diabetes millitus tipo II de 18 años de evolución y que presenta disfunción eréctil tipo arterial de larga evolución; la menor Jessica NN rinde testimonio representada por su madre Maura Tanguila quien ha sido designada curadora, afirma: que mientras estaban jugando ese señor le haló de la mano a ella, y a su hermanita le manoseó en el baño y a ella le ha puesto en la cama, le ha bajado el pantalón y le ha metido el dedo en la vagina y al ser preguntado si ese señor se encuentra presente, ha indicado al acusado, que a cambio, les ha dado plata, que fue el 2 de enero del 2012, que el hecho sucedió en la casa grande del Chaco de ese señor que ésta presente; Shirley NN con las mismas formalidades, declara que ese día jugaban a las escondidas, salieron de la casa de sus abuelitos y pasaron por la casa de doña maruja y de ahí el viejo le ha halado del brazo, que a ella le manoseó y su hermanita le había metido la mano en la vagina, indicando como autor al acusado presente en dicha audiencia, que les dio plata y se fueron a comprar; finalmente el acusado Héctor Aníbal Proaño Molina en su testimonio aduce no conocer a las niñas, tampoco a su madre ni padre, expresa desconocer los motivos por los cuales se encuentra procesado. En los debates las partes procesales han expuestos sus respectivos argumentos. **SEXTO**.- Del acervo probatorio

analizado en el considerando anterior, no queda lugar a duda sobre la existencia material de la infracción acusada y por la que ha sido condenado el procesado Héctor Aníbal Proaño Molina; además, aquellas mismas pruebas resultan contundentes y suficientes para establecer con absoluta certeza como lo ha hecho el tribunal inferior, respecto de la responsabilidad de aquél, en el ilícito atribuido que claramente se encuentra tipificado en el Art. 512. 1 y reprimido en el Art. 513 del Código Penal; pues, los testimonios válidamente rendidos por las menores así lo demuestran, quienes pese a su inocencia han relatado de manera concordante sobre el abuso del cual fueron objeto; al contrario del procesado quien en su testimonio de manera evidente trató de evadir su responsabilidad al manifestar que no conoce a las menores ni a sus progenitores, pero contradictoriamente en sus alegaciones que constan del proceso aduce que tales menores fueron denunciadas por hurto y que por retaliaciones de tal denuncia, le inculpan a él en el delito objeto de este proceso, posición ésta que por sí solo, de modo alguno puede ser tomado en cuenta como prueba de descargo, ya que la sentencia nunca puede basarse en la sola posición del acusado cuando existen suficientes elementos de convicción que demuestran con total certeza que el delito fue perpetrado en la persona de una menor indefensa y que el autor del mismo es el hoy recurrente; de ahí que, los argumentos esgrimidos por el recurrente tendientes primeramente a que se declare la nulidad procesal y subsidiariamente en caso de improcedencia de la primera, se revoque la sentencia es inaceptable puesto que de la revisión del proceso no existe anomalía procesal o violación del debido proceso que pueda afectar su validez conforme así se deja indicado en el considerando segundo del presente fallo. Con la motivación que precede, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLI-

CA, esta Única Sala resuelve negar el recurso de nulidad y apelación interpuesto por el recurrente y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribual *a quo*. Ejecutoriada que sea ésta sentencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Actúe en esta causa la Ab. Ximena Espín en calidad de Secretaria Relatora Encargada. **Notifíquese**.

f) Dra. Mercedes Almeida Villacrés, Dr. Patricio Rojas Trelles, Dr. Carlos Cabezas Pastor.



#### REVISIÓN

Resolución nro. 835-2014; Juicio nro. 397

Juicio Penal por violación propuesto contra Héctor Anibal Proaño Molina

Jueza ponente: Dra. Ximena Vintimilla Moscoso

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, a 11 de junio de 2014, las 11h00.-

VISTOS.- El día 2 de enero de 2012 en horas de Ia noche la niña J.T.1 de 11 años de edad, conjuntamente con su hermana también menor de edad, han sido ingresadas al domicilio de Héctor Aníbal Proaño Molina, ubicado en la calle 13 de Enero y calle IERAC, barrio La Revolución, de la ciudad de El Chaco, provincia de El Napo, en el interior del inmueble el prenombrado habría procedido a agredir sexualmente a la niña J.T. mientras le había encerrado a su hermana en el baño. El Tribunal de Garantías Penales y Constitucionales de El Napo, en sentencia de fecha 28 de julio del 2012, las 11h09, ha declarado la culpabilidad de Héctor Aníbal Proaño Molina, al considerarlo autor del delito tipificado en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem, imponiéndole al pena de ocho años de reclusión mayor especial con lugar al pago de daños y perjuicios. Contra esta sentencia el condenado ha presentado recurso de revisión conforme el artículo 360 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal.

Interpuesto el recurso de revisión y radicada la competencia en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento los miembros del Tribunal integrado por el doctor Wilson Merino Sánchez. doctor Paul Iñiguez Ríos, Juez Nacional y Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, quien actúa como ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Aceptado a trámite el recurso, y habiéndose cumplido con la audiencia oral, reservada y contradictoria de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, a la que compareció e hizo sus fundamentaciones y alegaciones por una parte el doctor Ángel Dávila Albán, en representación del recurrente Héctor Aníbal Proaño Molina, y por otra el doctor José García Falconí. delegado del señor Fiscal General del Estado, al encontrarnos en estado de resolver, de conformidad con el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, se considera:

# PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETEN-CIA DEL TRIBUNAL.-

Este Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el presente recurso de revisión, de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador: de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 de la mentada Ley: de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013, de 22 de julio de 2013: y, los artículos 359 y 360 del Código de Procedimiento Penal.

# SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-

Una vez revisado el trámite del presente recurso de revisión no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establecen los artículos 362, 363 y 366 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara la validez de lo actuado.

# TERCERO: ALEGACIONES DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA ORAL, RESERVADA Y CONTRADICTORIA.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y contradictoria, en la diligencia conforme el acta respectiva los concurrentes manifestaron<sup>2</sup>:

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Transcripciones del acta de la audiencia que obra a fojas 24 a 27 del cuadernillo del juicio No 397-13,de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transite de la Corte Nacional de Justicia.



No se consigna el nombre del niño en garantía del derecho a la dignidad e imagen establecido en el Art. 52.4 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece: "... Se prohíbe: 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación a individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato.



# i). POR EL RECURRENTE HECTOR ANÍ-BAL PROAÑO MOLINA.-

El doctor Ángel Dávila Albán, en representación del recurrente expresó:

"Lamentablemente en todas las etapas del proceso penal al que fue sometido injusta y arbitrariamente mi defendido, se transgredió la ley y sus derechos, comenzando desde la audiencia de calificación de flagrancia; yo que no se inició la misma identificándose al señor Juez de /o Penal del Juzgado Multicompetente de Baeza, ante los concurrentes; violándose el artículo 217 del Código Penal. Nunca se realizó una imputación que justifique el inicio de la instrucción fiscal, es decir no se hizo una descripción del hecho presuntamente punible con los datos personales del investigado, los elementos y resultados de la investigación; que sirvan como fundamento jurídico para la imputación. Además el momento de emitir el dictamen el señor fiscal, no cerró la instrucción al tiempo determinado por la ley, que era máximo de 30 días, a/ tres de febrero del 2012, viendo la plaza no se /o hizo, inobservando e/ numeral 1 del artículo 161 del Código Penal. De esto he adjuntado a mi recurso tres fojas debidamente certificadas. Continua la inobservancia de la ley penal cuando se recibe la versión de las supuestas ofendidas como testimonio urgente, como se advierte en la documentación anexada, no se nombró un curador como dispone la ley por ser menor de edad. En el acto se hace intervenir a un sociólogo, ese simple hecho vulnera el artículo 127, y no existe norma alguna en el Código Penal, en la que se prevé la intervención de uno sociólogo. No se garantizó la igualdad de derechos del procesado con respecto a las supuestas víctimas y demás sujetos procesales, en ejercicio de las facultades y derechos que dispone la Constitución de la República. Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantíos procesales no tendrá valor alguno, ya que no se cerró la instrucción fiscal dentro del plaza, las diligencias practicadas después del mismo no tienen valor alguno. De acuerdo a la Constitución, que expreso en todo proceso que se determinen derechos y garantías se asegurará el derecho al debido proceso; que incluirá las siguientes garantías básicos, solo se podrá juzgar a una persona ante un juez competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento, en este caso el fiscal por sí y ante sí extendió el plazo de la instrucción fiscal veinte y dos días más, la misma duró cincuenta y dos días, con el único objetivo, de recibir las entrevistas de las menores; NN y NN; que debían haberse recibido dentro de la plaza, no fuego, y afirmaron que el compareciente les hizo el amor, con el respeto de los presentes, le introdujo el pene en

la vagina, dice que estuvo encima de una de ellas, y el testimonio urgente recibido después del plazo; manifiesto que mi defendido le habló introducido el dedo índice, pero esta ampliación de la entrevista, es hecha luego del plazo, tergiversaron los hechos indudablemente. Converge que le hicieron un daño irreparable, con uno afectación profunda psíquica, psicológica, espiritual y económico a él, a su cónyuge, hijos y nietos y; lo más grave que padece diabetes terminal, enfermedad catastrófica. Aquí se violó sus derechos y sus garantías; la versión se hace cambiar, porque mi defendido es impotente desde hace diez años; eso consta en el expediente, porque tiene disfunción eréctil tipo arterial, de esto se trató; como no se pudo violar con el órgano viril entonces fuera del plaza de la ley, ampliaron la entrevista y cambiaron a que se introdujo el dedo. Lo denuncian por violación, porque mi defendido, un día antes denunció a las menores NN, y NN, en la Comisaría Nacional de Policía del Chaco que el día dos de enero del 2012 entraron a su pequeño negocio, porque mi defendido tiene un expendio de gas, llevándose la cantidad de setenta dolores de los Estados Unidos de América y cosas de bazar como aretes y esferográficos, esto se denunció en la comisaría un día antes de la denuncia de violación. La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada, e incorporada al juico conforme las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, además invocó como fuerza de defensa al Pacto de San José ratificado en la Constitución de Montecristi en los artículos 424 y 426, conforme a los cuales las partes se comprometen a respetar derechos y libertades sin discriminación y de cualquier orden. En cuanto al Tribunal de Garantías Penates de Napo, no garantizó nada a mi defendido, abalizando el debido proceso, recibió la prueba para acreditar la materialidad de delito, se limitó a tomar como elemento de prueba la conclusión de un parte contradictorio de hechos no probados y uno hipotético culpabilidad, por el simple hecho de poseer el endiosamiento injusto del sospechoso infractor, de una supuesta violación que nunca la cometió ni se probó. Existen dudas sobre tales hechos, por lo que se apeló ante la Única Sala de Justicia de El Tena, pero que sucede ahí, que los jueces, arrasando fa normativa, abalaron lo hecho por los inferiores y se le condenó a mi defendido, como responsable de una violación que no cometió. Lo que las supuestas víctimas pretendían era extraerle diez mil dólares de su escuálida economía, y así desistir de las denuncias. El Tribunal Penal se limitó a estimar que en la etapa de juicio se probó la materialidad del delito y la culpabilidad del acusado y desestimó la versión de mi defendido. Se



debe tener certeza de fa culpabilidad del imputado, pero en este caso no se probó ni la materialidad ni la culpabilidad al del supuesto infractor. El Tribunal Penal incumplió con la redacción de la sentencia pues habla una motivación incompleta e insuficiente, porque no se practicó ninguna prueba. El reconocimiento médico legal ampliatorio dice que la niña presenta desfloración, pero es importante y no fue tomado en cuenta, que la desfloración no es lo único que se debe tomar en cuenta para la violación, si no los vestigios que deja la misma. En consecuencia señores jueces declaren procedente este recurso de revisión y declaren la inocencia de mi defendido."

# ii) POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.-El doctor José García Falconí, delegado del Fiscal General del Estado, expresó:

"Una de las cosas fundamentales es que estamos en el sistema oral acusatorio, y esto es fundamental en el nuevo ordenamiento jurídico. En el presente caso consta que él Tribunal de Garantías Penates de El Napo, con fecha de veintiocho de julio 2012, dicta una sentencia debidamente motivada en la que señala con certeza e/ delito de violación tipificado en el artículo 512 del Código Penal y sancionado en el 513 del mismo código y con certeza la responsabilidad del recurrente como autor de dicho ilícito y le impone la pena atenuada de ocho años de reclusión mayor especial, mas el pago de daños y perjuicios, sin observar la reparación integral. De esta sentencia se apela y la Sala Unica de la Corte Provincial de El Napo, con fecha catorce de noviembre de 2012 dicta sentencia, rechazando el recurso de nulidad y desechando el recurso de apelación que se interpuso y confirmando en todas sus partes la sentencia de primer nivel, entonces existe doble sentencia condenatoria en firme, de esta sentencia es la que Héctor Aníbal Proaño Molina interpone recurso de revisión. Es fundamental señalar que en nuestro sistema penal existen dos recursos extraordinarios; el recurso de casación para corregir errores de derecho que cometen los Jueces al momento de dictar sentencia, el doctor Dávila ha presentado un alegato de tercera instancia señalando una serie de errores de derecho, pero estamos en un recurso de revisión, totalmente diferente el cual tiene su fundamento en corregir el error de hecho, es decir el error judicial que han cometido los Jueces en la sentencia y se revisa todo el proceso, el recurso de revisión como señala la doctrina, más que un recurso es una acción que se traduce a través de una demanda y este recurso de revisión funciona con el principio dispositivo, entonces señores jueces ustedes deben conocer exclusivamente la causal par la cual se fundamentó e/ recurso de

revisión, en este caso la causa es la señalada en el artículo 360 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal. Como usted señala, señora Jueza, es hacer negro lo que es blanco; dificil pero no imposible, justificar errores judiciales, declarar culpable a un inocente, lo cual es gravísimo par /o que el Estado debe indemnizar a la persona involucrada. El articulo 76 numeral 2 de la Constitución de la República señala que todos somos inocentes y debemos ser tratados como tal hasta cuando haya sentencia condenatoria ejecutoriada en firme; es decir que e/ recurrente ya no goza de la presunción de inocencia, porque tiene una sentencia condenatoria ejecutoriada lo que le faculta a interponer un recurso de revisión señalando que se ha cometido un error judicial, ante la Corte Nacional del Justicia, que son los únicos que pueden conocer estos recursos; en los siguientes casas; vamos al número seis que es la única causal que puede ser analizada, la cual dice; cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito al que se refiere la sentencia, en la que se manifiesta que hay un examen médico de la perito, Doctora Dalbo Tana Benavidez a las menores NN y NN; en el que señala que la niña mencionada primero tiene once años cinco meses de edad, con desfloración antigua y graves problemas psicológicos, es decir está justificada la existencia del delito tipificado en el artículo 512 del Código Penal, siendo este uno de los delitos más graves, para los traumas psicológicos que se causan a niños y niñas menores de catorce años de edad. El mismo artículo, tipifica el delito en los siguientes términos; es violación el acceso carnal e introducción total o parcial el miembro viril por vía anal, oral o vaginal o la introducción por vía vaginal o anal de los objetos; dedos y órganos distintos del miembro viril a una persona de cualquier sexo en los siguientes casos; cuando la victima fuera menor de catorce años, de tal modo que se comprueba la existencia del delito, por la que la Fiscalía General del Estado, a nombre de la sociedad ecuatoriana, considera que no se ha justificado de manera alguna este recurso extraordinario de revisión, fundamentado en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicitamos se deseche el mismo"

# CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRI-BUNAL.

# i) ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REVISIÓN.-

Conforme al art. 11.9 de la Constitución de la República "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución". Siendo la Función Judicial una de las cinco funciones del Estado, es obligación





ineludible de este Tribunal garantizar el respeto y la materialización de los derechos contenidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, suscritos y ratificados par el Ecuador. Así lo dispone el primer inciso, numeral 3, del Art. 11 de la Carta Magna, que señala: "Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativos o judicial, de oficio o a petición de parte". Advirtiendo además, en el tercer inciso de la misma norma, que "los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".

Precautelar a toda costa la supremacía de los derechos fundamentales, en particular, y de las normas constitucionales, en general, es la esencia misma del Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo modelo penal garantista se fundamenta en la firme convicción de que "el Derecho, sus normas y procedimientos, no son una fábrica de eticidad, sino, al contrario, aquello que hay que juzgar desde la óptica externa que es la ética de los derechos humanos".

Solo en la medida que la potestad de administrar justicia se guía por la ética externa de los derechos fundamentales será posible cumplir a cabalidad con lo prescrito en el art. 169 de la Constitución, que dice: "el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales, consagraron los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hará efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificó la justicia por la sola omisión de formalidades". Si las normas procesales deben hacer efectivas las garantías del debido proceso, tal como manda la Constitución en el ya referido art. 169, es evidente que la facultad que tiene toda persona a "recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos", debe ser garantizada celosamente por el Estado. Así lo dispone la Convención interamericana de Derechos Humanos en su art. 25, que dice: "7. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos

que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Por su lado, el art. 11 del Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". Norma que guarda relación directa con la establecida en el art. 8. 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en la parte pertinente dispone: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

De lo que se infiere que la sentencia, como resultado del proceso penal, no solo debe determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada del cometimiento de una infracción, sino que tal determinación debe ser obtenida "conforme a la ley" por parte del Tribunal. Es decir, la sentencia condenatoria que destruye el principio de presunción de inocencia en virtud del juicio que se forma el juzgador a partir de la valoración de la prueba, no debe contener error judicial alguno. En caso de existir alguno, se trata de una sentencia injusta y el sentenciado tiene el derecho de recurrir el fallo ante el superior. Para lograrlo se encuentra establecido en nuestra ley procesal penal el recurso de apelación y el de nulidad. Pero cuando se trata de un folio o sentencia condenatoria que ha pasado ya por autoridad de cosa juzgada, el Estado garantiza al sentenciado la posibilidad de recurrir ante la Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de revisión. Todo con el propósito de que el sistema procesal sea un auténtico medio para la realización de la justicia.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> PRIETO Sanehis, Luis "Garantismo y Derecho penal", 1 ra edici6n, Lustel, Espafia. 2001, p. 27.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> literal m), numeral?. del Art. 76 de la Constitución de la República.



El recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario que afecta a la institución de la cosa juzgada. Busca la invalidación de una sentencia dictada por uno de los Tribunales de justicia de la República y puede interponerse en cualquier tiempo, luego de haberse ejecutoriado la misma. Se trata de un recurso limitado, pues su fundamentación debe ceñirse a una de las causales contempladas en el art. 360 del Código de Procedimiento Penal. El maestro Claus Roxin<sup>5</sup> acerca del recurso de revisión señala que: "Sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencia pasada en autoridad de coso juzgada ... la paz jurídica, solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión, representa el caso más importante de quebrantamiento de la Cosa Juzgada en interés de una decisión materialmente correcta". Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que: "EI recurso extraordinario de revisión es un modo de impugnación de carácter extraordinario especial, con efecto devolutivo pero sin efecto suspensivo, que tiene por objeto una sentencia condenatoria penal firme que se consideró errado, a base de alguna de los clases de error previstos expresamente por la Ley; con la finalidad de obtener la revocatorio de dicho sentencia simplemente absolutoria, o por una sentencia rehabilitadora post mortem".6

En el recurso de revisión no cabe una nueva valoración de los hechos ya vertidos en el juicio, sino sobre nuevas pruebas que el recurrente debe obligatoriamente incorporarlas al proceso conforme a derecho, exceptuándose de esta obligación, aquel recurso que se fundamente en la causal sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. AI respecto, Giovanni Leone explicó que "la revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas (en tal caso, la cosa juzgada quedó totalmente desterrada), sino por efecto de la sobrevivencia (integral o integrante) de nuevas pruebas". Criterio que comparte Domingo Garda Rada<sup>7</sup>, quien afirma que la revisión "atacó la santidad de la Cosa Juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizo que una sentencia firme y ejecutoriada sea nuevamente revisada en sus propios

fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias". Por esta razón, un amplio sector de tratadistas considera que el Recurso de revisión es un proceso contra otro proceso.

La institución de **cosa juzgada** (inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia) es uno de los pilares sobre los cuales se erige el Estado de Derecho. Sin embargo, en el modelo penal garantista el poder punitivo del Estado constitucional está limitado por los derechos fundamentales. Gracias a este derecho sustancial es que el recurso de revisión ataca a la cosa juzgada a fin de garantizar el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos y ciudadanas; mismo que se encuentra consagrado en el art. 82 de la Constitución: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". El error de condenar a una persona inocente debe ser revisado y enmendado incluso post mortem, esta revisión a un error insoportable frente a la idea de justicia no debilita al Estado constitucional de derecho, más bien lo fortalece y legitima.

# ii) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR HÉCTOR ANÍBAL PROAÑO MOLINA.-

El recurrente ha interpuesto el recurso de revisión de conformidad a la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, texto legal que dice: "Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos: 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia". El último inciso del mentado artículo establece: "Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada". Luego de analizado lo alegado en audiencia oral reservada y contradictoria, este Tribunal considera:

La figura de la causal sexta, del articulo trescientos sesenta, hace relación a la sentencia injusta como consecuencia de una falta de comprobación de la existencia de la infracción, entendida aquella como la adecuación de la conducta a un tipo concreto, esto es una adecuación total, tanto objetiva, subjetiva como normativa, que haya permitido al juez concluir que la infracción existió. La convicción



<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Pena" Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires 2003. p 220.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> ZAVALA Baquerizo, Jorge, Tratodo de Derecho Procesa/ Penal. Tomo X, Editorial Edina, 2007. Guayaquil-Ecuador. p230.

GARCIA Rada, Domingo, "Manual de Derecho Procesal Penal", Editorial y Distribuidora de Libras S.A., Lima, 1984. pg. 346



judicial acerca de la existencia de la infracción debe ser plena, no debe existir margen a duda alguna, coso contrario es pertinente la confirmación del estado de inocencia del acusado, ya que enervar aquel principia constitucional es posible solamente mediante la certeza asumida por el juzgador, a Ia que ha llegado luego de que los elementos probatorios introducidos en juicio le han dado absoluta certidumbre sobre la existencia de cada uno de los elementos del tipo penal.

En el caso *sub judice* encontramos que el Tribunal de Garantías Penales de El Napo, ha concluido que Héctor Aníbal Proaño Molina es responsable del delito de violación tipificado en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem en base a los siguientes elementos legalmente introducidos al juicio en el momento procesal oportuno:

- Testimonio de la víctima, niña de 11 años de edad, quien manifiesta que Héctor Aníbal Proaño Molina le ha llevado a ella y a su hermana hasta el interior de su domicilio y le ha llevado a la cama en donde le ha introducido el dedo en su vagina. Reconoce al acusado en audiencia.
- Testimonio de la niña N.N. de 9 años de edad, hermana de la víctima quien indica que efectivamente fueron introducidas en el domicilio de Héctor Aníbal Proaño Molina y que en el lugar a ella le ha manoseado pero que a su hermana le ha metido la mano en la vagina. Reconoce al acusado en audiencia.
- Testimonio de Milton Aldaz Muñoz, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos.
- Testimonio de Delba Tana Benavides, quien realizó el reconocimiento médico de la víctima, encontró desfloración himenal antigua.
- Testimonio de Karen Vanessa Grijalva Romero, perito psicóloga quien examinó a la víctima y manifestó que la niña se encuentra inestable y recomendó tratamiento psicológico.

Para atacar a la existencia de la infracción que ha sido determinada en base a los elementos antes citados por el Tribunal de Garantías Penales de El Napo, el recurrente ha manifestado que:

- El Juez de Garantías Penales no se identificó ante los concurrentes al momento de iniciar la audiencia de calificación de flagrancia; violándose el artículo 217 del Código Penal.
- Que nunca se realizó una imputación que justifique el inicio de la instrucción fiscal. que no se hizo una descripción del hecho presuntamente punible con los datos personales del investigado,

los elementos y resultados de la investigación; que sirvan como fundamento jurídico para la imputación

- Que no se cerró la instrucción en el tiempo determinado por la ley, que era máximo de 30 días, inobservando el numeral 1 del artículo 1 61 del Código Penal.
- Que se ha recibido la versión de las supuestas ofendidas como testimonio urgente sin haber nombrado un curador, que no se garantizó la igualdad de derechos al procesado con respecto a las supuestas víctimas y demás sujetos procesales, dice que los testimonios urgentes practicados a las niñas son diligencias practicadas después del cierre de la instrucción fiscal, mismas que por ello no tienen valor alguno.
- Que su defendido es impotente desde hace diez años.
- Alega "el Pacto de San José ratificado en la Constitución de Montecristi en los artículos 424 y 426, conforme a los cuales las partes se comprometen a respetar derechos y libertades sin discriminación y de cualquier orden".
- Dice que existen dudas sobre los hechos, por lo que se apeló ante la Única Sala de Justicia de El Tena, pero que aquellos jueces abalaron lo hecho por los inferiores y se le condenó como responsable de una violación que no cometió.
- Que lo que las supuestas víctimas pretendan era extraerle diez mil dolores de su escuálida economía, y así desistir de las denuncias.
- Que la desfloración no es lo único que se debe tomar en cuenta para la violación, sino los vestigios que deja la misma.

El recurrente, al momento de formular y presentar la revisión que pretende, debió precisar y demostrar de forma precisa que la existencia de la infracción no es tal o que la construcción de los hechos por parte del juzgador a quo fue determinada en base a hechos falsos o que nunca existieron, mas ocurre que aquello no ha sido mencionado siquiera por el recurrente en audiencia oral, reservada y contradictoria, no se ha atacado en concreto la veracidad de alguno de los medios probatorios enumerados en líneas anteriores, en vez de aquello menciona asuntos de mera legalidad o que caerán en el campo de posibles yerros in iure que debieron haber sido fundamentados en sede de casación, pero como hemos evidenciado, en ninguna parte de su alegato ataca de forma sustancial precisa y con fundamento la existencia real de la infracción, conforme a alguna verdad que a todas luces haga



presumir a este Tribunal que se ha cometido un injusto tal que haya provocado que Héctor Aníbal Proaño Molina esté pagando una pena por una infracción que no existe.

La firmeza y solemnidad de la cosa juzgada, puede ser enervada siempre que se haya demostrado de forma clara y precisa el error judicial en el que ha caído el juzgador de instancia al emitir su fallo, conforme lo determinado en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en el caso sub lite por la causal 6, empero lo narrado por el recurrente no tiene fundamento legal alguno, por lo que su aceptación se vuelve improcedente, hacer lo contrario lesionaría la seguridad jurídica, pilar fundamental sobre el que se erige un Estado constitucional de derechos y justicia, como el nuestro. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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 REPÚ-

BLICA", por unanimidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de revisión presentado por Héctor Aníbal Proaño Molina, por cuanto no ha logrado justificar la procedendo de la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Devuélvase el proceso a la autoridad de origen para los fines legales pertinentes. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada de la Sala con acción de personal nro. 2692-DNP-MY de fecha 23 de julio del 2012. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional Ponente; Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueza Nacional; Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Jueza Nacional.

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA





# X

# Resolución nro. 865-2014 Juicio nro. 860-2012

Juicio penal por asesinato contra Henry Ricardo Loza Mosquera y otros

# SÍNTESIS

El Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay declara la culpabilidad de los acusados Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Guillermo Valverde Rambay, como autores del delito de asesinato, imponiéndoles la pena de 16 años. La Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay modifica la sentencia subida en grado imponiéndoles la pena de 12 años, en virtud de que existe duda razonable respecto al tipo penal en que se circunscriben las acciones típicas, pues la versión del único testigo nada afirma respecto a que los infractores hayan actuado con alevosía, en despoblado o buscando de propósito la noche. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia declara improcedente el recurso de casación planteado por los acusados y de oficio casa la sentencia, ya que considera que no existe asidero legal que justifique la duda razonable de los juzgadores de instancia. No obstante no se modifica la pena en virtud del principio "non reformatio in pejus".

# PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro.: 013-2012

Juez ponente: Dr. Carlos Palacios Maldonado

TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 09 de marzo del 2012. Las 08H00.

VISTOS: El Juez Octavo de Garantías Penales del Azuay, con sede en el cantón Camilo Ponce Enríquez, en base al dictamen fiscal, dicta auto de llamamiento a juicio, en contra de los ciudadanos Kléver Junior Bravo Ube, Henry Ricardo Loza Mosquera y Flavio Guillermo Valverde Rambay, por considerárseles autores de la muerte del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, de la edad de diez y nueve años, cuerpo sin vida encontrado a la altura del botadero de la sociedad minera El Diamante sector Bella Rica del cantón Ponce Enríquez, sobre la carretera de segunda orden, occiso que fue encontrado en posesión de cúbito dorsal con el rostro desfigurado y ensangrentado, encontrando a su lado dos rocas grandes con manchas de sangre, persona que se encontraba en junta del señor José Miguel Calle Lituma, quienes habían sido agredidos física y verbalmente por seis ciudadanos, que uno de los agresores le había hincado

por varias ocasiones con un chuzo de madera, a la altura del abdomen, siendo perseguidos hasta el mencionado botadero, que el señor Calle había logrado huir del lugar, dando aviso a la policía, quienes organizan un operativo y seguimiento logrando ubicar a los ciudadanos Kléver Junior Bravo Ube y Henry Ricardo Loza Mosquera, en el lugar en donde se encontraba el cadáver, quienes fingían y manifestaban una actitud nerviosa y sospechosa por lo que se procedió a su detención, que Flavio Guillermo Valverde Rambay, otro de los sospechosos en la muerte de Lorenzo Hernán Saraguro Loja, fue detenido en el momento que ingresaba a un cuarto de alquiler, quien fue reconocido por el denunciante Calle, que en el momento que los tres detenidos eran trasladados hasta el cantón Ponce Enríquez, que mientras se realizaba el traslado, el detenido Kléver Junior Bravo Ube, manifestó a los señores policías que efectivamente eran los autores de la muerte de Lorenzo Saraguro Loja utilizando dos rocas o piedras sobre el rostro del ahora occiso, que Henry Ricardo Loza



Mosquera y Flavio Guillermo Valverde Rambay fueron los que le golpearon en su cabeza y rostro con las rocas o piedras y que Kléver Junior Bravo Ube, únicamente le proporcionó una patada en el cuerpo del hoy occiso cayéndose al suelo. Sorteada la causa, su competencia y resolución se radica en el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, cuyo Presidente encargado doctor Julio Olmedo Feicán Garzón, al avocar conocimiento de la causa, dispone la práctica de algunas diligencias que son inherentes a esta etapa de juicio, las mismas que cumplidas se convoca a audiencia pública y oral para conocer y resolver la situación jurídica de los procesados Henry Ricardo Loza Mosquera, Flavio Guillermo Valverde Rambay y Kléver Junior Bravo Ube, audiencia a la que concurren los señores jueces, la fiscal y los procesados en junta de sus abogados defensores, peritos y testigos que han sido legalmente notificados y la secretaria del despacho. El Presidente encargado del Tribunal, luego de verificar la asistencia de los sujetos procesales, declara abierto el juicio, advirtiendo a los procesados estar atentos a las actuaciones y exposiciones que se van a desarrollar y formular durante la audiencia. Concedida la palabra a la Fiscal, hace una relación circunstanciada de los hechos, exponiendo los elementos de convicción que sirvieron de base para emitir el correspondiente dictamen acusatorio, elementos de convicción que serán elevados a la categoría de prueba para así poder probar la existencia material de la infracción y la responsabilidad de los acusados, concluye su intervención solicitado que como prueba se recepten los testimonios que tiene pedidos y que se introduzcan como prueba además, los documentos que irá presentando durante la audiencia en su debida oportunidad. Se llama a declarar a María Fanny Saraguro Loja, quien juramentada manifiesta que es madre del occiso Lorenzo Hernán Saraguro Loja, que vive en la vía que va a Manú, perteneciente al cantón Saraguro, provincia de Loja, que el día seis de noviembre de 2011, aproximadamente a las tres de la mañana, su cuñado Luis Enrique Saraguro le llamó a su teléfono para informarle que su hijo estaba muy enfermo y que era urgente su presencia en el cantón Ponce Enríquez, por lo que alquilé un vehículo y me dirigí hasta Bella Rica, llegando a las 6 de la mañana, en donde se percató que su hijo estaba muerto, en el balde de un carro de la policía, que observó que su hijo tenía heridas y golpes en la cabeza y en la cara, informándole la policía que los autores del crimen

eran tres sujetos que ya estaban detenidos, además, el señor José Miguel Calle Lituma le informó que fueron 6 personas los que le agredieron a él y a mi hijo, que la muerte de su hijo se debió a golpes dados con piedras en la cabeza y en la cara de su hijo, causándole la muerte. Se llama a declarar al doctor Jorge Rivera Lucero, quien manifiesta que es médico y acreditado en la Fiscalía General del Estado, profesional designado para que realice la autopsia médico legal en la persona del fallecido Lorenzo Hernán Saraguro Loja, expresando en su informe, que en la cabeza: observó normocefálica, con una herida en región frontoparietal izquierda, que compromete huesos de la cara, hueso frontal y parietal. En la cara: presencia de pequeñas heridas a nivel de mentón y una herida de unos 20 centímetros de largo a nivel de región frontal que compromete piel y tabla ósea, fractura de maxilar superior e inferior, huesos propios de la nariz y arcos cigomáticos, hemorragia craneal interna, pérdida de piezas dentales y fracturas de los maxilares superior e inferior, que observa una herida en la cabeza que es abierta mediante incisión coronal en donde se observa una herida de unos 25 centímetros en región frontal, producida por traumatismo con una piedra grande que compromete piel y tejido óseo, produciéndose una abertura y cavidad por donde ingresó a la cavidad craneana, que en el cuero cabelludo observó presencia de 4 heridas de 10 centímetros en región parieto occipital. Que la causa de muerte fue por hemorragia craneal interna. Tiempo aproximado de la muerte, 7 horas. Diagnóstico clínico, traumatismo cráneo, encefálico y hemorragia intracraneana, cuerpo contundente que causó la muerte, informe dado a conocer al Tribunal y en el cual se ratificó. Se llama a declarar al Cabo Segundo de Policía Raúl Fabián Mendoza M., quien expresa que en su calidad de perito procedió al reconocimiento del lugar de los hechos, que lo describe como una escena abierta, ubicada en la comunidad de Bella Rica, exactamente en el botadero de sociedad minera El Diamante, en donde observa una vía lastrada de doble circulación de tercer orden, de vegetación frondosa, observando además una construcción de cemento donde se observa varias piedras en el lugar utilizado como botadero, informe pericial dado a conocer al Tribunal en la Audiencia de Juzgamiento, informe en el cual se ratificó. El mismo perito es designado para que realice el reconocimiento de evidencias, informe en el que expresa que se constituyó en los patios del destacamento de la Ponce





Enríquez, en donde se realizó el reconocimiento de dos piedras con manchas de color rojo, con barro y tierra encontradas en el botadero de la sociedad mineral El Diamante, que el peso de la una piedra es la de 24 libras y la otra tiene un peso de 76 libras, acompañando a su informe dos láminas ilustrativas, informe en el que se ratificó. Se llama a declarar al Sub Oficial Segundo de Policía Segundo Miguel González León, quien respondiendo a las preguntas de la Fiscal responde, que el día 06 de noviembre del 2011, a la una de la mañana aproximadamente, se le acercó el señor Miguel Calle Lituma, manifestando que minutos antes había sido agredido por un ciudadano con una botella causándole una leve herida en su cuero cabelludo, por lo que de inmediato en compañía de los policías Eduardo Pila y Fredy Caiza, se trasladaron a verificar la novedad, procediendo a la detención del ciudadano Jordy Javier Carvajal Castro, por lo que los ciudadanos que dijeron llamarse Kléver Junior Bravo Ube, Henry Ricardo Loza Mosquera, Flavio Guillermo Valverde Rambay y otros dos ciudadanos se acercaron a mi persona insistiéndome que le dejara en libertad al ciudadano Carvajal, aduciendo que era su pariente, lo cual no fue aceptado por mi persona, por lo que se retiraron del lugar, que aproximadamente a las dos de la mañana se acerca el señor José Miguel Calle Lituma, manifestando que minutos antes habían sido agredidos por 6 personas, su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja y el señor Calle, a la altura de la barra La Azul, en una parte obscura en donde un ciudadano de tez trigueña, de contextura gruesa, con un chuzo de madera le había incado en su cuerpo y abdomen por varias ocasiones a su amigo, que luego habían salido en precipitada carrera logrando llegar hasta la altura del botadero de la sociedad minera El Diamante, en donde Flavio Guillermo Valverde Rambay que así dijo llamarse, había cogido una roca o piedra para agredirle a su amigo quien logra empujarle a su agresor para que este sujeto nuevamente coja otra piedra más grande y le golpea en el rostro y cabeza del hoy occiso, mientras que el detenido Kléver Junior Bravo Ube, también había lanzado piedras y agresiones, habiendo también Henry Ricardo Loza Mosquera haberle golpeado con otra piedra, así mismo en la cabeza y especialmente en el rostro del hoy occiso, que el señor Calle logra escaparse del lugar para pedir ayuda a la policía por lo que efectivamente me dirigí a verificar lo sucedido, encontrando un cuerpo sin vida de sexo masculino sobre una

carretera de segundo orden en la posición de cúbito dorsal, con desfiguración del rostro, cabeza y ensangrentado y junto a él dos piedras con manchas de sangre, las que presuntamente habían sido utilizadas para victimarlo, que los señores Bravo y Loza en sus respectivas vestimentas se encontraban con tierra, quienes fingían estar preocupados por dicha muerte, a quienes les pregunté que por qué tenían las vestimentas con residuos de tierra sin saber responderme, causa por la que se procedió a su detención, por tratarse de un delito flagrante, luego nos dirigimos a la altura de la iglesia y en una casa cercana, procedimos a la detención del ciudadano que dijo llamarse Flavio Guillermo Valverde Rambay, quien vestía con la ropa y características que había descrito el denunciante Calle, siendo trasladado los tres detenidos hasta la UPC de Bella Rica, no sin antes haberles hecho conocer sus derechos, que el denunciante Calle reconoció plenamente a los tres detenidos como los agresores al occiso, que cuando le detuvieron al señor Jordy Javier Carvajal Castro, con la finalidad de que le deje en libertad me propusieron darme la cantidad de cien dólares, lo cual no fue aceptado por mi persona. Se llama a declarar al Cabo Segundo de Policía Vicente Eduardo Pila Chipuxi, quien dice que el día domingo 06 de noviembre del 2011, en horas de la madrugada aproximadamente a la una de la mañana, se acercó al UPC de Billa Rica el señor Miguel Calle Lituma manifestando que minutos antes había sido agredido por un ciudadano, con una botella, causándole una herida pequeña en su cuero cabelludo, por lo que en junta del Suboficial Miguel González León y el Cabo Segundo Fredy Caiza, se trasladaron a verificar lo sucedido, procediendo a la detención del ciudadano Jordy Javier Carvajal Castro, acercándose los tres detenidos de apellidos Bravo, Loza y Valverde en compañía de dos ciudadanos más, insistiéndoles que le dejáramos en libertad al ciudadano Carvajal, lo cual no fue aceptado, retirándose del lugar, que aproximadamente a las dos de la mañana, se acerca el señor José Miguel Calle Lituma, manifestando que minutos antes habían sido agredidos por 6 ciudadanos, él con su amigo el hoy occiso Lorenzo Hernán Saraguro Loja, a la altura de la barra La Azul, sector no iluminado, en donde un ciudadano de contextura gruesa que vestía ese momento una camiseta roja con franjas blancas y azules y una bermuda de color gris, había incado con un chuso de madera y por varias ocasiones a su amigo el hoy occiso en su abdomen y cuello, que



luego de este impase habían salido en precipitada carrera, logrando llegar hasta la altura del botadero de la sociedad minera El Diamante, en donde según el denunciante Calle, que el ciudadano antes descrito dijo llamarse Flavio Guillermo Valverde Rambay, quien había cogido una piedra para agredirle a su amigo en la cabeza y rostro del hoy occiso, mientras que el detenido Kléver Junior Bravo le había dado varios puntapiés y también le había lanzado piedras, que ante esta situación el denunciante Calle logra escaparse del lugar para pedir auxilio a los policías, por lo que formamos un operativo y nos trasladamos al lugar de los hechos, lugar en donde encontramos un cuerpo sin vida, en posición de cúbito dorsal, con desfiguración de su rostro y cabeza y ensangrentado, y junto a éste dos rocas o piedras grandes de peso considerable con manchas de sangre que posiblemente fueron utilizadas para victimarlo, que los policías que intervenimos en el operativo pudimos observar que en las ropas y bolsillos de los detenidos se encontraban con tierra similar al lugar donde se encontraba tendido el occiso, que los dos ciudadanos que se encontraban junto al cadáver, Bravo y Loza se encontraban en actitud nerviosa y sospechosa por lo que fueron detenidos y posteriormente por el seguimiento realizado fue detenido el ciudadano Valverde a quien el denunciante Calle le identificó como uno de los tres causantes de la muerte de su amigo Saraguro Loja. Se llama a declarar al Cabo Segundo de Policía Fredy Israel Caiza Llumigusín, quien dice que el 6 de noviembre del 2011 se encontraba prestando sus servicios en el destacamento de Bella Rica, que en horas de la madrugada aproximadamente a la una de la mañana se acercó el ciudadano José Miguel Calle Lituma a la UPC de Bella Rica para denunciar que había sido agredido por un ciudadano de apellido Carvajal, por lo que en junta de mis compañeros el Suboficial González y el Cabo Segundo Pila nos trasladamos al lugar de los hechos, procediendo a la detención del ciudadano Carvajal, quien le había causado una herida leve en el cuero cabelludo del denunciante Calle, en ese momento se acercaron los ciudadanos que dijeron llamarse Kléver Junior Bravo, Henry Ricardo Loza Mosquera y Flavio Guillermo Valverde Rambay en compañía de dos ciudadanos más, insistiéndole a mi suboficial González que le dejara en libertad al ciudadano Carvajal, aduciendo que era su pariente, que inclusive le propusieron darnos cien dólares para que le dejáramos en libertad, lo cual no fue

aceptado, que luego se retiraron del lugar, que posteriormente serían las dos de la mañana aproximadamente, se acercó el señor José Miguel Calle Lituma, manifestando que minutos antes habían sido agredidos por 6 ciudadano, él y su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja, a quien un ciudadano le agredía y le hincaba con un chuzo de madera en su cuello y abdomen, por lo que se vieron obligados a retirarse de inmediato y a carreras del lugar para evitar ser agredidos, que cuando llegan hasta el botadero de la sociedad minera El Diamante, el ciudadano de tez trigueña, que luego dijo llamarse Flavio Guillermo Valverde Rambay había cogido una roca o piedra para agredirle a su amigo en su rostro y cabeza, que igual, el ciudadano Loza también le había proporcionado al hoy occiso una pedrada en su rostro y cabeza y que, el detenido Kléver Junior Bravo, le había propinado una patada al hoy occiso, arrojándole al suelo y lanzándole piedras, por lo que el señor Calle Lituma al verse imposibilitado de defenderse y que posiblemente iba a ser victimado igual que su amigo, logra escaparse del lugar para pedir auxilio y ayuda a la policía del destacamento de Bella Rica, por lo que de inmediato nos dirigimos al lugar de los hechos, en donde observamos que en la carretera o calzada yacía un cuerpo sin vida, con su rostro y cabeza desfigurados y ensangrentados, pudiendo observar que junto al cadáver se encontró dos piedras grandes con manchas de sangre y en el mismo lugar se encontraban los ciudadanos Bravo y Loza en actitud sospechosa, por lo que procedimos a su detención por tratarse de un delito flagrante, que posteriormente con los datos obtenidos del denunciante Calle procedimos al seguimiento del otro agresor quien se identificó como Flavio Guillermo Valverde Rambay, a quien el denunciante Calle, por la vestimenta con la que estaba puesto le reconoció plenamente como otro de los autores de la muerte de su amigo Saraguro Loja, siendo también detenido y los tres trasladados hasta el destacamento policial de Ponce Enríquez, en donde el detenido Kléver Bravo, les manifestó que sus amigos Loza y Valverde fueron los que le propinaron cada uno de ellos las pedradas en el rostro y cabeza del occiso. Se llama a declarar a José Miguel Calle Lituma, quien expone que el día domingo 6 de noviembre de 2011, a eso de la una y treinta de la mañana se encontraba en junta de su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja, en Bella Rica, al interior de la barra La Azul, que en dicha barra estuvimos tomando cerveza, pero mi amigo ya estaba





un poco borracho, por lo que le dije que nos retiráramos del lugar a descansar, pero mi amigo se portó necio y me pidió que nos quedáramos un rato más, que luego salimos de la barra con dirección a una villa y a una picantería, que en el camino nos encontramos con una amiga que se llama Bárbara, que trabaja en la barra El Túnel, que cuando estábamos caminando para irnos a descansar, de pronto aparecieron 6 o 7 sujetos, de una manera repentina y sin dar motivo alguno me comenzaron a agredir, me dio uno de ellos un botellazo en mi cabeza y luego desaparecieron del lugar, por lo que fuimos a pedir ayuda al retén de policía, en donde les contamos lo sucedido y nos colaboraron, que, ingresamos a la barra y el sujeto que me agredió procedieron a detenerlo identificándose como Jordy Javier Carvajal Castro, que cuando le detuvieron aparecieron como unas 5 o 6 personas, que uno de ellos le cogió del cuello a mi amigo Lorenzo Saraguro y le hincó con unos palillos puntiagudos que sirven para los chuzos, que luego a mi amigo Saraguro le cogí su mano y cuando estábamos caminando, dirigiéndonos a descansar, y con la finalidad también de no ser agredidos, algunos tipos nos venían persiguiendo y mi amigo se portó necio y dijo peleemos y yo le dije, cómo vamos a enfrentarnos en contra de 6 sujetos, que él se dirigió a pelear, y yo ante la agresión de los 6 sujetos, me retiré quedándose mi amigo Saraguro, pero en seguida me regreso a donde estaba mi amigo y veo que uno de ellos alzó una piedra, que este tipo era de contextura gruesa, que vestía una camiseta roja con blanco y una bermuda, que luego supe que se llamaba Fredy Guillermo Valverde Rambay, quien le dio una pedrada en el rostro y cabeza de mi amigo Saraguro, quien estaba en el piso, que entre estos 6 agresores la policía le identificó a Henry Ricardo Loza Mosquera, quien también vi que le agredió y le dio con una pedrada en la cabeza y rostro a mi amigo Saraguro y que, el otro sujeto llamado Kléver Junior Bravo realizaba actos de violencia contra mi amigo con empujones y patadas, que como se dieron cuenta que yo les vi todo lo que hacían estos agresores se dieron cuenta y me empezaron a seguir, por lo que emprendí la carrera del lugar y llegué a la puerta en donde estaba un guardia de mina para que me ayude, pero él no me ayudo, pese a decirle que me estaban persiguiéndome para matarme, que luego me acosté escondido en el piso y llamé a algunos amigos por el celular, comunicándoles que le mataron a mi amigo Lorenzo Saraguro, que luego de unos minutos, salí de unos arbustos y me fui hasta el lugar donde se quedó mi amigo Lorenzo y le vi ya muerto, porque no tenía signos vitales, que luego de esto me fui a la policía para pedirles ayuda, quienes me acompañaron hasta el lugar en donde estaba ya muerto mi amigo, en donde ya habían estado varias personas alrededor del cadáver, que luego escuché que la policía había detenido a unos sujetos, cuando llegamos la policía me hizo tapar la cara con una capucha y una chompa para que les reconozca a ellos, y efectivamente les reconocí a los tres causantes de la muerte de mi amigo Lorenzo, que reconocí a los dos sujetos de apellidos Valverde y Loza como los que le golpearon cada uno con las piedras en la cara y en la cabeza y al otro, al tercer sujeto le reconocí como la persona que le pateó y le golpeó a mi amigo, que es todo cuanto puede decir. Los Abogados defensores de los acusados introducen como prueba de sus patrocinados, documentos de honorabilidad. Se procede a receptar los testimonios de los acusados, comenzando por Henry Ricardo Loza Mosquera quien con juramento dice ser de nacionalidad Ecuatoriana, cédula de ciudadanía 092615888-2, de veinte y cinco años de edad, unión libre, albañil, nacido en Guayaquil y domiciliado en Bella Rica. En lo principal manifiesta que el día 05 de noviembre de 2011, a las veinte horas aproximadamente en junta de mis amigos Favio Valverde y Jordy Carvajal estuvimos en un prostíbulo llamado Boliche, en donde estuvimos tomando cerveza hasta las 21H30, luego nos fuimos a una barra que no recuerdo su nombre y luego a la barra Azul, sin darnos cuenta que mi amigo Favio Valverde se había ido a su casa, que salimos a buscarle, cuando nos encontramos con dos sujetos de apellidos Saraguro y Calle que iban con una chica, cuando en ese momento aparece Junior Bravo Ube quien le saluda a la chica diciéndole hola Bárbara, cuando uno de los dos sujetos le da una patada a Junior Bravo, posiblemente por celos, que luego Junior le da una patada en la espalda que casi se cae al suelo, en eso el otro sujeto le pega un puñete a Junior Bravo y Jordy Carvajal le da un botellazo en la cabeza al de apellido Calle Lituma, en eso la chica Bárbara le dice a Junior veras, te vas a arrepentir por lo que hiciste, luego los dos con la chica se van al retén de Policía y nosotros nos dirigimos a una marisquería, en eso llegó la policía a la barra y le llevan detenido a mi amigo Jordy Valverde, los dos mi amigo Bravo y yo y nos dirigíamos a nuestras casas, cuando los policías y este señor Calle



Lituma, nos dicen que su amigo Saraguro estaba muerto, por lo que seguí bajando a mi casa pero me detuve a verle al muerto y en el lugar estaban varias personas de curiosos, en eso llegó Junior Bravo al lugar en donde yo estaba y se puso junto al muerto, por lo que los policías nos detuvieron, que al muerto Saraguro nunca le conocí, y decían que era nuevo en el lugar, que Junior Bravo trabajó conmigo ya que soy maestro albañil y constructor y a Favio Valverde le conocí en el barrio en donde vivía. Se recepta el testimonio juramentado del acusado Fabio Guillermo Valverde Rambay, de la edad de treinta y tres años, unión de hecho, trabaja en minas, nacido en Guayaquil y domiciliado en Bella Rica, en lo principal expone que el día 05 de noviembre de 2011 aproximadamente a la veinte y tres horas estaba en la barra Azul en junta de mis amigos Henry Loza y Jordy Carvajal, tomando cerveza, luego me retiré a mi casa, sin que mis amigos se den cuenta, ya que tenía hambre, cuando llegué a mi casa, salí otra vez a comprar comida para mi esposa y para mí, que en el camino me encontré con Henry Loza, conocido con el nombre de Maestro, quien me contó que a Jordy Carvajal le habían detenido la policía porque le había roto la cabeza a quien después conocí con el apellido Calle Lituma, por lo que nos acercamos a la policía para preguntarle por qué está detenido, diciéndonos que regresemos al día siguiente para ver si el señor Calle iba a poner la denuncia, me fui a mi casa solo, la casa está en la parte alta en un cerro, cuando llego con mi mujer comimos lo que llevé comprando y cuando estaba dormido, siento que un policía me pone las esposas ya que mi conviviente había salido a abrir la puerta, que al policía le pregunté por qué me detenía y este me dijo por una muerte, que al muerto no le conocía ni le había visto, que a mis amigos Loza y Bravo les conozco por el trabajo y porque Loza era mi vecino. Por último se recepta el testimonio juramentado del acusado Kléver Junior Bravo Ube, quien dice ser de nacionalidad Ecuatoriana, con cédula de ciudadanía 0924619596, de veinte y ocho años de edad, unión libre, obrero de minas, nacido en Guayaquil y domiciliado en Bella Rica. En lo principal refiere que el 06 de noviembre de 2011 aproximadamente a las veinte y dos horas, salí de la barra Azul, dirigiéndome a otra barra llamada La Choza en donde me encontré con mis amigos que no se sus nombres, pero si se sus apodos, que me despedí de ellos porque ya estaba mareado, que cuando me iba a mi casa, me encontré con mis

amigos Ricardo Loza alias el Maestro y Jordy Carvajal, quienes le dicen que andaban buscándole a Favio Valverde, por lo que les acompané, nos fuimos a la barra La Choza y pasa una amiga llamada Bárbara Polanco quien trabaja en un bar, quien estaba paseándose con José Calle y Lorenzo Saraguro, que Saraguro al verle que le saludaba a Bárbara, me pegó una patada en mi pierna devolviéndole la patada, cuando en eso Johnny Carvajal le dio un botellazo en la cabeza de José Calle hiriéndole en la cabeza y luego cada uno nos retiramos, que los tres sujetos se fueron al PAI y nosotros a la barra Marisquería en donde la policía le sacaron a Jordy Carvajal y le llevaron detenido, con mis amigos tratamos de decirles a los policías que le dejen en libertad ,pero no quisieron, que cuando nos retiramos nos encontramos con Fabio Valverde, a quien le contamos lo sucedido con Jordy Carvajal, después me fui a la casa y luego me regreso a comprar salchipapas y allí oigo un comentario de que a una persona le habían dado muerte, por lo que fui a verle ,que en el lugar había estado Ricardo Loza y otras personas, me acerqué a ver al difunto y la policía me esposa y me detienen, que a mis amigos Loza y Valverde les conozco por motivos de trabajo, que al difunto nunca le conocí. Se termina la etapa de prueba, disponiendo el Presidente Encargado del Tribunal dar inicio al debate particular de cada uno de los procesados. En efecto se inicia con el acusado Henry Ricardo Loza Mosquera, para lo cual se concede la palabra a la Fiscal quien manifiesta: que los elementos de convicción que sirvieron de base para emitir correspondiente dictamen acusatorio como también sirvieron al Juez de la causa, para dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio, en esta audiencia pública y oral, han sido probados, con los cuales se ha justificado la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado Henry Ricardo Loza Mosquera. En cuanto a la prueba de la existencia material de la infracción, tenemos en primer término el informe pericial de la autopsia médico legal, realizado por el doctor Jorge Rivera Lucero, en la persona del ahora occiso Lorenzo Hernán Saraguro Loja, galeno que en esta audiencia nos ha hecho conocer su trabajo profesional, expresando que la causa de la muerte se debe a hemorragia craneal interna, con traumatismo de cráneo, producido por una piedra, objeto contundente ,que ocasionó la muerte, se puede observar en las fotos que su rostro y cabeza fueron destrozadas por el impacto directo recibido, quedando





como aplastado su rostro como ha manifestado el perito que realizó la necropsia ,existen varias lesiones en su cabeza, especialmente en su rostro que ocasionaron fractura en los huesos de la cara, hueso frontal y parietal, huesos propios de la nariz, fractura del maxilar superior e inferior, con pérdida de piezas dentales. Tenemos además el reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el perito Cabo Segundo de Policía Raúl Fabián Mendoza M., que al lugar lo describe como una escena abierta ubicada en la comunidad de Bella Rica, perteneciente al cantón Camilo Ponce Enríquez, exactamente en el botadero de la Sociedad minera El Diamante, donde se observa una vía lastrada de doble circulación una gran cantidad de piedras en el lugar utilizado como botadero, el perito observa en el lugar indicado dos piedras, las mismas que presentan manchas de color rojo, el mismo perito efectúa la diligencia de reconocimiento de evidencias consistentes en dos piedras, las mismas que presentan manchas de color rojo que corresponden a sangre del occiso, objetos contundentes utilizados para causar la muerte del señor Saraguro Loja, cuyo peso de la una piedra es de veinte y cuatro libras y de setenta y seis libras la otra, objetos contundentes utilizados por los agresores cuyo resultado fue la muerte del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja. En cuanto a la responsabilidad del acusado, tenemos que considerar especialmente el testimonio juramentado rendido en esta audiencia por el testigo José Calle Lituma, testigo presencial de la muerte dada al hoy occiso, quien nos ha relatado como sucedieron los hechos, observando que Henry Ricardo Loza Mosquera fue quien le golpeó con una piedra en la cabeza y rostro al ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, causándole la muerte a consecuencia de hemorragia craneal interna, testigo presencial que si no huye del lugar en el momento de la fatal agresión, hubiese sido también asesinado por el grupo de agresores, el testigo calle nos ha relatado que el acusado Loza Mosquera primeramente le agredió al señor Saraguro León con patadas y empujones para después agredirle mortalmente con una piedra que produjo su fallecimiento, testimonio que corrobora con los rendidos por los policías González, Pila y Caiza quienes intervinieron en el operativo hasta dar con los autores de este horrendo crimen, agentes que en el lugar en donde yacía el cadáver del señor Saraguro, fue encontrado el acusado Loza en junta del otro acusado Bravo, quienes demostraron una actitud sospechosa en el

cometimiento del delito, por lo que fueron detenidos y sujetos a investigaciones con las cuales se pudo establecer la autoría del procesado quien no ha podido desvirtuar de manera alguna su participación y responsabilidad en la muerte del señor Lorenzo Hernán Saraguro León, que, con la prueba introducida en la audiencia de juicio se ha probado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado Henry Ricardo Loza Mosquera, a quien acuso como autor responsable del asesinato del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro León, delito tipificado y sancionado en el art. 450.1.4.5 y 7 del Código Penal, pidiendo al Tribunal Penal se le imponga la pena que corresponda. Concedida la palabra al Abogado defensor del acusado dice que en el presente causa no se ha cumplido con el debido proceso, se ha violado el mismo, por ende la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, que se ha hecho una interpretación extensiva del art. 217 del Código de Procedimiento Penal, que corresponde a la iniciación de la instrucción penal, porque no existían fundamentos suficientes para imputarle al ciudadano Loza Mosquera, no se ha probado su participación en el cometimiento del delito por el que se le está acusando ni en el grado de autor, cómplice o encubridor, que por parte de Fiscalía no se ha ordenado una prolija investigación de los hechos, no se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el art. 207, 208 y 209 del Código Adjetivo Penal, es decir no se contó con el auxilio de la Policía Judicial en sus diferentes especialidades, no existen suficientes elementos de convicción, que los Agentes Policiales que intervinieron en la detención del señor Loza Mosquera no son elementos especializados, quienes tapan la cara del presunto testigo Calle Lituma para que en un cuarto le reconozca al hoy acusado como uno de los autores del crimen, que, con solo el testimonio de este supuesto testigo Calle, que es contradictorio, se haya pedido el auto de prisión preventiva, que por el solo hecho de haberse encontrado el procesado junto al cadáver, ya se lo consideró autor responsable de dicho delito, del cual es inocente y no tuvo ninguna participación. Se pasa a conocer la situación jurídica del acusado Favio Guillermo Valverde Rambay. En uso de la palabra la Fiscal expresa que con los mismos elementos de convicción señalados en la teoría del caso, y que han sido elevados a la categoría de prueba en esta audiencia se ha probado la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, mediante la misma prueba señalada e



introducida en la etapa de juicio ante el Tribunal Pena, en lo que respecta al procesado Henry Ricardo Loza Mosquera ,en efecto se ha comprobado la existencia de la infracción primeramente con la autopsia médico legal realizada al ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja por el Médico Legista doctor Jorge Rivera Lucero, quien informó al Tribunal sobre su trabajo profesional llegando a la conclusión de que la causa de la muerte del ahora occiso fue a consecuencia de hemorragia craneal interna, por los múltiples traumatismos ocasionados en su rostro y en cabeza, estableciendo que cuando realiza la necropsia el tiempo aproximado de la muerte fue de siete horas, que el objeto utilizado fue contundente, dos piedras de un peso, la una de setenta y seis libras y la otra de veinte libras, que impactaron sobre la humanidad del ciudadano Saraguro Loja quien no pudo defenderse por cuanto su agresión fue por varias personas y cuando se encontraba en el suelo. Tenemos las diligencias de reconocimiento del lugar y el de evidencias realizado por el Cabo Segundo de Policía Fabían Mendoza M. perito que con una serie de detalles que constan en su informe, ha descrito su trabajo profesional describiendo en lo principal que el lugar en donde sucedieron los hechos, se trata de una escena abierta ubicada en la comunidad de Bella Rica, en el botadero de Sociedad Minera El Diamante lugar en donde fueron encontradas las dos piedras con manchas de sangre y junto a estas el cadáver del señor Saraguro Loja, con su rostro aplastado a consecuencia de los impactos dados con fuerza y violencia sobre su cara y cabeza. En cuanto a la responsabilidad del acusado Favio Valverde Rambay, de igual manera tenemos principalmente el testimonio juramentado del testigo presencial de la muerte, señor José Miguel Calle Lituma, quien con lujo de detalles nos ha manifestado como sucedieron los hechos, hasta culminar con la muerte del señor Saraguro Loja, la manera cruel, despiadada, inhumana y el objeto contundente que utilizó el acusado, testimonio que corrobora con el rendido por el agresor Kléver Junior Bravo Ube, quien cuando se trasladaba detenido a la Policía Judicial del cantón Ponce Enríquez, les manifestó a los policías González y Paida, que el acusado Valverde Rambay fue la otra persona que cogió una piedra grande y le dio en la cara al señor Saraguro Loja y le causó la muerte, desapareciendo del lugar para luego ser detenido, siendo identificado plenamente por su vestimenta, por parte del testigo Calle Lituma. Que, con la prueba

aportada se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado quien no ha desvirtuado su participación en el cometimiento del delito de asesinato, por lo que, acuso a Favio Guillermo Valverde Rambay como autor de la muerte del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, delito tipificado y sancionado en el art. 450.1.4.5 y 7 del Código Penal. En uso de la palabra el Abogado defensor del acusado dice: que en este juicio se ha violado el debido proceso, lo cual es causa para su nulidad, que el testigo estrella Calle Lituma ha dicho que le atacaron a piedrazos y patadas, que el médico que realizó la autopsia ha dicho que no hubo lesiones en ninguna parte de la espalda ni en las manos, que hubo un solo golpe con una piedra, en donde está las huellas de la violencia invocada por la Fiscal, en donde la prueba y evidencia en la que se le imposibilitó a Lorenzo Saraguro, que su defendido no estuvo en el lugar de los hechos, que el Policía González tiene una gran memoria para recordar los nombres y apellidos de los tres detenidos y no dice los nombres ni apellidos de las otras personas que estuvieron en el lugar, que luego de media hora de persuadirle para que le deje en libertad al señor Carvajal, es encontrado en el lugar en donde se encontraba el cadáver, por lo tanto proclamo a los cuatro vientos la inocencia de mi patrocinado y como homenaje a la justicia a su mujer e hijo pido su libertad, que no se ha probado la responsabilidad del acusado en la causa, por lo tanto se le debe declarar su inocencia. Se pasa a conocer y resolver la situación jurídica del acusado Kléver Junior Bravo Ube, y en uso de la palabra la Fiscal, manifiesta, que por los principios de concentración e inmediación y los elementos de convicción que han sido elevados a prueba, en la presente causa se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, mediante el acta de reconocimiento exterior e interior y la autopsia del que en vida fue Lorenzo Hernán Saraguro Loja, diligencia realizada por el Médico Legista Jorge Rivera Lucero, cuya conclusión a causa de la serie de traumatismos ocasionados al occiso en su rostro y cabeza, se produjo una hemorragia craneal interna y como consecuencia su muerte, perito que además manifestó que la muerte fue ocasionada por un objeto contundente, una piedra, que despedazó su rostro, textualmente ha dicho que la cara y cabeza quedó aplastada, con presencia de abundante sangrado. Además tenemos los informes periciales elaborados por el Cabo Segundo de Policía Fabián





Mendoza M. correspondientes al reconocimiento del lugar de los hechos que lo ha descrito como una escena abierta ubicada en el sector de Bella Rica exactamente en el botadero de Sociedad Minera el Diamante donde existe una vía de doble circulación y de tercer orden, perito que además reconoce el lugar en donde se encontraban las dos piedras con manchas de sangre que estaban junto al cadáver del señor Saraguro Loja, como también otras piedras sobre las cuales existían manchas de color rojo, que las dos piedras fueron objeto de reconocimiento en cuyo informe el perito manifiesta que eran de un peso de setenta y seis y veinte y cuatro libras, informes a los que ha acompañado láminas ilustrativas, perito que además suscribió la correspondiente acta de levantamiento del cadáver, cuyo documento ha sido ingresado como prueba. En cuanto a la responsabilidad del acusado tenemos el testimonio juramentado del señor José Miguel Calle Lituma, testigo presencial de la muerte del señor Lorenzo Hernán Saraguro Loja, quien ha referido que el acusado si agredió con patadas y votó algunas piedras al cuerpo del occiso, pero que, no le golpeó en su rostro ni cerebro, como lo realizaron los dos procesados Loza y Valverde, afirmación que el acusado cuando era conducido en calidad de detenido, expresó a los señores Policías sobre el particular, Agentes Policiales que cuando el testigo presencial Calle Lituma les dirigía al sitio donde estaba el cadáver, fue encontrado el acusado en junta del acusado Loza Mosquera, en una actitud sospechosa y nerviosa. Que con la prueba introducida a juicio respecto de este acusado se ha probado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado en el cometimiento de la infracción penal, por lo que acuso a Kléver Junior Bravo Ube como autor del delito tipificado y sancionado en el art. 450.1.4.5.6 y 7 del Código Penal, pidiendo se le condene a la pena que corresponda. Que, la prueba introducida a juicio en la audiencia ante el Tribunal Penal ha sido unívoca, directa y concordante, la misma que no ha sido desvirtuada de manera alguna. Concedida la palabra al Abogado defensor del acusado dice que el hecho delictivo existe, que causó conmoción, un sentimiento de impotencia, humana, pero no se le puede endosar a cualquier persona, por más horrendo que sea. Objetamos que algunas diligencias debían ser excluidas, que tenía que darse cumplimento al debido proceso, que las investigaciones debían ser ágiles y precisas como lo establece el Código de Procedimiento Penal, que, la

autopsia se realiza a las nueve de la mañana y recién a las doce del día se dispone la práctica de la misma sin ser notificadas las partes, se toma la versión del testigo Calle Lituma sin estar presente un Abogado del acusado para que proceda a su interrogatorio, se hace la posesión de perito para el reconocimiento del lugar y el de evidencias, sin ser notificados, no se realiza un examen de los elementos materiales, que los Policías cuando les conducen a la Unidad Policial, les encierran en un solo cuarto y, el testigo Calle es llamado para su identificación, este sin equivocación alguna les identifica, entonces por qué no se les colocó a otras personas, como indica la Ley, por lo tanto este reconocimiento se realizó sin que exista posibilidad de error, me pregunto en dónde está la testigo de nombres Bárbara Polanco, que hubiese sido una testigo clave quien nos hubiese aclarado muchas circunstancias en esta audiencia y también porque la ausencia de la otra señorita, que la autopsia, se realiza antes de que el perito sea designado y posesionado, es decir seis o siete horas antes, informe pericial en el que no se indica que hubo lesiones y otras agresiones en el cuerpo del occiso, solamente se remite a concluir que la causa de la muerte fue por hemorragia craneal interna y no por las patadas ni tampoco por agresiones que se le quieren inculpar al acusado, cuando este no los ocasionó, por lo tanto es falso que hubo patadas, lo que si se ha dicho es, que hubo una sola pedrada sobre la humanidad del ciudadano Saraguro, pedrada que fue en la cara y en la cabeza, que fue la que causó su muerte, aclarando que al perito le entregaron la piedra y en base a ello hizo constar en su informe que esta piedra fue la que causó el fallecimiento, circunstancias éstas que si hubiese estado presente un Abogado, los hubiese impugnado y contradicha, esto si se respetaba el derecho a la defensa, que el levantamiento del cadáver y el reconocimiento del lugar se realiza antes de la autopsia, sin ser posesionadas las personas que intervinieron en dichas diligencias, peor ser notificadas las partes procesales, por lo tanto no había persona alguna que diga lo contrario, que el lugar en donde se dice ocurrieron los hechos, es un sector pendiente, obscuro, nubloso y lluvioso, siendo esto trascendente porque no se puede identificar a las personas, y es así que un Policía al rendir su testimonio dijo que tuvieron que sacar una linterna para alumbrar el sector para llegar al sitio donde estaba el cadáver, entonces como se vio que el acusado Bravo patio y agredió al señor Saraguro, de lo



dicho no existen huellas que se hayan comprobado, que los testigos de cargo expresaron que el lugar es hinóspito, cuando un Policía, dijo que si había luz y que de algunas casas del lugar compartían la claridad en el sector, por lo tanto se trata de una mentira descomunal de los testigos, el testigo Calle Lituma está mintiendo, también los Policías y, también la Fiscal, en el sector hay una escalinata, y como el testigo Calle que se encontraba abajo observó lo que estaba sucediendo en la parte alta y como se puede identificar a persona alguna, como vio que se cogió las piedras y se golpeó al hoy occiso, ve que se coge una piedra de setenta y cinco libras de peso, por lo tanto Calle es mentiroso, ha dicho el mismo testigo Calle que, cuando regreso al lugar en donde estaba el cadáver los supuestos agresores ya no estaban en el lugar, ya no les encuentra a nadie, dice que se fue huyendo hasta la entrada a una mina y desde allí ve la agresión, lo que dista una distancia de sesenta metros aproximadamente, en cambio los otros testigos dicen que tiene una distancia de ciento cincuenta metros, a quien se le cree, si el lugar es obscuro y sin embargo se ve la agresión y se identifica a personas, los dos que le golpean al señor Saraguro con dos piedras y el otro solo le patea, sabemos que una persona que comete un delito huye y no se queda en el lugar y sin embargo se ha dicho que el señor Bravo fue detenido cuando se encontraba junto al cadáver en junta del procesado Loza Mosquera, se ha probado que el señor Bravo no tiene antecedentes penales de acuerdo a los certificados conferidos del Oro y Camilo Ponce Enríquez, no tiene un solo proceso penal, por lo tanto no se trata de un avezado delincuente, que el testigo Calle Lituma, se acuerda los nombres y apellidos de los tres detenidos en cambio no sabe los de los otros que se dicen participaron en el supuesto delito, que en los testimonios de los testigos de cargo existen contradicciones en lo relativo a las distancias del lugar, unos han dicho que hay setenta metros y otros ciento cincuenta metros desde el lugar a la entrada de la mina o esquina desde donde Calle vio la agresión a su amigo. El término de complicidad se refiere a elementos coadyuvantes para que se produzca el delito, que el testigo Calle ha dicho que los agresores Loza y Valverde le inmovilizaron al señor Saraguro y luego le mataron, entonces qué participación tuvo el señor Bravo, ninguna, entonces como existe complicidad, no aparecieron las evidencias de las supuestas patadas que el acusado dio al occiso, como se puede

acusarse de un asesinato, al no haber un nexo causal entre la infracción y el señor Bravo, si son otras personas los causantes del delito como se ha dicho y se ha probado su participación activa, no se ha probado su colaboración ni contribución en el delito, en consecuencia se han violentado los derechos de una persona inocente y sin embargo se arma un proceso en su contra, es decir desde el inicio ya estaba condenado, todo se hizo al apuro, y se le responsabilizó sin causa alguna, no existen pruebas contundentes de que sea autor de la muerte, peor la calidad de cómplice, por lo tanto confiado en la Justicia y en la probidad de los Jueces, pido que en sentencia sea absuelto el señor Kléver Junior Bravo Ube. En la etapa de réplicas, tanto la fiscal como el Abogado defensor del acusado anotan circunstancias ya enunciadas en sus respectivas intervenciones. Se termina la audiencia de juicio pasando el Tribunal a deliberar y luego de hacerlo, el Presidente Encargado del Tribunal dispone se reinstale la audiencia e indica que luego de la deliberación, el Tribunal resuelve declarar la culpabilidad de los acusados Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Guillermo Valverde Rambay y Kléver Junior Bravo Ube, bajo los siguientes fundamentos: PRIMERO. Que el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, es competente para conocer y resolver la presente causa, en virtud del sorteo electrónico de procesos, al mismo que se le ha dado el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal, sin que se haya omitido solemnidad sustancial alguna que cause nulidad que pueda influir en su decisión, razón por la que se declara su validez. **SEGUNDO**. La base de todo enjuiciamiento penal es la comprobación de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del o de los acusados, porque de estos dos requisitos, el primero es la comprobación de la infracción y el segundo es la consecuencia jurídica de la participación personal del acusado en un acto delictivo sancionado por la Ley Penal. TER-**CERO**. Cuando un Tribunal resuelve la situación jurídica de un procesado, lo primero que debe establecerse es cuáles son los hechos, luego calificar estos hechos y finalmente determinar las conclusiones jurídicas de los mismos, para llegar a esto, se tiene que analizar los medios de prueba que han sido introducidos en la etapa de juicio ante el Tribunal Penal, de conformidad con lo establecido en el art. 79 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO**. La Fiscal, con la finalidad de probar la materialidad de la infracción, ha solicitado la





comparecencia del doctor Jorge Rivera Lucero, médico acreditado en la Fiscalía General del Estado, quien realiza las diligencias de identificación del cadáver del que en vida se llamó Lorenzo Hernán Saraguro Loja, su reconocimiento exterior y autopsia, perito que cuando realizó el reconocimiento exterior del cadáver éste tenía el tiempo aproximado de siete horas de haber fallecido, de la edad de 19 años, que exteriormente presentaba pérdida de sangre por la boca, fosas nasales, en su cabeza y en su cara. En la cabeza presentaba normocefálica con una herida en región frontoparietal izquierdo, que compromete huesos de la cara, hueso frontal y parietal, presencia de pequeñas heridas a nivel de mentón y una herida de unos 20 centímetros de largo a nivel de región frontal, que compromete piel y tabla ósea, fractura del maxilar superior e inferior, huesos propios de la nariz y arcos cigomáticos, en la nariz, fractura propio de la nariz, fosas nasales hemorrágicas, en la boca, pérdida de piezas dentales y fractura de maxilar superior e inferior. Se observa además una herida de 25 centímetros en región frontal producida por traumatismo con una piedra grande, que compromete piel y tejido óseo, produciéndose una abertura y cavidad por donde se ingresó a la cavidad craneana, presenta también cuatro heridas de unos 10 centímetros en región parieto occipital. Causa de la muerte hemorragia craneal interna, tipo de muerte homicida, existe además 5 heridas cortantes a nivel de región frontal y parieto occipital, informe pericial dado a conocer al Tribunal Penal en la audiencia de juicio, en el cual se ratificó, solicitando la Fiscal que este documento sea introducido como prueba a juicio. Tenemos el informe pericial de reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el Cabo Segundo de Policía Raúl Fabián Mendoza M., informe en el que constan los fundamentos técnicos, científicos, los trabajos realizados, describiendo al lugar como una escena abierta, ubicada en la comunidad de Bella Rica, exactamente en el botadero de Sociedad Minera El Diamante, donde se observa una vía lastrada de doble circulación de tercer orden, sin bordillos y con curvas, de vegetación frondosa, observando una construcción de cemento, donde se observa varias piedras en el lugar utilizado como botadero, en cuyo lugar, en el costado izquierdo de la vía, en dicho botadero se puede observar dos piedras las mismas que presentan manchas de color rojo, de igual forma a un metro de distancia sobre las piedras se observan manchas rojas sobre las piedras

del lugar, informe al que acompaña un álbum fotográfico que corresponde a la vista panorámica de la vía lastrada, ubicada en la comunidad de Bella Rica, una toma fotográfica del botadero de la Sociedad Minera El Diamante, perteneciente a la comunidad de Bella Rica, una fotografía de vista de detalle, donde se observan dos piedras, las que presentan manchas de color rojo y una toma de detalle donde se ve unas manchas de color rojo sobre las piedras, frente al botadero de la Sociedad Minera El Diamante, informe dado a conocer en la etapa de juzgamiento al Tribunal en el cual se ratificó, informe pericial solicitado por la Fiscal para que se introduzca como prueba. Además, tenemos la diligencia de reconocimiento de evidencias consistentes en dos piedras, las mismas que presentan manchas de color rojo, como también barro y tierra encontradas en el botadero de la sociedad minera El Diamante, habiéndose establecido que el peso de la una piedra es la de 24 libras y la otra con las mismas características tiene un peso de 76 libras, informe al que el perito adjunta dos láminas ilustrativas de las dos piedras reconocidas y que la Fiscal solicita sea introducida como prueba al proceso. Además, introduce como prueba el acta de levantamiento del cadáver que en vida se llamó Lorenzo Hernán Saraguro Loja. QUINTO. En cuanto a la responsabilidad de los acusados es preciso establecer lo siguiente: En el testimonio juramentado del testigo presencial señor José Miguel Calle Lituma, de la muerte del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, en lo que hace relación al acusado Henry Ricardo Loza Mosquera, el referido testigo ha manifestado en su testimonio juramentado que lo narró con lujo de detalles, que el acusado Henry Ricardo Loza Mosquera fue uno de los agresores que procedió a golpearlo al hoy occiso con una piedra en su cabeza y cara, cuando éste se encontraba indefenso tendido en el suelo a consecuencia de las agresiones ocasionadas por otras personas que también le agredieron, agresión fatal que causó la muerte del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, como se describe en el informe pericial de la necropsia realizada por el médico legista doctor Jorge Rivera Lucero, quien en su exposición de su informe dado a conocer al Tribunal Penal se expresó diciendo que la cara quedó totalmente aplastada por la fuerza y peso de la piedra, considerada como un objeto contundente, testimonio que corrobora con los testimonios rendidos por el suboficial segundo de policía Miguel González León, por el cabo segundo de policía



Vicente Eduardo Pila Chipuxi y del cabo segundo de policía Fredy Israel Caiza Llumigusín, quienes de manera armónica y similar en sus respectivos testimonios han manifestado que el domingo 06 de noviembre de 2011, aproximadamente a la una de la mañana se acercó un ciudadano llamado José Miguel Calle Lituma, acompañado de su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja y de una señorita de nombre Bárbara Polanco, al UPC de Bella Rica en donde prestan sus servicios profesionales, manifestando el señor José Miguel Calle Lituma que minutos antes había sido agredido física y verbalmente por seis ciudadanos, presentando el señor José Miguel Calle Lituma una lesión en el cuero cabelludo a consecuencia de una botellazo inferido por el señor Jordy Javier Carvajal Castro quien fue reconocido por el agredido en el momento de su detención, que amigos del señor Carvajal se acercaron a los policías solicitándoles que dejaran en libertad a su amigo, petición que fue negada, ya que el detenido iba a ser puesto a órdenes de la Autoridad Competente, que a eso de las dos de la mañana, el señor José Miguel Calle Lituma comunicó a los agentes de policía, que su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja y su persona habían sido agredidos por 6 ciudadanos, a la altura de la barra La Azul, en una parte obscura en donde un ciudadano de tez trigueña, de contextura gruesa, que vestía en ese momento una camiseta roja con franjas blancas y azules y una bermuda de color gris, había cogido un chuzo de madera hincándole por varias ocasiones en el cuello y abdomen de su amigo, hoy occiso, saliendo en precipitada carrera para evitar posteriores problemas, logrando llegar hasta la altura del botadero de la Sociedad Minera El Diamante, el ciudadano de tez trigueña mencionado anteriormente, dijo llamarse Favio Guillermo Valverde Rambay, había cogido una roca o piedra grande para agredirle a su amigo en el rostro y cabeza, de igual manera, el acusado Henry Ricardo Loza Mosquera era el otro de los agresores que también agredió con una piedra grande al ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, destrozándole su cara y produciéndole heridas en su cabeza, agresiones que causaron la muerte del hoy occiso, agentes policiales que además manifestaron que el detenido Kléver Junior Bravo Ube, que era también uno de los agresores quien había lanzado piedras al cuerpo del occiso, que los agresores Loza Mosquera y Bravo Ube, cuando los policías llegaron en compañía del testigo ocular José Miguel Calle Lituma, al lugar en donde yacía el

cadáver del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, observaron a estos dos ciudadanos en una actitud sospechosa y nerviosa por lo que procedieron a detenerles y posteriormente continuando con el seguimiento al otro agresor pudieron detenerlo a Favio Guillermo Valverde Rambay, que había abandonado el lugar donde se encontraba el cadáver, que luego los tres sospechosos de la muerte del ciudadano Saraguro Loja, fueron trasladados al destacamento policial del cantón Camilo Ponce Enríquez para proceder a las respectivas investigaciones de rigor. Testimonios referidos que merecen credibilidad por cuanto son contestes, armónicos y reales. En cuanto a la responsabilidad del acusado Favio Guillermo Valverde Rambay, de manera similar y auténtica el testigo presencial José Miguel Calle Lituma, al rendir su testimonio juramentado en la audiencia de juicio ante el Tribunal Penal, manifestó que presenció que el acusado Valverde Rambay fue otro de los agresores que también cogió una piedra grande y golpeó a su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja, cuando éste se encontraba tendido en el suelo en estado de indefensión, golpeó en su rostro y cabeza destrozándole totalmente por las fracturas producidas, que causaron la hemorragia craneal interna y que fue causa de su muerte de acuerdo al informe pericial de la necropsia; que, el acusado ,cuando fue detenido, tenía la misma vestimenta con la cual el testigo Calle Lituma le identificó, testimonio que coincide con los testimonios rendidos por los Policías González y Paida quienes claramente manifestaron, que, en el momento que llegaban con los tres detenidos al cantón Camilo Ponce Enríquez, el detenido Kléver Junior Bravo Ube les comentó que efectivamente las personas que le habían victimado al ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, fueron Favio Guillermo Valverde Rambay y Henry Ricardo Loza Mosquera en represalia a la denuncia que se había hecho en contra de Jordy Javier Carvajal Castro. SEXTO. En esta clase de delitos es necesario analizar el medio empleado, la actitud del o de los autores, las circunstancias anteriores y posteriores al hecho, que sirven para demostrar que el agente quiso causar un grave daño a la víctima y, por lo mismo el Tribunal Penal debe apreciar la prueba producida en la etapa de juicio como establece el art.79 del Código Adjetivo Penal y que solo tiene valor, si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio y debiendo ser apreciada por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y de la Ley, en efecto, de las

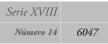




pruebas introducidas a juicio por la Fiscal, especialmente la diligencia de autopsia del ahora occiso Lorenzo Hernán Saraguro Loja, cuya causa de la muerte fue a consecuencia de hemorragia craneal interna, por la serie de traumatismos cráneo cefálicos recibidos por los golpes de piedras que son considerados como objetos contundentes, victimarios que aseguraron el hecho delictivo sin riesgo ya que el hoy occiso se encontraba en estado de indefensión, con la seguridad de conseguir su propósito, hecho delictivo que produjo alarma social, que por sí sola revela peligrosidad de los delincuentes, acto delictivo que se realizó con alevosía, con ensañamiento, imposibilitando a la víctima para defenderse, por la noche, en un sector despoblado para cometer el homicidio y en pandilla, circunstancias agravantes que han sido probadas por la Fiscal y han sido introducidas al juicio, especialmente con los testimonios que analizados son unívocos, directos y concordantes, con los cuales se ha probado además, el nexo causal existente entre la infracción y los acusados, quienes para su defensa no han aportado prueba de su no participación y responsabilidad, estableciéndose que son los responsables del ilícito, por lo que de conformidad con el art. 451 del Código Penal, que señala que, los que hayan concurrido a un robo u otro delito dos o más personas, todos serán responsables del asesinato, por lo que en el presente caso, los tres acusados son responsables del delito de asesinato en la persona de Lorenzo Hernán Saraguro Loja. **SÉPTIMO**. Es innegable establecer la presencia de los hoy acusados, es indiscutible su presencia y participación, está plenamente identificada en la que emplearon violencia contra la víctima, actuaron con crueldad, pudiendo establecerse el estado psíquico del señor José Miguel Calle Lituma que fue escalofriante en la perpetración del asesinato, ya que fue testigo presencial quien tuvo que separarse de su amigo porque también él corría la misma suerte del hoy occiso, la conciencia de este tipo de delincuentes es totalmente inhumana e inmoral, no respetan nada de nadie, ni siquiera la vida humana, pues el actuar delictivo de los acusados causaron alarma social y su participación fue altamente peligrosa, cuyas agravantes están probadas y que por mandato de la Ley Penal, estas, impiden la aceptación y aplicación de atenuantes. Por todo lo expuesto, el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en uso de sus atribuciones legales, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-

BERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**", declara la culpabilidad de los acusados HENRY RICARDO LOZA MOS-QUERA, de nacionalidad Ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. 092615888-2, de la edad de veinte y cinco años, unión libre, maestro albañil, nacido en la ciudad de Guavaquil y domiciliado en Bella Rica, perteneciente al cantón Camilo Ponce Enríquez. De FAVIO GUILLERMO VAL-VERDE RAMBAY, de nacionalidad ecuatoriana, de la edad de treinta y tres años, unión libre, jornalero de minas, nacido en la ciudad de Guayaquil y domiciliado en Bella Rica, perteneciente al cantón Camilo Ponce Enríquez, por ser autores responsables del delito de ASESINATO cometido en la persona de quien fuera Lorenzo Hernán Saraguro Loja, delito tipificado y sancionado en el art. 450.1.4.5 y 7 del Código Penal, y se les impone a cada uno de ellos la pena de RECLUSIÓN MA-YOR ESPECIAL DE DIECISÉIS AÑOS, sin que se les acepte atenuantes por las agravantes que se han enunciado y al acusado KLEVER JUNIOR BRAVO UBE, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía 0924619596, unión libre, obrero de minas, nacido en la ciudad de Guayaquil y domiciliado en Bella Rica, perteneciente al cantón Camilo Ponce Enríquez, se lo califica de cómplice en el asesinato del ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja y se le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ES-PECIAL, pena que los procesados cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de la ciudad de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que han permanecido detenidos por esta misma causa. Se les manda a pagar a los sentenciados daños y perjuicios por la infracción cometida de conformidad con lo establecido en el art. 309.5 del Código de Procedimiento Penal, que se determina en el valor de tres mil dólares, a favor de la ofendida. No existe actuación indebida de parte de la Fiscal ni de los Abogados defensores de los acusados. Se les suspende a los sentenciados los derechos de participación política por el tiempo que dure la condena. De ejecutoriarse esta sentencia, copia certificada de la misma, remítase a la Dirección del Centro de Rehabilitación Social de Varones de la ciudad de Cuenca, para los fines legales pertinentes. Notifiquese.

f) Dr. Carlos Palacios Maldonado; Dr. Guido Chalco; Dr. Olmedo Feican.





# **APELACIÓN**

Juicio nro.: 089-12

Juez ponente: Dr. Paúl Maldonado Jerves

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PRO-VINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY, Cuenca,

27 de junio de 2012; las 08h13

**VISTOS**: La presente causa ha subido en grado en virtud del recurso de apelación interpuesto por los procesados KLÉVER JUNIOR BRAVO UBE, HENRY RICARDO LOZA MOSQUERA y FA-VIO GUILLERMO VALVERDE RAMBAY de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay. Radicada la competencia en esta Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en virtud del sorteo electrónico practicado, para resolver se considera: PRIMERO: COMPETENCIA: Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto por el sorteo electrónico practicado cumpliendo lo dispuesto en el artículo 160 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: VALIDEZ DEL PROCE-SO: Las partes no han presentado alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o cuestiones de competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso de conformidad con lo estatuido en el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, al no haber violación al trámite inherente a la causa como tampoco omisión de solemnidad sustancial que lo vicie, se declara su validez. TERCERO: CA-LIFICACIÓN DEL RECURSO: Antes de entrar en el análisis del asunto principal es imperativo y como cuestión previa, resolver sobre la admisibilidad del recurso. Al respecto cabe establecer: a) La sentencia en referencia es susceptible de apelación de conformidad con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; b) El recurso ha sido debidamente fundamentado, cumpliendo lo estatuido en el artículo 344 del Código Adjetivo Penal. En consecuencia, esta Sala admite el recurso al trámite por haber sido legalmente interpuesto. CUARTO: **ÁMBITO DE LA LITIS:** De conformidad con el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal en la etapa de juicio se practican todos los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda

condenarlo o absolverlo, así mismo, la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtiene según el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal imperativamente se deben desprender de las pruebas de cargo y descargo aportadas por los sujetos procesales, y con ellas deben probarse todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso por cualquiera de los medios previstos en el Código de Procedimiento Penal. La norma legal contenida en el artículo 85 ibídem establece que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. Esta prueba será apreciada por el Juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Las presunciones que obtenga el Juez o Tribunal en el proceso estarán basados en indicios probados, graves, precisos y concordantes. Para que los indicios puedan presumir el nexo causal entre el delito y su responsable es necesario que: 1) La existencia de la infracción de encuentre probada conforme a derecho: 2) Que la presunción se fundamente en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y 3) Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios esto es que sean concordantes entre sí; c) Unívocos, es decir que todos conduzcan a una sola conclusión; y, d) directos de modo que lleven a establecerla lógica y naturalmente. Por último, la prueba solo tiene valor si ha sido solicitada, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones del Código Adjetivo Penal, así lo dispone el artículo 83 ibídem. QUINTO: La Fiscalía da a conocer su teoría del caso manifestando que acusa a los procesados por considerarlos autores de la muerte de Lorenzo Hernán Saraguro Loja, ciudadano a quien se lo ha encontrado sin vida a la altura del botadero de la Sociedad Minera El Diamante, sector Bella Rica del cantón Ponce Enríquez, occiso encontrado en posición decúbito dorsal con el rostro desfigurado y ensangrentado, encontrando a su lado dos rocas grandes con manchas de sangre, teniendo como testigo presencial a José Miguel Calle Lituma quien ha manifestado que momentos antes fueron agredidos, siendo perseguidos hasta el botadero en donde Calle logra huir y avisar a la policía quienes





organizando un operativo logran la detención de los hoy procesados. **SEXTO:** De las pruebas aportadas en la audiencia pública, relacionada con la prueba material de la infracción y la responsabilidad de los acusados se tiene: Prueba documental constante en compulsas legalmente certificadas sobre informe de autopsia médico legal elaborado por el Dr. Jorge Rivera Lucero, informe pericial sobre el reconocimiento del lugar de los hechos elaborado por el señor policía Cabo Segundo Raúl Fabián Mendoza, informe de reconocimiento de evidencias elaborado por el Cabo Segundo Raúl Mendoza. Se presenta prueba testimonial y se recepta el testimonio de María Fanny Saraguro Loja quien da a conocer que es madre del fallecido Lorenzo Saraguro Loja en lo medular manifiesta cómo tuvo conocimiento de la muerte de su hijo, que cuando lo vio observó que tenía heridas y golpes en su cabeza y en la cara producidos con piedras. Testimonio del Dr. Jorge Rivera Lucero, quien expone que es médico y en calidad de perito ha procedido a efectuar la autopsia médico legal en la persona de Lorenzo Saraguro Loja, ratificándose en su informe concluyendo que la causa de la muerte fue por hemorragia craneal interna. Testimonio del Cabo Segundo de Policía Raúl Fabián Mendoza, perito que da a conocer que ha sido la persona que ha efectuado los informes de reconocimiento del lugar de los hechos y reconocimiento de las evidencias, en su primer informe ha indicado que se trata de una escena abierta exactamente en el botadero de Sociedad Minera El Diamante, existiendo una construcción de cemento donde se observan varias piedras, en cuanto al reconocimiento de evidencias da a conocer que se trataba de dos piedras con manchas de color rojo, con barro y tierra, que el peso de la una piedra fue la de 24 libras y la otra piedra de un peso de 76 libras. Testimonios por separado del Sub Oficial Segundo de Policía Segundo Miguel González León, Cabo Segundo de Policía Vicente Eduardo Pila Chipuxi, Cabo Segundo de Policía Fredy Israel Caiza Llumigusín, quienes concordantemente manifiestan que el día seis de noviembre del 2011 a la una de la mañana aproximadamente ha llegado Miguel Calle Lituma manifestando que había sido agredido con una botella en su cabeza por lo que los tres deponentes se han trasladado a verificar lo sucedido deteniendo a Jordy Javier Carvajal Castro momentos que en los acusados y otros dos individuos insistían en que dejaran libre al detenido, luego a las dos de la mañana se acerca nuevamente Calle Lituma

manifestando que su amigo Lorenzo Hernán Saraguro Loja y él han sido agredidos, por lo que habían salido en carrera logrando llegar a la altura del botadero de la Sociedad Minera El Diamante en donde Favio Guillermo Valverde Rambay había cogido una roca para agredirlo y así golpea a Saraguro Loja en el rostro y cabeza, en tanto que Kléver Junior Bravo Ube también ha lanzado piedras y agresiones e igualmente Henry Ricardo Loza Mosquera, por lo que se dirigen al lugar de los hechos encontrando un cuerpo sin vida de sexo masculino con el rostro desfigurado y la cabeza ensangrentada junto a él dos piedras con manchas de sangre, procediendo a detener a los hoy procesados quienes fueron plenamente reconocidos por José Calle Lituma. Testimonio de José Miguel Calle Lituma, quien manifiesta que el día de los hechos se encontraba con su amigo Lorenzo Saraguro a un bar llamado La Barra Azul que bebieron algunas cervezas, que su mentado amigo estaba un poco necio, al salir se han encontrado con una amiga y al encontrarse rumbo a descansar aparecen de seis a siete sujetos y sin darles motivo les han agredido dándole al deponente un botellazo en la cabeza avisando de estos hechos a la policía quién procedió a detener a quien le causó la agresión llamado Jordy Carvajal, luego tomó de la mano a Saraguro para irse pero algunos tipos les estaban persiguiendo pero Lorenzo Saraguro se había portado necio queriendo pelear, y así él se dirigió a pelear, más el testigo se ha retirado, regresándome en seguida y logra ver que uno de los agresores alzó una piedra y le dio en el rostro y cabeza de Saraguro, sujeto que luego supo se llamaba Fredy Guillermo Valverde Rambay, también expone que vio al acusado Henry Ricardo Loza Mosquera haberle agredido a su amigo con una pedrada en la cabeza y rostro en tanto que el otro sujeto Kléver Junior Bravo realizaba empujones y patadas, ellos se han dado cuenta que Calle les observaba por lo que le han perseguido logrando escapar para luego volver al lugar de los hechos y observar a su amigo ya muerto, dirigiendo hasta la policía en donde comunica de los hechos y aquellos logran detener a los ahora procesados a quienes identificó plenamente. **SÉPTIMO:** De la prueba que se ha aportado la misma que esta Sala ha examinado exhaustivamente y considerada en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica regulada en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y a la luz de la lógica jurídica, podemos concluir que del examen e informe médico legal de autopsia se desprenden efectivamente las



causas y lesiones que produjeran el fallecimiento de Lorenzo Hernán Saraguro Loja, así como los objetos contundentes con los que se produjeron como resultado la muerte de Saraguro, siendo aquellos dos piedras según se desprende de la diligencia e informe de reconocimiento del lugar de los hechos así como del reconocimiento de evidencias, con lo que queda comprobada de manera fehaciente la existencia de la infracción; en cuanto a la responsabilidad de los acusados Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Guillermo Valverde Rambay y Kléver Junior Bravo Ube, la misma queda comprobada en forma incontrastable con los testimonios a los que se han hecho referencia en el acápite anterior, empero existe cierta duda razonable en el sentido del Tipo Penal en el que se circunscribirían las acciones típicas y antijurídicas desplegadas por los acusados a las que se ha hecho referencia en líneas anteriores, duda que se desprende de la versión de José Miguel Calle Lituma, único y exclusivo testigo de cargo quien nada afirma acerca que los infractores hayan actuado sobre seguro, con alevosía, buscando de propósito la noche o despoblado, o cualquier otra circunstancia de las determinadas en el artículo 450 del Código Penal, pues al decir de este mismo testigo el hoy occiso Lorenzo Saraguro Loja "se portó necio y dijo peleemos, y él se dirigió a pelear...", nótese entonces que la duda razonable que nace en estos Juzgadores tiene su asidero legal, lógico y razón de ser. OCTAVO: La defensa no ha controvertido, desvirtuado ni justificado con ninguna prueba de descargo los hechos incriminados a sus patrocinados, únicamente han rendido sus testimonios más lo expuesto por aquellos no ha sido avalado por ninguna otra prueba. NOVENO: Por las consideraciones expuestas y habiéndose comprobado tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad de los procesados, esta Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de La Corte Provincial de Justicia del Azuay "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" desecha el recurso interpuesto por los acusados y confirma la sentencia condenatoria dictada en su contra, modificando el Tipo Penal pues se considera a los sindicados HENRY RICARDO LOZA MOSQUERA y FAVIO GUILLERMO VAL-VERDE RAMBAY culpables del delito de Homicidio Simple tipificado en el artículo 449 del Código Penal, condenando a aquellos a DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN por no haber justificado atenuantes y con respecto a KLEVER JUNIOR BRA-VO UBE se lo califica de cómplice por lo que se le impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLU-SIÓN, según lo dispone el artículo 47 del Código Penal, en lo demás se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado. Ejecutoriada esta resolución devuélvase el proceso al Juzgado de origen para los fines de Ley. En virtud de la acción de personal nro. 172-DDCNJA-08, actúe la Dra. María Lorena Palacios como Secretaria Relatora Interina.

f) Dr. Paúl Maldonado Jerves; Dr.José Ricardo Serrano González; Dr. Arturo Coronel Diaz.

### CASACIÓN

Notifiquese.

Juicio nro. 860-2013

Juicio penal por asesinato contra Kléver Junior Bravo Ube y otros

Jueza ponente: Dra. XimenaVintimilla Moscoso

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, a 13 de junio de 2014, las 10h00.-

**VISTOS:** En fecha 6 de noviembre de 2011, a la 01 h30, en el botadero de la sociedad minera El Diamante, en el sector de Bella Rica, cantón Ponce Enríquez, Provincia del Azuay, el ciudadano Lorenzo Hernán Saraguro Loja, ha sido agredido con golpes en diferentes partes del cuerpo y con piedras en el rostro que le han ocasionado

su muerte, este hecho habría sido perpetrado por un grupo de seis personas. El Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, las 08h00, declara la culpabilidad de Henry Ricardo Loza Mosquera y Favio Guillermo Valverde Rambay, como autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 7 del Código Penal imponiéndoles la pena de 16 años de reclusión mayor especial a Kléver Junior Bravo Ube, se le ha condenado en calidad de complice a la pena de





8 años de reclusión mayor especial. Se les ha condenado al pago de tres mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de daños y perjuicios. La Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en folio de fecha 27 de junio de 2012, las 08h13, modifica la sentencia subida en grado, y condenó a Henry Ricardo Loza Mosquera y Favio Guillermo Valverde Rambay, como autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal imponiéndoles la pena de 12 años de reclusión y a Kléver Junior Bravo Ube a 6 años de reclusión en calidad de cómplice. En contra de esta sentencia, los procesados presentan recurso de casación.

Radicada la competencia en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento los miembros del Tribunal integrado por el doctor Paul Íñiguez Rios, Juez Nacional doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional. Y Ximena Vintimilla Moscoso quien actúa como ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. Aceptado a trámite el recurso y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria de conformidad a lo establecido en el articulo 352 del Código de Procedimiento Penal, diligencia a la que comparecieron e hicieron sus fundamentaciones y alegaciones, por una parte, el doctor Roberto Ruiz Mejía en representación de los recurrentes Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Guillermo Valverde Rambay y Kléver Junior Bravo Ube, y por otra el doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, al encontrarnos en estado de resolver, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se considera:

# PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Este Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el presente recurso de casación de conformidad al artículo 76 numeral 7 literal k y artículo 184.1 de la Constitución de la República, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial,

publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 *íbidem*, la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013 del 22 de julio de 2013; y del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

# SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.

Una vez revisado el trámite del presente recurso de casación no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, y se ha aplicado lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, por lo que se declara la validez de lo actuado.

# TERCERO: ALEGACIONES DE LAS PAR-TES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA DE FUNDAMEN-TACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 345 *íbidem*, en observancia además a la disposición transitoria segunda del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup>, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en esa diligencia los concurrentes manifestaron<sup>2</sup>:

# i).- POR LOS RECURRENTES HEN-RY RICARDO LOZA MOSQUERA, FA-VIO GUILLERMO VALVERDE RAMBAY Y KLÉVER JUNIOR BRAVO UBE.-

El doctor Roberto Ruiz **Mejía**, en representación **del** recurrente, expresó:

"Esta causa tiene origen en la denuncia maliciosa realizada por el ciudadano José Miguel Calle Lituma, manifestando que; él y el hoy occiso fueron atacados el seis de noviembre del dos mil once a eso de la una de la mañana en la altura del botadero en la Sociedad Minera el Diamante, sector Bella Rica del cantón Ponce Enríquez. provincia del Azuay, por los señores Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Valverde Rambay y Kléber Bravo Ube, quienes se dice falsamente agreden al hoy difunto. Luego de que las supuestas víctimas salían del bar llamado la Barra Azuay, donde han bebido; y que ha sido agredido con un botellazo en la cabeza y que el difunto

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> SEGUNDA: Las audiencias establecidas en el Libro II, Procedimiento de este Código, entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Transcripciones realizadas del acta resumen de la audiencia oral, reservada y contradictoria, que obra de fojas 81 a 85 del cuadernillo del Juicio No 860-12, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.



quiso pelear. Manifestando que él, José Miguel Calle Lituma, ha huido del Iugar y ha visto a uno de los supuestos agresores lanzar una pedrada en la cabeza y rostro de la víctima. El examen del informe médico legal señala que el fallecimiento de Lorenzo Hernán Saraguro Loja, se produce por la acción traumática ocasionada por objetos contundentes, lo que es corroborado por el criterio de la policía, que se dió luego del reconocimiento del Iugar de los hechos, acto que se realiza sin la presencia del defensor público ni los hoy sentenciados. Con ello, inaplicado lo dispuesto los indicios primero y segundo del articulo 11 del Código de Procedimiento Penal, que hace referencia a la inviolabilidad de la defensa. A los sentenciados se los ha dejado en un estado de absoluta indefensión, además un solo supuesto testigo presencial ha declarado dentro de todo el proceso y determina que él también ha sido agredido, lo que nos lleva a concluir que no existe imparcialidad. Además su declaración es contradictoria, ya que no se podía identificar a los agresores, ya que la policía determina que el Iugar es un botadero donde es material y físicamente imposible que una persona pueda identificar a los agresores. Existen contradicciones con lo manifestado por la policía quienes tenían que encender linternas para ver, y contrariamente el testigo dice que el pudo ver a los agresores por las luces de las casas alrededor, pero la casa mas cercana se encuentra a cien metros. Este testimonio inverosímil se toma como prueba fundamental para la sentencia, sin analizarlo debidamente en los folios. El hecho de que se pueda manipular, por parte de los sentenciados, piedras de 24 y 70 Iibras como si se trataran de objetos de manipulación fácil vulnera la realidad de los hechos. Es necesario considerar que se extraviaron pruebas procesales, documentos y pruebas de descargo favorables a los procesados, lo cual influyó en la sentencia dictada en este proceso, la cual se ha dictado de manera ilegal. Durante la práctica de todas las diligencias los procesados estaban en indefensión ya que las diligencias se realizaron sin la presencia del Defensor Público ni de los procesados lo que ha ocasionado que en este proceso se haya vulnerado la norma constitucional contenida en el articulo 76, numeral 7, literales a), c), e), g) y i); bajo las circunstancias anotadas por cuanto la prueba es oscura, controdictoria y no determinó con certeza la culpabilidad de los hoy sentenciados. Además,se ha inobservado y se ha inaplicado el artículo 169 de la Constitución de la República. Concluyó que se han violado los derechos de los procesados, y se ha contravenido el artículo 4 del Código Penal, norma

que no fue aplicada porque la duda debió ser interpretada a favor de los reos; el artículo 449 del Código Penal norma con la que se sentenció, que no se adecúa la conducta de los procesados a este tipo penal en ningun momento; y las normas del Código de Procedimiento Penal contenidas en el artículo 3, artículo 4, artículo 11, artículos 85, 86, 87, 88 y 252; el artículo 309, numeral 2 que hace referenda a la enunciación de las pruebas y del hecho punible. Solicitó se case la sentencia y se confirme el estado de inocencia de los procesados, así como se califique la denuncia de maliciosa y temeraria." (sic)

# ii).- POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.-

El doctor José García Falconí, delegado del senor Fiscal General del Estado, dijo:

"Como este es un sistema oral acusatorio y el recurso de casación es técnico y extraordinorio; fundamentado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y será procedente ante la Corte Nocional de Justicia son los únicos que lo pueden conocer cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, es decir, es un análisis entre la sentencia y la ley; no se refiere de ninguna manera a la audiencia de juzgamiento. Es obligación del recurrente señalar que ley y que artículos se violaron y como esta violación influye en la sentencia. Lo que ha presentado el abogado de los recurrentes no es casación es un alegato de tercera instancia lo que ya no existe en nuestra legislación. El abogado defensor se ha referido únicamente a pruebas y en esta instancia los jueces no tienen la facultad de volver a valorarlo, de acuerdo al último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Además, es necesario señalar que en esta audiencia los casacionistas no han fundamentado el recurso propuesto en los términos que señala el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se trata de la muerte de quien en vida se llomó Lorenzo Hernán Saraguro Loja, a quien le encontraron muerto, con el rostro desfigurado, se atentó contra el derecho a la vida que es el principal derecho de todos. De tal manera la fiscalía señaló que no se ha fundamentado el recurso expuesto por los recurrentes y por lo tal no existe violación de ley en la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de Corte Provincial de Justicia del Azuay, por lo que solicita se deseche el recurso y no se deje en impunidad estos delitos que causon alarma social." (sic)

# iii) RÉPLICA.-

El doctor Roberto Ruiz Mejía, expuso:

"EI recurso de casación lo que quiere resaltar no es una re evaluación de la prueba, si no que hubo falta





de aplicación de la ley por inobservancia de la misma, en consecuencia hubo violación de la ley, lo que hace procedente este recurso, lo que requerimos es que nulite la sentencia subida en grado, en la que se violó de manera expresa los artículos antes referidos". (sic) CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.-

1. Fernando De La Rua define al recurso de casación penal como: "Un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho especfficamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicacion de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio"3. Por su parte, Torres Romero y Puyana Mutis lo conceptúan como: una "Acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior, cuando contiene errores in iudicando."4 o in procedendo5, acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia y que solo procede por motivos taxativamente señalados en la ley procedimentalal" Además de los conceptos extraídos, haremos mención a lo dicho por Claus Roxin quien sobre la casación penal dice: "la casación es un recurso limitado y permite (únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia, es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal."7

De lo anotado podemos colegir que la casación penal es un recurso destinado a una corrección lógico- jurídica de los errores en derecho provocados por los jueces de instancia al emitir sus fallos, específicamente, a corregir los errores en la aplicación, interpretación o por haber contravenido el texto de la ley, o por errores en el procedimiento o contradicciones internas o externas de dichos actos normativos, llamados errores in iudicando o in procedendo. No se puede considerar a este recurso

como una nueva instancia, una instancia adicional o una tercera instancia, ni como una facultad ilimitada del Tribunal de Casación para revisar nuevamente todo el proceso, tampoco puede considerarse a este recurso como una etapa en donde se hará un nuevo análisis de los hechos ni una nueva valoración de las pruebas, pues estas acciones son determinadas en el juicio oral en donde hubo inmediación entre los sujetos procesales y el Juez, empero si es facultad nuestra determinar si los juzgadores de instancia han aplicado correctamente las leyes que regulan la prueba, es decir aquellas que rigen su apreciación o valoración y las que establecen sus requisitos, determinan su eficacia y conducencia y señalan su capacidad demostrativa.

Una vez interpuesto el recurso de casación, ya en la audiencia oral, pública (reservada de ser el caso) y contradictoria, conforme lo señala nuestro procedimiento penal, el censurador está obligado a señalar con absoluta precisión los errores de la sentencia que violan la ley, es decir, atacar la sentencia en su forma jurídica sustancial, procesal y probatoria. Corresponde al Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, fallar conforme al fundamento expuesto por el recurrente, quedando para los jueces nacionales la posibilidad de casar la sentencia recurrida, de conformidad con la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, cuando se encuentren oficiosamente violaciones a la lev producto del error del que trata el artículo 349 ibidem, independientemente del fundamento errado, insuficiente o impreciso que haya hecho el casacionista.

2. El mas alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El art. **424** de la Carta Magna, señala en su segundo inciso que: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos hurnanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos mas

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> De la Rua, Fernando."La Casación Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires,1994, pg. 23..

Error in judicando, es el llamado error de juicio, constituído por los defectos o errores en la decisión que adopta el Juez, esto es, se produce un vicio en la aplicación de la ley material o sustantiva o de fondo al momento de resolver el conflicto materia del proceso.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Error in procedendo, es el llamado error de actividad, está constituido par los defectos o errores en el procedimiento, en la aplicación de las reglas formales o de procedimiento que afecta el tráimite del proceso y a los actos procesales que lo componen.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Torres R. Jorge E. y Puyana M., Guillermo; "Manual del recurso de casación en materia penal" Ed. Proditécnicas, 2da Edición, Medellín, 1989, pg. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal" Ed ito res del Puerto s.r.l., Buenos Aires 2003, pg. 187.



favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.\*\*

Germán Pabón Gómez nos enseña al respecto del recurso de casación penal lo siguiente: "En un sistema penal constitucionalizado la casación penal se debe concebir como un amparo constitucional, convencional y legal de las sentencias de segunda instancia en relación con Io debido sustancial, debido procesal y debido probatorio, postulados que reclaman realidad por encima de lo técnico formal de la impugnación singular que se trate". El mentado tratadista alimenta mas la idea con lo siguiente, "(en la casación penal) se involucran...principios constitucionales...principios rectores de la ley penal, principios generales (rectores) del proceso... principios generales de las pruebas...dentro de un ejercicio vocacional de civilitud y democracia, y límites que no son, ni pueden ser saltables, ni sobrepasables, y en ella radica justamente la concepción, internalización y ejercicio cotidiano de una judicatura social y de derecho, en la que se inserta la sede extraordinaria de casación". 10 Fernando De La Rua 11 puntualiza que: "el fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de la igualdad ante la ley..., y de... preservar la observación de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no solo previo sino tambien legal"

De lo dicho por la doctrina podemos afirmar que la finalidad de la casación penal es conseguir el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador. En este sentido el recurso de casación tendrá por fin el velar por el debido proceso, por el rnantenimiento del orden jurídico penal a traves de la uniforme aplicación de la Constitución y la Ley, por la uniformidad jurisprudencial que expresa el principio de igualdad; por la seguridad jurídica contra el árbitro del poder punitivo del Estado y a la rectificación del agravio producido a la víctima. Tenemos así que la casación penal es una institución

efectiva de control constitucional de las sentencias de instancia que llegan a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, no como una necesidad sino como una obligación que nace de nuestra Carta Magna de conformidad con su articulo 11, así como lo determinado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus artículos 4 numerales 2, y artículo 142, pues recordemos que en un Estado constitucional, de derechos y justicia, como el nuestro, la supremacía de los derechos fundamentales, en particular, y de las normas constitucionales, en general, son prioritarias para precautelar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Podemos decir además que la casación, así como su correcta aplicación en el campo penal es uno mas de los medios para la realización de la Justicia, observando para ello de forma obligatoria todos los principios consagrados en los tratados internacionales y recogidos por nuestra Constitución en relación a derechos fundamentales.

Corresponde a este Tribunal, un actuar independiente, imparcial, racional, ceñido de forma estricta a nuestra Constitución, para de esta forma emitir resoluciones debidamente motivadas, luego de que, en materia de casación en el ámbito penal, se haya fundamentado de forma precisa el recurso y se haya podido determinar con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada. De ser procedente el recurso interpuesto o de ex oficio se corregiró el error, rectificando el agravio inferido.

# ii) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR HENRY RICARDO LOZA MOSQUERA, FAVIO GUILLERMO VALVERDE RAMBAY Y KLÉVER JUNIOR BRAVO UBE.-

Hemos transcrito el fundamento del recurso de casación interpuesto en audiencia oral, pública y contradictoria, frente a ello debemos recordar que, como yo analizamos en líneas anteriores y como esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en reiterados fallos así lo ha declarado, la casación requiere de una esmerada

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> De la Rua, Fernando; "La Casación Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pg. 21.



<sup>8</sup> Fernández Vega, Humberto. "La Casación en el Sistema Penal Acusatorio", Cuarta edición. Editorial Leer, Bogota. 2002,pg.218. (No hay llamada)

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Pabón Gómez, Germán, "De la casación Penal en el sistema acusatorio". Ed. Ibanez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011. Pg. 25.

Pabón Gómez, Germán; "De la Casación y la Revisión Penal en el Estado Social y Democrático de Derechos, Ed. Ediciones y Doctrina y Ley LTDA, Bogota, 1999. pg. 114.



técnica jurídica para su fundamentación, siendo así, era obligacion de los casacionistas establecer de forma exhaustiva, con claridad y precisión las normas jurídicas que creía que han sido vulneradas, y demostrar como ese yerro ha afectado a la sentencia sobre la cual se ha interpuesto el presente recurso de casación. No es suficiente la simple enunciación de las normas presuntamente violadas, estos son artículos 76 numeral 7 literales a, c, e, g y i de la Constitución de la República, 4 y 449 del Código Penal, 3, 4, 85, 86, 88, 252, 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, sino se debió fundamentar el hecho de como han influído esos errores en la decisión del Tribunal de instancia, pero mas aun, en el presente caso, no se ha determinado con absoluta claridad en cual de los supuestos establecidos en nuestro procedimiento penal<sup>12</sup> se encasillaría a dicha violación a esas normas enunciadas, esto es ya sea por una contravención expresa de su texto, o por una errónea interpretación o una falsa aplicación de las mismas, no siendo entonces jurídicamente pertinente el solo indicar genéricamente que tal o cual articulo de la Constitución de la República o de los Códigos sustantivo o adjetivo Penal se han "inaplicado", "vulnerado" o "inobservado" o que "hubo falta de aplicación de la ley por inobservancia de la misma, en consecuencia hubo violoción de la ley", por tanto esa insuficiencia en la fundamentación del recurso lo torna por mas en improcedente. Coherente con lo dicho debemos citar a Humberto Fernández Vega quien nos enseña que: "La Casación, reiteramos, es juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento."13

A mas de la evidente insuficiencia técnica, debemos hacer hincapié en que la casación penal no es una nueva instancia, una instancia adicional o una tercera instancia, ni tampoco es facultad de este Tribunal el revisar nuevamente todo el proceso, tampoco puede considerarse a este recurso como una etapa en donde se hará un nuevo análisis de los hechos ni una nueva valoración de las pruebas, como es eminente la pretensión del casacionista, pues ha indicado que un solo testigo presencial ha declarado dentro de todo el proceso y con aquel único testimonio se ha determinado la responsabilidad de los procesados, que el testigo no es imparcial, puesto que también habría sido agredido, que esa declaración es contradictoria, ya que no se podrá identificar a los agresores pues la policía supuestamente ha determinado que en el Iugar de los hechos es material y físicamente imposible, que una persona pueda identificarlos, que en definitiva el testimonio de José Miguel Calle Lituma es inverosímil, además que el hecho de que se pueda manipular por parte de los sentenciados, piedras de 24 y 70 Iibras con las que se agredió al ahora fallecido, como si se trataran de objetos de manipulación fácil vulneraría la realidad de los hechos; con ello a todas luces se requiere que este Tribunal entre a volver a valorar entre otros, testimonios y pericias policiales, situaciones vedadas en sede de casación penal por mandato legal<sup>14</sup> pues aquellos elementos ya se introdujeron en el juicio oral y fueron sometidos a contradictorio en el momento procesal oportuno<sup>15</sup> y en donde además hubo inmediación entre las partes y el juzgador, y fue este quien les dio a esos elementos la suficiente eficacia y el carácter de demostrativos conforme a la sana crítica. En la sentencia recurrida no se evidencia que haya existido durante la práctica de las diligencias procesales, vulneración al derecho a la defensa de los procesados como así se ha planteado, mas aun, debemos recordar a las partes que sobre los vicios formales respecto a lo actuado en la etapa de instrucción fiscal o sabre la exclusión de pruebas por resultar ilegítimas o inconstitucionales, existe un momento procesal idóneo16, mas en

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Art. 349 del Código de Procedimiento Penal: "El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o par errónea interpretación".

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> VEGA FERNÁNDEZ, Humberto, "El Recurso Extraordinario de Casación Penal" Editorial Leyer, Bogotá, 2002, pg.34.

<sup>14</sup> Inciso segundo del art. 349 del Código de Procedimiento Penal: "No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba"

Art. 83 del Código de Procedimiento Penal.- "La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otra medida que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la pnueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito11

<sup>16</sup> Artículo 226. del Código de Procedimiento Penal, Audiencia preparatoria del juicio y de formulación de dictamen.



sede de casación insistir sobre esos temas, resulta por mas en inoficioso e improcedente. Sobre estas imposibilidades, la doctrina y la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente forma:

El tratadista Dr. Enrique **Palacio** enseña: "la vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde, por to tanto, a la apreciación del tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra" 17. La Corte Constitucional en sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP, de fecha 6 de febrero de 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, que en relación al recurso de casación ha planteado que:

"El caso sub judice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias ... Por to tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales o la procedencia y valoracicón de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en e/ artículo 168 numeral 1 que reza: "Los órganos de la Función Judicial gozaron de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de

acuerdo con la ley" y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 los que se les data de llevar a cabo la sustanciación del juicio... Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual de ser el caso se presente un recurso de casacición, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, mas no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales" (negrillas nos pertenece).

De conformidad con la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, una vez revisado el fallo emitido por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de fecha 27 de junio del 2012, las 08h13, este Tribunal hace el siguiente análisis:

El Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, las 08h00, declaró la culpabilidad de Henry Ricardo Loza Mosquera y Favio Guillermo Valverde Rambay, al considerarlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 7 del Código Penal, imponiéndoles la pena de 16 años de reclusión mayor especial, a Kléver Junior Bravo Ube, se le ha condenado en calidad de cómplice a la pena de 8 años de reclusión mayor especial, sobre este fallo los sentenciados han presentado recurso de apelación, siendo así la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en fallo de fecha 27 de junio de 2012, las 08h13, modifica la sentencia subida en grado, y condena a Henry Ricardo Loza Mosquera y Favio Guillermo Valverde Rambay, como autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, imponiéndoles la pena de 12 años de reclusión y a Kléver Junior Bravo Ube a 6 años de reclusión en calidad de cómplice. Los señores jueces de instancia fundamentan esta modificación con los argumentos determinados en el considerando séptimo de la sentencia en donde enuncian: "empero existe duda razonable en el sentido del Tipo Penal en el que se circunscribirían las acciones típicas y antijurídicas desplegadas por los acusados, a las que se ha hecho referencia en líneas anteriores, duda que se desprende de la versión del único y exclusivo testigo de cargo, quien nada afirma acerca que los infractores



<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Palacio Dr. Enrique, "Los Recursos en el Proceso Penal" Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2001, pg. 82.

<sup>18</sup> Texto Íntegro de la sentencia en http://www.corteconstitucional.gob.ec



hayan actuado sobre seguro, con alevosía, buscando de propósito la noche o el despoblado o cualquier otra circunstancia de las determinadas en el articulo 450 del Código Penal, pues al decir de este mismo testigo el hoy occiso Lorenzo Saraguro Loja "se portó necio y dijo peliemos y él se dirigió a pelear" nótese entonces que la duda razonable que nace en estos juzgadores, tiene su asidero lega, lógico y razón de ser". Cómo vemos nada justifica lo afirmado por los señores jueces provinciales, no explican por qué el hecho de que la víctima haya querido pelear y se haya dirigido a hacerlo, en vista de duda a la conclusión a la que llegó el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, no indican cual es la normativa que sustenta lo dicho y que de "asidero legal" a las inquietud de los juzgadores, menos aun han construido un razonamiento que a la luz de la lógica sea jurídicamente aceptable. Lo que si encontramos es que los señores jueces han dado un valor de prueba plena al testimonio de José Miguel Calle Lituma, lo que es propio de la prueba basada en el sistema de valoración que ha sido desechado por nuestro procedimiento penal desde hace largo rato, cuando el fundamento de cualquiera cambia en el tipo penal que sirvió de condena debió sustentarse en base a un análisis técnico jurídico de la universalidad del recaudo probatorio legalmente introducido en el juicio oral, para que conforme a la lógica, al conocimiento científico y al recto entender humano como elementos de la sana cerftica<sup>19</sup> determinar que la conducta de los procesados se adecúa a tal o cual tipo penal. De los elementos incorporados en la sentencia observamos que el día 6 de noviembre de 2011, luego de que ha sido perseguido desde la salida de un bar ubicado en Bella Rica, se produce la muerte de Lorenzo Hernán Saraguro Loja, debido al ataque de seis personas, entre ellas los ahora procesados quienes mediando empujones, golpes y patadas le han reducido, para luego producirle lesiones en su rostro provocadas por objetos contundentes (piedras de 24 y 76 Iibras de peso) que son las que ocasionan el deceso, acción criminosa ocurrida a las 01h30

aproximadamente, en el botadero de una mina ubicada en el sector de Bella Rica, Cantón Ponce Enríquez, Provincia del Azuay, siendo fácilmente de concluir, en uso de la sana crítiica, que la conducta de los ahora recurrentes se enmarca al tipo penal determinado en el artículo 450 numerales 1, 4, 6 y 7 del Código Penal<sup>20</sup> esto es asesinato, mas no un homicidio simple<sup>21</sup> como erróneamente ha establecido el tribunal de instancia, convirtiéndose en un yerro *in iure* que es indispensable corregir en sede de casación.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTI-CIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, resuelve: 1) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Henry Ricardo Loza Mosquera, Favio Guillermo Valverde Rambay y Kléver Junior Bravo Ube, por falta de fundamentación del mismo, pues no ha demostrado cual es la violación a la ley en que habría incurrido el Tribunal de instancia de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. 2) En virtud de lo dispuesto en la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, ex oficio, se casa la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de fecha 27 de junio del 2012, las 08h13, por cuanto se ha cometido un error in iure al haber mal aplicado el articulo 449 del Código Penal como fundamento de la condena, cuando genuinamente la conducta de los procesados se enmarca en lo determinado en el artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 7 *íbidem*, correspondiéndoles la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial a Henry Ricardo Loza Mosquera y Favio Guillermo Valverde Rambay en calidad de autores, y la pena de ocho años

<sup>19</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 86.- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Art. 450: "Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciseis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: la.- Con alevosía; 4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 5a.- Cuando se ha imposibilitado a la vfctima para defenderse; 7a.- Buscando a propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;"

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Art. 449 íbidem: El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.



de reclusión mayor especial a Kléver Junior Bravo Ube, en calidad de cómplice, empero, respetando el principio de *non reformatio in pejus* <sup>22</sup>, queda en vigencia la pena impuesta por el Tribunal de instancia. Devuélvase el proceso al juzgador de origen para los fines legales pertinentes. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas, Secretaria

Relatora Encargada de Ia Sala con acción de personal No. 2692- DNP- MY de fecha 23 de julio del 2012. **Notifíquese y cúmplase.** 

f.) Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional Ponente; Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional; Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

## XI

# Resolución nro. 943-2014 Juicio nro. 1376-2013

Juicio penal por delito tributario en contra de Carlos Alejandro Dávila Calderón

### SÍNTESIS

El Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas (SRI) presenta denuncia en contra de Carlos Dávila Calderón y Hernán Samaniego Torres, por no depositar los valores de retenciones correspondientes a la declaración realizada el 10 de diciembre del 2010 al 15 de marzo del 2011, que ascienden al valor de US\$ 8.669,00, el cuál no ingresó a las arcas fiscales, y por lo que administrativamente se dictó auto de pago, sin haber presentado excepciones. El ciudadano Carlos Dávila Calderón, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay del 9 de septiembre del 2013, que lo declaró autor responsable del delito de defraudación tributaria, tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, imponiéndole la pena modificada de un año de prisión correccional y US\$10.000,00 por daños y perjuicios. La Corte Nacional de Justicia declara improcedente el recurso de casación interpuesto dado que el auto de pago es un acto administrativo firme.

### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 113-2012

Juez ponente: Dr. Rodrigo Patiño Ledesma

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 3 CON SEDE EN CUENCA. Cuenca, 28 de marzo de 2013. Las 10h30.

**VISTOS:** En cumplimiento de lo mandado por el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, luego de concluida la audiencia pública previamente convocada para esta misma fecha, el

Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3 con sede en Cuenca, entra a deliberar sobre los cargos que se atribuyen al señor Dávila Calderón Carlos Alejandro, de setenta años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, casado, de ocupación ingeniero agrónomo, domiciliado en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, a quien el Fiscal I de la



<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Art. 77 numeral 14 de la Constitución de la República: "Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre".

Art. 328 del Código de Procedimiento Penal:" Limitación. Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente".



Unidad de Delincuencia Organizada Transnacional, Internacional, Delitos contra la Administración Pública y Fe Pública del Azuay acusa de ser autor directo del ilícito cuya conducta se encuentra tipificada en el artículo 344, numeral 13 del Código Tributario. Proceso en el que la Administración Tributaria, representada por el señor economista Carlos Marx Carrasco Vicuña, ha deducido acusación particular designado a la doctora Sandra Catalina Maldonado López, como su procuradora para que intervenga en este juicio. Sobre la acción penal sometida a la Resolución de esta Sala, se establece lo siguiente: PRIMERO: Antecedentes: Conforme se desprende del extracto del acta de audiencia preparatoria de juicio, la señora Juez del Juzgado Primero de Garantías Penales, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del señor Carlos Alejandro Dávila Calderón; por "... el delito de defraudación tributaria tipificado en el numeral 13 del artículo 344 del CT, el mismo que es sancionado en el artículo 345 del mismo cuerpo legal" (fojas 41 y 42). La Sala deja constancia que en el proceso no consta el auto de llamamiento a juicio, que se adecue a los presupuestos del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, ni se ha establecido el grado de participación del procesado como autor, cómplice o encubridor del delito que se acusa, por lo que se ha incumplido el mandato procesal contenido en el numeral 2 de la norma invocada. Igualmente hay omisión en el cumplimiento de lo que se dispone en el inciso final la disposición procesal penal citada, que imperativamente ordena que "El auto de llamamiento a juicio, conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos de prueba serán los únicos enviados al Tribunal de Garantías Penales". Situaciones que no corresponden ser analizadas en esta etapa procesal, pues la Sala considera que la instancia para el efecto ha precluido, dado que la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en auto de fecha 11 de octubre de 2012, ante el recurso de nulidad interpuesto por el acusado del auto de llamamiento a juicio, declaró que "...no existe tal prejudicialidad y falta de competencia judicial ni violación del trámite que incida en decisión de la causa" (fojas 49), el Juez de origen, una vez que recibe el pronunciamiento de la Segunda Sala, dispone que se remita el proceso al Tribunal Distrital de lo Fiscal para que continúe el trámite, conforme se desprende de la providencia que obra a fojas 50. Recibido el pro-

ceso el señor Presidente del Tribunal avoca conocimiento de la causa en providencia del día 31 de octubre del 2012, disponiendo que se ponga en conocimiento de las partes la recepción del proceso, y convoca a audiencia señalando de conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, día y hora que se lleve a cabo la audiencia pública para conocer y resolver la situación jurídica del señor Carlos Alejandro Dávila Calderón. En el día y hora señalados, una vez verificada la presencia del acusado, del Fiscal, de la acusación particular, y de los testigos anunciados por las partes, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, se practicaron los actos procesales solicitados por la Fiscalía, la acusación particular y el imputado, y los que se establecen en las normas de los artículos 286 a 304 del Código Procesal Penal, conforme consta del acta que obra del expediente. Siendo este el estado de la causa, el Tribunal entra a deliberar con vista al proceso y las pruebas practicadas en la audiencia, debe resolver conforme a derecho la situación jurídica del acusado. SEGUNDO: Competencia: El Tribunal Distrital de lo Fiscal con sede en Cuenca, de conformidad con la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial nro. 436 (suplemento) de fecha 28 de abril de 2011, es competente para resolver la presente causa. TERCERO: Teniendo en consideración que el soporte material de un proceso penal tributario, se encuentra en la comprobación conforme a derecho tanto de la existencia de la infracción, como de la conducta adecuadamente típica y antijurídica de las personas que han intervenido en la comisión del ilícito, encuentra que; a) En la audiencia pública, respecto a la existencia de la infracción, tanto el señor Agente Fiscal, como la acusadora particular han señalado que la infracción acusada, corresponde a la tipificada en el numeral 13 del artículo 344 del Código Orgánico Tributario, norma que señala "13. La falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención y percepción, de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma." La Fiscalía del Estado, en la fundamentación de su dictamen acusatorio señala que en este proceso se han cumplido los dos presupuestos básicos del juicio penal, esto es, la comprobación conforme a derecho de la existencia material de la infracción y la adecuación de la conducta del sujeto a la



figura descrita por la ley como delito. Para el efecto señala que la contribuyente. SOLRODAES CÍA. LTDA., domiciliado en esta ciudad de Cuenca, calle Benigno Malo s/n y Sangurima, tiene como representante legal al señor Carlos Alejandro Dávila Calderón, y que en tal calidad, es agente de retención de los impuestos a la Renta e IVA, y que las declaraciones sobre las retenciones correspondientes al período diciembre de 2010, las presenta el 15 de marzo de 2011, estableciendo un monto que corresponde a retenciones por la suma de OCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE DÓLARES 40/100 (\$ 8.699,40), valores que señala fueron declarados pero no depositados dentro de los plazos legales que tenía para hacerlo, con lo que se ha configurado el tipo penal, materia de la acusación, añadiendo que la Administración Tributaria, ante la falta de la prestación respecto a los valores declarados por el contribuyente, inició el proceso coactivo, dictando el correspondiente auto de pago, que señala se encuentra firme y ejecutoriado, en razón de no haberse presentado excepciones al procedimiento coactivo. En la etapa de prueba, el Ministerio Fiscal, sustenta tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del Contribuyente, con la documentación, que analizada por el acusado en ejercicio del derecho de contradicción, se agrega al proceso, prueba contenida en los instrumentos siguientes: 1. La impresión de las consultas efectuadas en el sistema de base de datos del Servicio de Rentas Internas de las declaraciones formuladas por el contribuyente de las que se demuestra la fecha su presentación. 2. La copia certificada del auto de pago dictado dentro del procedimiento coactivo. nro. RAU-158-2011, por la Dra. María Fernanda Tenorio, Recaudadora Especial de la Dirección Regional del Servicio de Rentas Internas. 3. Un certificado emitido por la ingeniera Karen Pazmiño, Recaudadora Especial del Servicio de Rentas Internas que acredita que el procedimiento coactivo nro. RAU- 158-2011, "...se encuentra activo, no se ha presentado juicio de excepciones", 4. El certificado emitido por el señor Dr. Marcelo Saavedra B Jefe de Cobranzas del Servicio de Rentas Internas en el que se acredita que el contribuyente "SOLRODAES CÍA. LTDA., procedió a realizar el pago total de sus obligaciones que se encontraban pendientes de pago, mismas que originaron la presente acción coactiva"; y con los testimonios de: a) la doctora

María Fernanda Tenorio Vásquez, quien reconoce que la firma constante en el auto de pago que se le exhibe por parte del señor Fiscal, corresponde a la suya y que tal actuación administrativa la realizó, en su calidad de funcionaria recaudadora del Servicio de Rentas Internas, por las obligaciones que encontrándose pendientes de pago, se describen en el indicado auto, que con ese documento se procedió de manera legal a notificar. En el domicilio que el contribuyente tenía registrado en su RUC, explicando. Carlos Alejandro Dávila Calderón fue notificado con el auto de pago, y que "...hasta el 15 de septiembre que estuve en la Administración Tributaria, no se había efectuado el pago de las obligaciones ni tampoco se había presentado excepciones yo revisé y suscribí el auto de pago"; sobre el procedimiento del para emitir (sic) un auto de pago, señala que "Cuando existen obligaciones que están pendientes de pago y el contribuyente no ha efectuado dicho pago dentro del término, se da inicio al proceso de cobranza, que da inicio con el auto de pago, como es el presente caso por tres títulos de crédito, que se emitió a la compañía SOLRODAES Cía. Ltda. y se emitieron medidas cautelares en contra del representante legal, al día en sus obligaciones, no estaba con su estado tributario actualizado" b) de Karen Elizabeth Bermeo Castillo, quien a mas de reconocer el certificado por ella emitido, asegura respondiendo a la inquietud que le formula el senor Fiscal que extendió "...esa certificación en el sentido de que no se había presentado juicio de excepciones, luego de los veinte días, después de la notificación que tenía para hacerlo, se dio inicio al proceso coactivo porque adeudaba dineros por retenciones y no presentó excepciones"; c) Marcelo Eudoro Saavedra Barros, que señala que es funcionario del Departamento de Cobranzas del Servicio de Rentas Internas, explica ante las preguntas formuladas por la Fiscalía sobre su participación en el procedimiento coactivo "que avoqué conocimiento como secretario ad-hoc, porque mantenía obligaciones que estaban impagas por lo cual había que seguir el proceso de cobro forzoso, eran tres títulos de crédito por el mes de diciembre de 2010, en el Servicio de Rentas Internas, se procede de la siguiente manera, cuando se inician varios procesos coactivos, se informa a las instituciones financieras un oficio único con todas las medidas cautelares dispuestas dentro de todos los procesos coactivos por ello no reposa aquí el oficio que se envió a la institución





financiera, pero debe existir un anexo; el señor Fiscal le exhibe un documento a fin de que reconozca su firma, responde indicando que si es su firma la constante en el documento, además emití una certificación en el sentido de que la Compañía SOLRODAES, tenía obligaciones pendientes de pago, por lo cual se dio inicio al presente juicio coactivo número RAU-158-2011 y con fecha 17 de noviembre del 2011, se procedió al archivo del mismo; pregunta: a los cuantos meses se procedió al pago, responde a los tres meses después de que se dio inicio al proceso coactivo y de que se embargó los dineros de las cuentas del contribuyente". d) Hernán Eugenio Samaniego Torres, que relaciona los hechos en función de las labores de Contador del Contribuyente SOLRO-DAES CÍA. LTDA., mismas que las ha cumplido por el tiempo de cinco a seis años, añade que desde su oficina de consultoría elaboraba y presentaba las declaraciones del contribuyente vía internet, y que los retrasos en la declaración se producían por "la no entrega oportuna de la documentación" por parte del Contribuyente, reconoce expresamente que él realizaba el pago de las obligaciones tributarias, en los casos en los que el señor Dávila le entrega los valores correspondientes, y que las declaraciones que corresponden a diciembre de 2010, las presentó en marzo de 2011, sin que haya procedido al pago de los valores declarados, porque el señor Carlos Dávila, no le entregó el dinero. Preguntado si se comunicó con el señor Dávila, para informarle sobre la existencia de la obligación pendiente señala que si le ha informado. La Acusadora particular, ha reproducido como suya la prueba tanto documental como testimonial presentada por el señor Fiscal, y solicitó que, previas las formalidades de ley, se agregue al proceso la providencia en la que, por solicitud del contribuyente, SOLRODAES CÍA. LTDA. se dispone el "embargo de diez mil noventa y seis 71/100 dólares... de la cuenta nro. XXXX del Banco Bolivariano en virtud de la solicitud que formulara el representante legal de la Empresa". El acusado reproduce cinco documentos que contienen certificados de honorabilidad y buena conducta, certificados de antecedentes penales emitidos por los jueces de Garantías Penales del Azuay y Cañar, un certificado médico en el que se acredita que el ahora acusado sufre de diabetes melitus e hipertensión arterial. Se recibió el testimonio del imputado, quien solicitó expresamente hacerlo bajo juramento, y en su declaración

explica que no conoció la obligación pudiente porque quien realizó la declaración fue su contador ingeniero Hernán Samaniego Torres, que no ha recibido información sobre el proceso coactivo incoado en su contra; ante la pregunta de Fiscalía, señala que los pagos de los tributos los realizaba siempre su contador, y que como tiene su actividad económica en el cantón La Troncal, cada tiempo que venía a la ciudad de Cuenca llamaba al ingeniero Samaniego y a su requerimiento le entrega un cheque para que cumpla con las obligaciones tributarias. Que por su condición de agricultor, no conoce de las normas tributarias, y siempre confió en su contador. Que no conoció de la existencia del auto de pago porque no fue notificado y que se enteró de la coactiva, porque en el Banco Bolivariano le indicaron que su cuenta estaba intervenida por el Servicio de Rentas Internas. Que, apenas conoció del hecho compareció ante el funcionario del Servicio de Rentas y solicitó que se cubra la obligación con los valores retenidos y que en la misma Institución firmó un oficio autorizando al Banco para que se pague lo adeudado. CUARTO: Concluida la práctica de las pruebas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal se cumplió la etapa del debate, en la que Fiscalía con sustento en las pruebas instrumentales y testimoniales, sostienen que "...se ha justificado que el señor Dávila realizó la retención de valores, pero nunca se entregó a la administración tributaria, por ello se emitió el auto de pago, con fecha 8 de julio, se han presentado las razones de citación con dicho auto, en el domicilio del contribuyente; el señor Dávila ha dicho que nunca fue notificado, pero admitió que si había recibido varias notificaciones, como papeles, arrugados que las personas que viven allí, le habían dicho que son del SRI; el señor Dávila no ha presentado juicio de excepciones o cancelado los valores y se ha certificado que el señor Dávila ha pagado sus obligaciones, después de 11 meses de haber retenido los valores; los testigos María Fernanda Vásquez, indica que ella emitió el auto de pago en virtud de que el contribuyente, no había cancelado sus obligaciones al SRI, en igual sentido declaran los testigos Karen Bermeo Pazmiño y Marcelo Saavedra Barros, es de resaltar lo que indica el testigo Hernán Samaniego, quien llevaba la contabilidad de la empresa SOLRODAES, que el generó esas obligaciones de la retención en la fuente y del impuesto al valor agregado, en el ejercicio



económico de diciembre del 2010, que el si se comunicaba con el señor Dávila que el permanecía en La Troncal, pero que conocía plenamente y que le había dicho por varias veces que tenía que cancelar, pero el no lo hizo y que desconoce las razones. Por lo expuesto considero que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, quien era agente de retención y agente de percepción, pero la declaración fue tardía a los dos o tres meses y tampoco se pagó dentro del plazo que tenía para hacerlo, por lo cual, su conducta se encuadra en lo previsto en el artículo 344, numeral 13 del Código Tributario, esto es el delito de defraudación, por lo expuesto acuso a Carlos Alejandro Dávila Calderón, de ser autor del delito tipificado en el artículo 344, numeral 13 del Código Tributario, pidiendo que se tome en cuenta el hecho de que el acusado ha demostrado tener atenuantes a su favor". La Acusadora particular adhiriéndose al planteamiento del señor Fiscal señala que, la conducta típica establecida en la Ley se ha cumplido, pues el señor Dávila Calderón en su calidad de responsable de la obligación no realizó el pago dentro de los 10 días posteriores al plazo señalado en la norma para que los agentes de retención paguen a la Administración los valores que en esa condición hayan percibido, que los recursos son del Estado y el acusado los ha mantenido en su poder de manera indebida. Que desde el ámbito material, el procedimiento coactivo es un acto firme, puesto que una vez notificado legalmente con el auto de pago no se han deducido excepciones, constituye un acto firme y por lo tanto configura el presupuesto del artículo 345 del Código Tributario, que exige para la iniciación de la acción penal, en los casos de defraudación tributaria, la existencia de un acto firme, que el auto de pago es firme conforme señala el artículo 83 del Código Tributario, así, se ha acreditado con la certificación reproducida y con los testimonios rendidos, en los que los testigos coinciden que luego de la notificación con el auto de pago no se ha presentado la acción de excepciones dentro de los 20 días posteriores a la notificación. Que con la prueba presentada se ha justificado tanto el hecho material de la infracción como la conducta típica e imputable del acusado, acusa al señor Carlos Dávila ser autor material de la infracción contenida en artículo numeral 344, numeral 13, sancionado con reclusión menor ordinaria de 3 a años, solicitando que se dicte sentencia

condenatoria imponiéndole el máximo de la pena. El señor doctor Juan Manuel Cordero en defensa del acusado señala, que: "...No se ha probado de donde nace esta obligación, que la declaración hecha por el propio contribuyente no es prueba, por lo cual esta declaración debe ser excluida, porque así lo contempla la Constitución y la doctrina, pues nadie podrá ser forzado a declarar contra sí mismo, por asuntos que le puede ocasionar su responsabilidad penal, ...es por ello que si no hay esta declaración, de que elemento objetivo hablamos, no hay facturas o recibos con los cuales se demuestra la existencia de los 8.600 dólares, se ha dicho que se ha justificado el elemento subjetivo del tipo, es decir el designio de causar el hecho delictivo y debe haber actuado de manera deliberada, pero no hay prueba que diga que actuó de esa manera y que se establezca que su conducta es dolosa, me pregunto dónde esta el dolo o como se lo probó, se pretende que se le aplique el máximo de la pena a una persona que no tiene conocimientos o idea del manejo tributario es una persona ignorante en la materia; en cuanto a la notificación, la doctora Tenorio indicó que los testigos se utilizan cuando el contribuyente se niega a recibir la notificación, mi defendido vive en esa dirección pero en el tercer piso, por lo tanto esa notificación no fue dejada en la puerta de su domicilio sino quien sabe en que puerta; en el auto de pago no se incluyó un requisito básico y es indicarle la presunción del cometimiento de una defraudación tributaria que es un elemento de prejudicialidad; si el designio de mi defendido hubiera sido quedarse con el dinero, entonces para que realizar la declaración, mejor ya no hubiera entrega (sic) la información y se hubiera quedado con el dinero, pero la declaración se realiza de manera tardía pero se realiza, porque el designio del contribuyente siempre fue de pagar, que por una negligencia no se pagó a tiempo es aceptable, pero no fue dolo, porque el no tiene idea del manejo contable, por ello contrató a un profesional para que lo haga; por otro lado el 15 de marzo el delito ya estaba cometido, por lo cual se intenta procesar a alguien por un delito que ya estaba cometido por lo cual el proceso es nulo, por lo tanto no existe prueba alguna de la existencia de los dos pilares fundamentales pues no se ha probado la materialidad de la infracción y no se ha probado que el señor de manera dolosa haya retenido el dinero por lo tanto pido que se dicte el sobreseimiento definitivo de





mi defendido". QUINTO: Culminada la etapa del debate, y luego de haber pronunciado la decisión en la que se declara la inocencia del acusado, la Sala para cumplir con el mandato del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece las siguientes consideraciones: **5.1.** La comprobación de la materialidad de la infracción penal propende que el hecho acusado se adecue a la descripción legal que tipifica el delito. Al respecto sobre la materialidad de la infracción, esta ha sido sustentada, tanto por el señor Fiscal, como por la acusación particular, en la existencia del auto de pago, del que se sostiene es un acto firme y se encuentra ejecutoriado, pues no se han presentado excepciones, tal como consta en la certificación emitida por el funcionario recaudador, hecho que igualmente ha sido confirmado unitariamente con los testimonios de María Fernanda Tenorio, Karem Bermeo y Marcelo Saavedra, todos funcionarios, del Servicio de Rentas Internas y que laboraban a la fecha en el área de recaudación tributaria. La Sala encuentra que en la argumentación formulada respecto a la condición del auto de pago, se sustenta en un error conceptual sobre la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo jurídico, y de su providencia de inicio denominado auto de pago, se sustenta en un error conceptual sobre la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo jurídico, y de su providencia de inicio denominado auto de pago, calificándolo a esta última como acto firme y en base de esa cualificación, señalan que constituye el instrumento idóneo sobre el cual se establece la existencia de la infracción. Error que para aclararlo amerita el siguiente examen: 5.1.1. La norma del artículo 345 del Código Tributario, de manera clara, señala que la acción penal tributaria se ha de sustentar "...en actos firmes o resoluciones ejecutoriadas". Esto es, que el antecedente a través del cual se hace procedente la configuración del ilícito tipificado en la norma del artículo 344 como defraudación tributaria y su posterior prosecución en el proceso penal, ha de demostrarse con la existencia de un acto administrativo firme o resolución administrativa ejecutoriada y que además que en ese acto, se establezca la presunción de la (sic) de una defraudación tributaria. 5.1.2. No es desconocido que el ejercicio de la jurisdicción coactiva es una potestad concedida en la Ley a la Administración Tributaria en función del principio de auto tutela del Estado, que consiste en la facultad de hacer efectiva las obligaciones

adeudadas, por ello es que, la coactiva tiene características propias y se trata de un verdadero procedimiento administrativo encaminado a obtener el pago de las prestaciones adeudadas o incumplidas por los contribuyentes, que se inicia con el auto de pago. Sin que las características y finalidad de ese proceso se modifiquen por el hecho del origen de la obligación que persiga, es mas, la propia norma establece que la naturaleza o condición de la obligación que se pretende recaudar vía coactiva, no puede ser discutida ni analizada en la instancia recaudatoria. Sobre ello, se debe advertir, que el inicio del procedimiento coactivo, se fundamenta en la existencia de vínculos preexistentes entre la administración y los contribuyentes, provenientes ellos si, de actos firmes o ejecutoriados que contengan una obligación clara, expresa y exigible, cuyo cumplimiento se exige de forma compulsiva. De manera que ni el procedimiento coactivo, ni el auto de pago, son actos administrativos autónomos que pueden convertirse en firmes, por la circunstancia normativa del art. 83 del Código Tributario, como se ha alegado en este proceso, pues el hecho de la deducción de excepciones no afecta al auto de pago en si mismo, sino que, de acuerdo a la legislación tributaria tiene el efecto de suspender el procedimiento hasta que el Juez se pronuncie sobre la procedencia o no de las excepciones planteadas y mas aún, para que el efecto de interrupción se produzca "será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas aun en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción" (Disposiciones para el Cobro Eficiente de las Acreencias del Estado, contenidas en la Ley de Fomento Ambiental, publicada en el Registro Oficial Suplemento nro. 583 de 24 de noviembre de 2011. Disposición Cuarta). 5.1.3 De lo expuesto se colige que en estricto sentido jurídico, el auto de pago es una providencia que contiene el orden o mandato para que el deudor o deudores paguen la deuda o dimitan bienes para el embargo, según se desprende del texto del artículo 161 del Código Tributario, es por lo tanto un acto de procedimiento intermedio, regulado en la norma, pero que no tiene la autonomía e independencia del acto administrativo que por si solo genere derecho u obligaciones y ni siquiera es impugnable individualmente, para que se pueda alegar, como se ha hecho en este proceso por parte de la Fiscalía



y la Procuradora del Servicio de Rentas Internas, que ha adquirido la calidad de firme, dado que las excepciones que pueda plantear el contribuyente coactivado, no se dirigen contra en auto de pago, sino en conjunto a la procedencia de la acción coactiva incoada, en consideración que se han producido una o más de las circunstancias establecidas en el artículo 212 del Código Orgánico Tributario. 5.1.4. La segunda circunstancia que establece la norma del artículo 345 del Código Tributario invocado se refiere a la condición respecto a que el acto, a más de su calidad de firme o ejecutoriado, ha de establecer de manera expresa la presunción de la comisión de una defraudación tributaria. De manera que no cabe, imputarse el delito del que se acusa al sindicado, sin que el acto administrativo haya cumplido con esa condición. En el derecho penal sancionador no es jurídicamente procedente por afectar los fundamentos de las garantías constitucionales del derecho a la defensa y el debido proceso, trasladar la presunción que debe ser establecida por la administración a otros ámbitos de la actuación del propio contribuyente, como lo hace el señor Fiscal y la Procuradora de la Administración Tributaria, al sostener que al no haberse propuesto excepciones por parte del contribuyente coactivado, "ni presentado justificativos, respecto al proceso iniciado, ha aceptado tácitamente las obligaciones contenidas en auto de pago", y en esa razón pretenden que esas dos circunstancias configuran la existencia de la infracción tributaria por la que se acusa. 5.1.5. Verificado por la Sala el documento que contiene el auto de pago, que ha sido presentado como prueba de la existencia de la infracción, encuentra que la actuación de la Recaudadora Especial del Servicio de Rentas Internas del Austro, doctora María Fernanda Tenorio, se sustenta en dos tipos de obligaciones, la primera en 3 títulos de crédito, uno que se identifica como multas por faltas reglamentarias, y los dos restantes con la referencia general de multas tributarias, y la segunda, por dos obligaciones referidas a declaraciones por retenciones en la fuente e impuesto al valor agregado. Pero no hay expresa constancia de que de una o más de ellas, proviene de una conducta delictiva que se ha presumido con anterioridad -5-1-6. Si bien es verdad que la norma que tipifica la infracción establece que la falta de entrega total parcial de los agentes de retención percepción de los impuestos retenido o percibidos, después de diez días vencido el plazo

establecido en la norma para hacerlo, para que la conducta del acusado se adecue a ese tipo penal, ha de demostrarse que la falta de entrega ha sido deliberada. En el caso, con la prueba aportada en el proceso, no se ha establecido que el acusado incumplió su obligación de realizar la prestación tributaria que título de retenciones en la fuente había realizado dentro del plazo previsto por la ley. La Fiscalía y la acusación particular encuentran el origen de la conducta punible, en la declaración formulada por el contribuyente en fecha 15 de marzo del 2011, respecto a las retenciones del mes diciembre del año 2010 y en la omisión posterior del pago, tanto que fue necesario el inicio de un procedimiento coactivo por parte de la administración para proceder a su recaudación, sin embargo el análisis no repara el hecho que no fue el Imputado el que presentó su declaración sino el ingeniero Hernán Samaniego Torres, quien reconoce expresamente en su testimonio que es en su calidad de Contador que realizaba vía electrónica todas las declaraciones del contribuyente la sociedad SOLRODAES CÍA. LTDA., cuyo Gerente es el señor Carlos Alejandro Dávila Calderón, aceptado que la declaración que corresponde a retenciones de diciembre del 2010, la presentó tardíamente "porque no me trajeron los papeles" a la pregunta que le formula por la Procuradora de la Autoridad Tributaria señala que con el acusado solo tenía contacto "cuando venía de vez en cuando, porque el pasaba la mayor parte del tiempo en La Troncal, porque allí es su actividad". La declaración del acusado señor Dávila Calderón, que expresamente ha solicitado que se la reciba con juramento, conforme a la norma del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal constituye medio de defensa y de prueba a favor, por lo que debe ser valorada en su conjunto y en armonía con lo declarado por quien tenía el encargo y la responsabilidad de llevar la contabilidad, como contador de la Empresa, lo que permite la valoración lógica, coherente y racional de la verdad de los hechos, pues la responsabilidad de quien como Profesional contable asume con la Empresa, implica el cumplimiento oportuno de las obligaciones encomendadas, haciendo efectiva su gestión, pues de ella depende una serie de situaciones que pueden afectar o no, los intereses de terceros y producir situaciones jurídicas que inciden en la esfera personal de sus administradores. Por ello es que la norma del artículo 321, establece que la responsabilidad penal es personal





de quienes la cometieron, por lo que no se puede señalar como comprobada conforme a derecho la conducta del señor Alejandro Dávila, ni su intención dolosa de apropiarse de los dineros que retuvo como representante legal de la empresa pues no actuó en la presentación de la declaración, y ha declarado que no tuvo conocimiento de la obligación impaga porque no se le había comunicado oportunamente, ni le había solicitado el contador, como era su actuar ordinario, los recursos para el pago al Servicio de Rentas Internas, así señala, contestando el interrogatorio de la Fiscalía que depositó su confianza "en un contador con experiencia"; y ante la interrogación de "quien pagaba las obligaciones tributarias", responde "yo llegaba a la oficina del contador y me decía tiene que dejarme tanto y yo le dejaba mediante cheque y el realizaba los pagos" lo que confrontado con la declaración del Contador que dice que efectivamente el presentaba las declaraciones y realizaba los pagos de las obligaciones tributarias de la Empresa, aunque aclara que lo hacía, cuando el señor Dávila le entregaba los dineros, y al responder a la pregunta que le formulada por el señor Fiscal (sic), en la que le inquiere sobre si la declaración de los ingresos que retuvo "...en el caso concreto del período diciembre del 2010, que se realizó en marzo del 2011, usted tuvo conocimiento de ello, responde, claro que si, el mismo nos trajo los comprobantes así no le hubiera avisado, el sabía que tenía que pagar, la responsabilidad de contador es de recibir los documentos, procesar y presentar en el sistema de SRI, creo que allí muere toda la responsabilidad del contador, no tengo que andar al pie del contribuyente para que pague", sobre la pregunta que le formula la señorita Procuradora, si "...siempre se mantenía en contacto con el señor Dávila, responde cuando venía de vez en cuando, porque el pasaba la mayor parte del tiempo en La Troncal, porque allí es su actividad "además absolviendo la pregunta que le formula el defensor del acusado "si es verdad que en La Troncal no había comunicación ni celular ni telefonía fija por ello no podía comunicarse con el contribuyente, responde: "... en parte es verdad, pero yo si me he comunicado con el señor Dávila". Lo que genera a su favor la existencia de la duda, sobre su responsabilidad en la omisión imputable de la que se le acusa, duda que se evidencia tanto en la respuesta que da a la inquietud planteada por la acusadora particular en la que afirma que se enteró de la existencia de

la acción coactiva cuando "me inmovilizaron mis cuentas, me enteré cuando fui al Banco... lo primero que hice fue ir al SRI y pedí que me cobren", lo que se acredita con el documento que presenta la Autoridad Tributaria que actúa en este proceso como acusadora, que contiene la petición del ahora acusado Carlos Dávila en la que, en fecha 5 de octubre de 2011, solicita al Director del Servicio de Rentas Internas del Austro que "Disponga el embargo" del valor que se encuentra retenido por "una acción de cobro de la Institución Tributaria en el juicio # 158-2011". Duda que da lugar a la aplicación de las garantías procesales que aseguran la protección del imputado frente a la realidad procesal, pues la condena de una persona acusada de un delito solo debe ser impuesta cuando de las constancias procesales y pruebas presentadas, otorguen al juez la certeza de la culpabilidad del acusado, al tenor de lo que disponen los artículos 4 del Código Penal y el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, esto es la demostración de que el acto que se considera sancionable es conforme a la norma jurídica que tipifica la infracción y que además se han cumplido todos los elementos que lleven a la convicción que se obró deliberadamente; es decir, que su decisión refleja la voluntad de evitar el pago de la obligación y beneficiarse de los recursos que pertenecen al Estado. Por las consideraciones expuestas al no haberse comprobado la existencia material de la infracción, ni la responsabilidad del acusado, la Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3 con sede en Cuenca, actuando como Tribunal de Garantías Penales en materia Tributaria, en razón de la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial nro. 436 (suplemento) de fecha 28 de abril de 2011 "ADMINISTRANDO **JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-**BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", dicta sentencia ABSO-LUTORIA a favor del acusado Carlos Alejandro Dávila Calderón, de sesenta años de edad, profesión ingeniero agrónomo y portador de la cédula de identidad nro. 0100161501. Se ordena el levantamiento de las medidas cautelares dictadas en esta causa. Hágase saber.

f.) Drs. Rodrigo Patiño Ledesma, Presidente. Jorge Espinoza Campoverde, Conjuez del Tribunal. (SIC).



### **APELACIÓN**

Juicio nro.: 73-13

Jueza ponente: Dra. Narcisa Ramos R.

SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 9 de septiembre del 2013; a las 12h00.

VISTOS: Los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3 dictan sentencia absolutoria a favor de Carlos Alejandro Dávila Calderón, dentro del juicio que sustanciado en su contra por suponérsele responsable del delito de defraudación tributaria. Inconforme con esta resolución la Fiscalía y la doctora Sandra Catalina Maldonado López, como Procuradora del Economista Max Carrasco Vicuña, en calidad de Director General del Servicio de Rentas Internas, interponen recurso de la apelación, que es concedido por los Jueces de primer nivel. Llevada a cabo la audiencia púbica oral y contradictoria, emitida la resolución y siendo el momento procesal para formular por escrito se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN COMPETENCIA.** Por haber prevenido en el conocimiento y lo dispuesto en los artículos 178.2 de la Constitución de la República; 151, 159, 163.2 y 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 29.1 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver la apelación de la sentencia. SEGUNDO: Dentro de la tramitación del proceso no se ha violentado derecho fundamental alguno que incluye el derecho a la defensa, por su parte se ha sujetado a los principios de la administración de justicia que establece el artículo 169, 76.7 de la Constitución de la República: de inmediación, concentración, contradicción, celeridad, uniformidad, simplificación y dispositivo, asegurando el derecho al debido proceso, por lo que la Sala declara expresamente su validez. TERCERO: **ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.** Es preciso establecer que: a) La sentencia en referencia es susceptible de apelación de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; b) La apelación es interpuesta dentro de tres días de notificada con la sentencia c) Los impugnantes han fundamentado el recurso conforme lo dispone el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 325 del Cuerpo legal citado, se admite a trámite. CUAR-

TO: ARGUMENTO DE LOS RECURREN-**TES: 4.a)** LA FISCALÍA, describe que el Tribunal en forma oral dicta resolución confirmando la inocencia del procesado, argumentando que "el auto de pago no es el documento idóneo para el inicio de una acción penal, pues contiene mas de una obligación". Y al reducirle a escrito no se refieren a esa argumentación y fundamentan que no cumple con el presupuesto del artículo 345 del Código Tributario. Que con el auto de pago no se justifica la materialidad de la infracción. El auto de pago no fue la única prueba sobre la que actuó y se basó la teoría del caso de la Fiscalía, pues se presentaron declaraciones, RUC, certificaciones y testimonios y el Tribunal no los considera. El Tribunal se extralimita en sus competencias, al haber analizado el requisito de procedibilidad para el inicio de la acción, cuando ese fue considerado, en el recurso de nulidad interpuesto y conocido por la Sala. Que el Tribunal considera un requisito de procedibilidad como prueba de la existencia de la materialidad de la infracción, pues los hechos descritos en el tipo penal fue (sic) cometido con mucha anterioridad a la emisión del auto de pago. La prueba no ha sido valorada en conjunto a fin de establecer si se justificaron los elementos objetivos del tipo, es decir si tenía la calidad de agente de percepción y/o retención y si esos valores fueron entregados al Fisco. El Tribunal en la sentencia sustenta la absolución en que no se ha justificado el dolo, toda vez que no se ha justificado que el procesado haya buscado beneficiarse de los recursos del Estado. La argumentación de trasladar la responsabilidad al contador particular por parte del Tribunal, no se compadece con la realidad de los hechos. Los jueces inaplican las reglas de la sana crítica al valorar la prueba aportada en la audiencia. 4b) La procuradora del economista Carlos Marx Carrasco. En la reinstalación de la audiencia llevada a cabo al emitir oralmente la resolución al confirmar la inocencia del procesado, manifestó que el auto de pago no es el documento idóneo para el inicio de una acción penal, pues contiene más de una obligación. Sin embargo al notificárseles la resolución aquella argumentación no se describe, modificándole en el sentido que no cumple con el presupuesto del artículo 345 del Código Tributario, violentando así el





principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República, así como el Derecho a la Defensa de la Administración Tributaria, contemplado en el numeral 7 del artículo 76 de la Carta Magna. En la sentencia se argumenta que el auto de pago no justifica la materialidad de la infracción y que no se cumple con el presupuesto del artículo 345 del Código Tributario y en base a ello se confirma la inocencia del procesado. Respecto a este presupuesto fundamental precisa que: el auto de pago no fue la única prueba actuada en la audiencia, se aportaron otras pruebas documentales como declaraciones, RUC, certificaciones y varios testimonios que sirvieron de base a justificar el ilícito cometido y no fueron considerados por el Tribunal en la resolución. Que se extralimitan al reconsiderar los requisitos de prejudicialidad y procedibilidad, cuando ya fue resuelto por el Tribunal de alzada. La prueba no ha sido valorada en su conjunto a fin de establecer si se justificaron los elementos objetivos del tipo, valorando la calidad de agente de percepción, y/o retención, si los valores retenidos y percibidos fueron entregados al fisco y la fecha de entrega de esos valores. Que en la sentencia se manifiesta que no se ha justificado el dolo del procesado y no se ha demostrado que este ha buscado beneficiarse de los recursos del Estado. La teoría de la defensa ha sido acogida por el Tribunal, al trasladar la responsabilidad al contador de la empresa. QUINTO: Según se escucha del CD, acompañado al expediente, la audiencia oral pública y contradictoria se desarrolla en base al auto de llamamiento a juicio dictado contra Carlos Dávila Calderón por presumírsele autor del delito de defraudación tributaria tipificada en el numeral 13 del artículo 344 del Código Tributario y sancionado en el artículo 345 ibídem. Los sujetos procesales exponen: 5.1. La Fiscalía: que el señor Carlos Dávila Calderón, con Registro Unico de Contribuyentes nro. XXXX, domiciliado en la calle Benigno Malo s/n y Sangurima de la ciudad de Cuenca, es representante legal de la empresa, SOLRODAES CÍA. LTDA., en tal calidad, es agente de retención y percepción de los impuestos a la renta e IVA. El 15 de marzo del 2011, realiza una declaración de retenciones correspondientes al período fiscal de diciembre de 2010, por el monto de OCHO MIL SEISCIENTOS SE-**NUEVE** SENTA Y DÓLARES 40/100 (\$8.669.40), valores que si bien fueron declarados pero no depositados dentro de los plazos legales que tenía para hacerlo, configurándose el tipo

penal, materia de la acusación. La Administración Tributaria, ante la falta de la prestación respecto a los valores declarados por el contribuyente, dio inicio al proceso coactivo y dicta el correspondiente auto de pago, que se encuentra firme y ejecutoriado, toda vez que no ha presentado excepciones al procedimiento coactivo; 5.2. La acusadora particular que actúa en base a la procuración judicial del doctor Carlos Marx Carrasco, Director del Servicio de Rentas, expone que el señor Carlos Alejandro Dávila representante legal de Solrodaes compañía limitada que tiene una actividad económica la explotación de bosques y cultivo cacao, con domicilio tributario en Benigno Malo y Sangurima de esta ciudad, es responsable por representación conforme el artículo 27 del Código Tributario, y adicionalmente tiene obligaciones según lo que establecen los artículos 123 en adelante de la Ley de Compañías. El representante de la Compañía tiene la calidad de agente de retención y agente de percepción conforme el artículo 29 del Código Tributario y 50 de la Ley de Régimen Tributario Interno y por tanto tiene obligación de declarar y pagar mensualmente los valores que hayan sido consignados en la misma. En calidad de agente de retención y percepción presenta por Internet declaraciones en lo que corresponde a la retención de la fuente de diciembre del 2010 y la declaración de impuesto del valor agregado, el 15 de marzo del 2011. Ya lo hace en forma tardía, según el noveno dígito del Registro Único de Contribuyentes. Al haberse retenido dichos valores del Físico y no haber realizado la declaración y los pagos como era su deber, la Institución Tributaria realizó un proceso coactivo. Inicia el auto de pago el 8 de julio 2011 es decir a los cuatro meses que el contribuyente realizó la declaración de ese valor. El auto de pago fue debidamente notificado en el domicilio tributario registrado en la base de datos. Se esperaron los veinte días para que presente excepciones y en ese término no presentó observaciones y se continuó el proceso coactivo. Dentro del auto de pago entre las medidas cautelares se dictaron la retención de fondos y de créditos y por eso fueron bloqueadas las cuentas del representante legal y la administración tributaria ordenó el embargo de los valores de lo adeudado, el 5 de octubre del 2011, tres meses de haberse emitido el auto de pago y nueve meses después de la declaración; el pago se efectiviza 16 de noviembre del 2011, es decir a los 11 meses que percibió y retuvo. Ese valor agregado no ingresó a las arcas fiscales y para



recaudar dichos valores la Institución tributaria tuvo que realizar los trámites respectivos hasta dictar el correspondiente auto pago. A la fecha de presentación de la denuncia no se había realizado el pago. 5.3. TEORIA DEL CASO DE LA DE-FENSA del procesado: desempeña actividad agrícola, desde el año 2000, es gerente y representante legal de Solrodaes compañía limitada, es un agricultor, en la Troncal produce caña de azúcar, cacao. Si bien el domicilio tributario es Cuenca, por desconocer el trámite administrativo financiero, y tributario nombró al señor Hernán Samaniego para que lo represente como Contador de la Compañía. Por la distancia donde reside impedía mantener buena comunicación con el contador. La Fiscalía y la Acusadora Particular, nada plantean sobre el segundo elemento, el subjetivo. Para que se configure el delito debe existir dolo. Manifiesta que las dos declaraciones tributarias, debió hacerlo el Contador en el tiempo que correspondía, diez días, porque es el deber de el. Una por retención al impuesto a la renta y otra el impuesto al valor agregado. Insiste en la falta de comunicación. El padecer de la enfermedad diabetes: pérdida momentánea de memoria, encargó a un profesional, para que cumpla las obligaciones. No puede ser responsable el representante legal. El contador no le ha comunicado del auto de pago. Refiere en veces no haber sido notificado con el auto de pago y en otras que si le han dejado debajo de la puerta en el domicilio de las calles Benigno Malo sin número y Sangurima; que no se ha enterado del procedimiento coactivo; de conocer hubiese presentado juicio de excepciones y no hubiese permitido se desencadene en esta infracción penal. En octubre del 2011 se entera de una obligación pendiente de pago por la orden de embargo en dineros depositados en la cuenta que mantiene en el Banco Bolivariano. Que no ha tenido interés de apoderarse de dichos dineros del Estado. SEXTO: Es preciso analizar las pruebas introducidas y producidas en la audiencia del juicio oral a fin de establecer si se cumplen los presupuestos que establece el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal sobre: la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados. Por principio general la prueba se la acredita y practica durante la etapa del juicio; sin embargo conforme establecen los artículos 232.4 y 286.1 del Código de Procedimiento Penal pueden darse los anticipos jurisdiccionales de prueba o acuerdos probatorios entre los sujetos procesales; que en la especie el Tribunal Distrital

de lo Fiscal nro. 3, no sugiere a los sujetos procesales ni ellos tienen iniciativa para el efecto. Como elementos probatorios los sujetos procesales presentan: 6.1 La Fiscalía y la Acusadora particular presentan pruebas: **6.1.1.a**) Documental: 1. Consulta de Declaraciones: las declaraciones de retención de la fuente de IVA, mes de diciembre 2010 de la base de datos del Servicio de Rentas Internas de las declaraciones formuladas por el contribuyente de la que se demuestra que se realizó por Internet, el 15 de marzo del 2011 del período fiscal 01 de diciembre del 2010 hasta el 31 de diciembre del 2010, el total pagado en dólares: 8.220.08, interés 164.90, multas 455.95 (fojas 123 a 125). 2. Copia certificada del auto de pago dictado, por la doctora María Fernanda Tenorio, Recaudadora Especial de la Dirección Regional de Servicio de Rentas Internas dentro del procedimiento coactivo nro. RAU-158-2011 y boletas de citación al contribuyente Carlos Alejandro Dávila Calderón (fojas 126, 127, 128, 129) 3. Certificado emitido por la ingeniera Karen Pazmiño, recaudadora especial del Servicio de Rentas Internas en que acredita que el procedimiento coactivo. nro. Rau-158-2011, por el que se conoce "...se encuentra activo, no se ha presentado juicio de excepciones", (fojas 131). 4. Certificación del doctor Marcelo Saavedra B. jefe de cobranzas del Servicio de Rentas Internas de la que se conoce que el contribuyente «SOLRODAES CÍA. LTDA. "procedió a realizar el pago total de sus obligaciones que se encontraban pendientes de pago, mismas que originaron la presenta acción coactiva» (fojas 130); 5. El estado de cuenta del representante legal de Solrodaes. 6.2 Respecto de la Responsabilidad del Procesado: La Fiscalía y la acusación particular presentan prueba testimonial de: a) la doctora Sandra Maldonado, procuradora judicial del doctor Carlos Marx Carrasco, director nacional del Servicio de Rentas Internas, declara que la Administración Tributaria al detectar que la compañía Solrodaes cuyo gerente y representante legal es el señor Carlos Dávila Calderón, por ser agente retención y percepción, por la declaración de impuesto al valor agregado por el mismo período fiscal realizado por Internet el 15 de marzo del 2011, en forma tardía, respecto de las retenciones en la fuente del ejercicio fiscal de diciembre del 2010, quedándose con dineros del Fisco, inicia un proceso coactivo, se lo cita con el auto de pago, emitido mediante tres boletas en el lugar señalado por el contribuyente, calle Benigno Malo s/n y Sangurima de esta ciudad





de Cuenca. Al esperar los veinte días que establece la disposición legal a que proponga excepciones y sin esta excepción al proceso coactivo, el 5 de octubre del 2011 el mismo contribuyente solicita el embargo de los valores adeudados, es decir a los nueve meses de haber realizado su declaración. En noviembre se realizó el pago una vez que se realizó un embargo a la cuenta de dicha compañía. Estas dos obligaciones tributarias nacen de la ley están plasmados los valores en las declaraciones presentadas por la Compañía Solrodaes. El hecho generador, actúa como agente de retención en las compras y en agente de percepción en las ventas. La denuncia y acusación particular, se basan en la declaración del contribuyente, la que es definitiva y vinculante para efectos de la Administración Tributaria. Esa declaración lo hace el contribuyente. b) doctora María Fernanda Tenorio Vásquez, al momento de la infracción se desempeñaba como funcionaria de la Administración Tributaria; en el año del 2011 jefe regional del Departamento de Cobranzas y recaudadora especial del Servicio de Rentas Internas. Intervino requiriendo algunas obligaciones de pago. Inició el trámite normal para el pago: era una multa y dos sanciones por dos declaraciones de IVA y retenciones en la fuente superaba los ocho mil dólares y del IVA era ciento veinte dólares. El señor Carlos Alejandro Dávila Calderón, es el representante legal de la compañía Solrodaes, fue citado el auto de pago en el domicilio que se encontraba registrado en la base de datos, por tres boletas. Las que habían sido dejadas debajo de la puerta. Hasta el 15 de septiembre de 2011, no hizo el pago ni había propuesto excepciones. Reconoce como suya la firma constante en el auto de pago que se le exhibe por parte de la Fiscalía. En el Servicio de Rentas Internas trabajó hasta el 15 de septiembre del 2011, por el lapso de 9 años 11 meses. Como recaudadora trabajó alrededor de siete años. Cuando existen obligaciones pendientes de pago, que están firmes o ejecutoriadas y no se ha procedido al pago por el contribuyente dentro del proceso inicial, se procede a realizar el proceso de ejecución coactivo con el auto de pago; se inició por 3 títulos de crédito correspondientes en multas tributarias y dos obligaciones contenidas en comprobantes electrónicos de pago presentados por el impuesto al valor agregado (IVA) y retenciones por el contribuyente. En el auto de pago contra Solrodaes, se establecieron medidas cautelares contra el señor Dávila. Según el estado de cuenta de la compañía Solrodaes, a la

fecha de la emisión de pago tenía obligaciones pendientes, no estaba en lista blanca, condición de no cumplimiento con la administración. No se encontraba con su estado tributario actualizado. El auto de pago se sustenta en tres títulos de crédito, que contiene de índole sancionatoria, multas; y dos obligaciones declaraciones por el contribuyente de Internet determinando los valores tanto de retenciones en la fuente y del impuesto al valor agregado. La declaración es definitiva y vinculante, realizada por el sujeto pasivo; c) Karen Elizabeth Bermeo Castillo, ingeniera comercial, trabaja en el Departamento de Registros Tributarios, presentó una certificación respecto al procedimiento coactivo seguido contra Carlos Alejandro Dávila Calderón quien no había presentado juicio de excepciones. El juicio coactivo se lo había iniciado porque no había pagado unas retenciones. Reconoce como suyo una certificación que se le indica, respecto que "No se planteó juicio de excepciones dentro de los veinte días". Actuó como recaudadora especial dentro del juicio coactivo iniciado contra la compañía Solrodaes; d) Marcelo Eudoro Saavedra Barros, funcionario del Departamento de Cobranzas del Servicio de Rentas Internas, en calidad de secretario ad hoc, avocó conocimiento y debía realizar un proceso de cobro forzoso porque habían obligaciones impagas: tres títulos de crédito, por multa, faltas reglamentarias de octubre del 2009 y una multa tributaria marzo 2010 y multa tributaria de abril del 2010 y dos de determinación del sujeto pasivo: retención en la fuente y de impuesto al valor agregado del mes de diciembre del 2010. En el proceso coactivo en el auto de pago se dictó una medida cautelar, para lo que se ofició a las instituciones financieras. El proceso coactivo RAU-158-2011, inició en julio del 2011 el pago se realizó en noviembre del 2011 y con fecha 17 de noviembre del indicado año se procedió al archivo del mismo. Dentro del proceso coactivo, notificado con el auto de pago, conlleva a comunicarle al contribuyente de que se esta configurando una infracción tributaria. La declaración debió hacerlo en enero del 2011, f) Hernán Eugenio Samaniego Torres, contador público, llevaba la contabilidad de Solrodaes, 5 a 6 años, el ingeniero Santiago Balladares, era el asignado a los asuntos de esa Compañía, pues que mantiene una consultoría contable, existía dice dificultad en la comunicación con el señor Dávila Calderón por cuanto el vivía en el cantón La Troncal y la documentación no era entregada a tiempo para su procesamiento. Cuando



había documentos con las retenciones comunicaba inmediatamente al contribuyente y realizaba las declaraciones, pero no le corresponde insistir al contribuyente que pague. De las retenciones en la fuente, del impuesto al valor agregado de diciembre del 2010, tuvo conocimiento el señor Dávila, porque él le trae los documentos para el procesamiento. Las declaraciones fueron presentadas por Internet, el 15 de marzo del 2011. 6.3) PRUEBA DEL PROCESADO: DOCUMENTAL: Partidas de nacimiento de sus hijos, certificados de antecedentes penales, certificados de honorabilidad, certificado médico otorgado por el doctor Enrique Torres, que informa que el procesado padece de enfermedad de diabetes, copias certificadas que contienen el auto de pago, la notificación y el procedimiento coactivo iniciado contra el ahora procesado. Testimonial: Milton Marcelo Dávila Calderón, sobre buena conducta. Testimonio del procesado, dice con juramento. Que si y no recibió documentos del SRI que en ocasiones dejaban debajo de la puerta, recogía arrugados y eran documentos para que vaya a pagar. Las retenciones y declaraciones lo hacía el contador, ingeniero Hernán Samaniego Torres a quien le dejaba el dinero para las cancelaciones. Como vive en La Troncal, los documentos que recogía entregaba al Contador. Sobre los valores retenidos en diciembre del 2010 y la declaración realizada en marzo del 2011, conoció porque le informó el contador a vuelo de pájaro. La inscripción en el SRI lo hizo un contador. Le llamaron del Banco Bolivariano indicándole que su cuenta estuvo inmovilizada. Las obligaciones que debía pagar no lo hizo, ya que mantiene el negocio de la caña y no le pagan oportunamente. Apenas tuvo dinero canceló al SRI. Se enteró de la obligación cuando estaba inmovilizada la cuenta del Banco Bolivariano, por el Servicio de Rentas Internas. Al conocer de ese particular acudió ante el funcionario del Servicio de Rentas a solicitar se cubra la obligación con los valores retenidos y en esa Institución firmó un documento para autorizar al Banco para que se cancele lo adeudado. Por cuanto padece de una enfermedad de diabetes pierde la memoria momentáneamente por lo que tuvo que contratar los servicios de un contador. SÉPTIMO. ANÁLISIS DE LA SALA. Para dictar una sentencia condenatoria se requiere de una actividad probatoria de cargo, producida con las garantías constitucionales y procesales, que exista certeza del cometimiento del ilícito y la culpabilidad del procesado. La Constitución de la

República en los artículos 300 sobre el Régimen Tributario establece que se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos". Políticas que se adecuarán a fin de garantizar la realización del buen vivir y para la consecución de este fin al Estado le corresponde impulsar el desarrollo de actividades económicas. En el artículo 83 se establece como deberes y responsabilidades de las y los ecuatorianos sin perjuicio de otros previstos en esta normativa y la ley: "1. Actuar y cumplir la Constitución, la Ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 15 Cooperar con el estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley". En la especie la conducta reflejada en el proceso por parte del sentenciado, trasluce una infracción de defraudación tributaria, según lo define el artículo 344 del Código Tributario "todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria" y el artículo 344 ibídem establece entre otros los casos de defraudación, que en la especie se subsume el cometido por el procesado..."Artículo 344 Casos de defraudación. A mas de los establecidos en otras leyes tributarias, son casos de defraudación". 13. La falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción, de los impuesto retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo". El procesado es un contribuyente, según la definición que lo hace el artículo 25 del Código Tributario. Con la prueba documental aportada por la Fiscalía y la acusación particular, descrita en el considerando SEXTO, 6.1. y la testimonial (del considerando SEXTO.6.2) rendida por la acusadora particular, funcionarios del Servicio de Rentas Internas, que iniciaron el procedimiento coactivo para el cumplimiento de las obligaciones del contribuyente y del testimonio del contador de la Compañía Solrodaes, evidentemente se justifica la existencia de la infracción así como la responsabilidad del proceso, (sic) al ser un contribuyente, haber receptado en diciembre del





2010 un impuesto correspondiente al Estado, no realizar la declaración del mismo en el mes de enero del 2011, como era su deber y depositar el mismo luego del auto de pago debidamente notificado, que, esperó la orden de embargo para cubrir dicho montos del Estado. La Sala analizando la sentencia en relación a los contenidos de la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y la acusación particular establece que 1. El delito por el que se juzga se encuentra con certeza comprobado así como la responsabilidad del procesado, delito de defraudación tributaria, tipificado en el artículo 344 del Código Tributario y sancionado en el numeral 13 del artículo 345 del citado Cuerpo legal: con la pena de "...reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años y multa equivalente al doble de los valores retenidos o percibidos que no hayan sido declarados y/o pagados o los valores que le hayan sido devueltos indebidamente. La vinculación al Contador de la Empresa sobre la responsabilidad que hace la defensa del procesado, tratando de deslindar su responsabilidad, no tiene sustento jurídico ni procesal toda vez que del sistema implementado en el seguimiento de causas, se obtiene que al contador, Hernán Eugenio Samaniego Torres dentro de la instrucción que motiva este enjuiciamiento, en la etapa intermedia, el Juez Primero de Garantías Penales, ha dictado sobreseimiento definitivo en favor del ciudadano Hernán Samaniego Torres (expediente nro. 57-20012, el 6 de noviembre del 2012). En un estado constitucional de derecho y justicia es obligación de los jueces la aplicación de manera directa de la norma constitucional a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos a que todo ciudadano es titular y deben ser garantizados. Normas constitucionales 424, 425, que se encuentran desarrollas (sic) en los artículos 4, 5 y 129. 2.3 del Código Orgánico de la Función Judicial. En el caso de la especie el procesado está identificado como una persona adulta mayor, (artículo 36 de la Constitución) y el artículo 35 de esa normativa jurídica garantiza los derechos de personas y grupos de atención prioritaria. El artículo 76.6 establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluyen entre otras garantías, las que en el presente debe referirse. Sobre la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, la privación de la libertad a una persona adulta mayor en un centro de privación de libertad existentes

en el país sería inhumano imponerle los tres años de reclusión que dice la norma de la materia para lograr una rehabilitación como es el objetivo del enunciado en el artículo 201 de la Constitución. Pues corresponde en el caso, imponerla una pena en conocimiento y en garantía a considerarle una persona mayor adulta y que se le debe una atención prioritaria (pág. 283 y 284 Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho). En base a este ejercicio de ponderación entre estos principios, correspondería imponerle una pena de un año de privación de libertad precautelando el enunciado constitucional del artículo 35. La prueba demostrada en el juicio se lo valora en conforme (sic) al texto del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal a las reglas de la sana crítica que constituye un sistema de apreciación de la prueba distinto al de la íntima convicción, como lo sostiene el autor Dellepiane, "...la prueba tiene por objetivo la verdad", para mas adelante señalar que "(...) toda sentencia, para ser tenida por justa, debe ser la expresión fiel de la verdad; que verdad y justicia se confunden en los fallos" (Antonio Dellepiane, Nueva Teoría de la Prueba, tercera reimpresión de la novena edición, editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 28). De todo lo dicho se infiere que la prueba cumple un papel fundamental dentro del proceso penal, puesto que su finalidad es la de esclarecer los hechos para permitir que quienes juzgan lleguen a tener certeza acerca de la verdad histórica reflejada en el juicio y, de esa manera, dicta la resolución que en derecho corresponda, sea condenatoria o sea absolutoria. OCTAVO. **RESOLUCIÓN.** Por las consideraciones expuestas y siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, en aplicación al artículo 169 de la Carta Magna, tomando en cuenta que existe certeza en la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, en virtud que el Tribunal Juzgador es soberano en la valoración de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y en su apreciación para fundamentar la sentencia que expide "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", al aceptar las impugnaciones interpuestas por Fiscalía y la acusadora particular, revoca la sentencia venida en grado y en su lugar se declara a Carlos Alejandro Dávila Calderón, ingeniero agrónomo, casado, padre de familia de setenta años, autor responsable del delito tipificado en



el artículo 344, numeral 13, y sancionado en el art. 345 del Código Tributario por lo que se le impone la pena de reclusión menor ordinaria de 3 años y multa equivalente al doble de los valores retenidos o percibidos por no haber sido declarados en su oportunidad o devueltos indebidamente. En virtud de las circunstancias atenuantes demostradas en audiencia y en aplicación del principio de proporcionalidad que establecen los artículos 76.6 y 35 de la Constitución de la República, a sabiendas que la pena impuesta al procesado, de 70 años de edad es inhumana, al tener que cumplir en los Centros de Rehabilitación existentes; y, que se trata de una persona de las consideradas de atención prioritaria se modifica la pena privativa de libertad a prisión correccional de un año que lo cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de esta ciudad. Se declara con lugar la acusación particular propuesta por el Servicio de Rentas Internas a través de su Procuradora Judicial. Con costas. Se fijan en diez mil dólares de los Estados Unidos de Norte América por concepto de daños y perjuicios. Por honorarios de la Defensora de la acusación particular se fijan en quinientos dólares. Por lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, quedan suspendidos los derechos de ciudadanía del sentenciado, por un tiempo igual de la condena. Con el ejecutorial devuélvase el proceso al Tribunal de primer nivel. Notifíquese.

f) Dra. Nareisa Ramos R. Jueza Provincial. Dr. Julio Inga Yanza, Juez Provincial. Dra. Katerina Aguirre B., Jueza Provincial.

### CASACIÓN

Resolución nro. 943-2014; Juicio nro. 1376-2012

Juicio penal por delito tributario en contra de Carlos Alejandro Dávila Calderón.

Jueza ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILI-TAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 24 de junio del 2014, las 10h00.

VISTOS: El ciudadano Carlos Dávila Calderón, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, de 9 de septiembre de 2013, a las 12h00, que lo declaró autor responsable del delito de defraudación tributaria, tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, sancionado en el 345 ejusdem, imponiéndole la pena modificada de un año de prisión correccional, y que fijó en USD \$ 10.000,00 los daños y perjuicios.

Por el sorteo realizado, le corresponde conocer del presente recurso a este Tribunal de Casación, de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente; y, los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Vicente Robalino Villafuerte, como Jueces Nacionales, miembros del Tribunal; por lo que, habiéndose agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

#### 1. COMPETENCIA

Este Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7 k) de la Constitución de la República, artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (reformados mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del R. O. nro. 38 de 17 de julio de 2013); artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; y acorde al artículo 5 de la Resolución nro. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio de 2013.

Este recurso de casación, ha sido tramitado conforme las normas de los artículos 349 al 358 del Código de Procedimiento Penal, de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República.

### 2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IM-PUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES

El Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas (SRI), presenta denuncia en contra Carlos Dávila Calderón y Hernán Samaniego Torres, por no depositar los valores de retenciones, correspondientes a la declaración realizada el 10 de diciembre de 2010 al 15 de marzo del 2011, que ascienden al valor de US \$ 8.669,00, el cual no ingresó a las arcas fiscales: y por lo que,





administrativamente, se dictó auto de pago, sin haberse presentado excepciones.

El 5 de enero de 2012, mediante oficio nro. 009-FGE-FPA-FEDOTI-AP-FP1, el Fiscal I de delincuencia organizada, transnacional e internacional, delitos contra la administración pública y fe pública del Azuay, doctor Leonardo Amoroso, oficia al Juez de Garantías Penales del cantón Cuenca, la indagación previa nro. 02-12 aperturada en contra Carlos Dávila Calderón y Hernán Samaniego Torres, por presunto delito de defraudación tributaria y solicita el inicio de la instrucción fiscal.

Evacuada la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen, el fiscal emitió dictamen abstentivo respecto de Hernán Samaniego Torres, y acusatorio en contra de Carlos Dávila Calderón, por el delito de defraudación tributaria (artículos 344.13, 345 y 359 del Código Tributario); dictamen que fuera acogido por el Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca, el 19 de marzo de 2012, a las 10h10, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Carlos Dávila Calderón por el delito indicado.

De este auto, el procesado Carlos Dávila Calderón, alegando prejudicialidad e incompetencia, acorde con el artículo 345 del Código Tributario, y fundamentándose en el artículo 330.1.3 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de nulidad el cual es negado por la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, mediante auto de 11 de octubre de 2012, a las 15h00.

Radicada la competencia, para la etapa de juicio, en el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3 con sede en Cuenca, luego de evacuada la audiencia de juzgamiento (25 de marzo de 2013, mediante sentencia de 28 de marzo de 2013, a las 10H30, dictó sentencia absolutoria a favor de Carlos Dávila Calderón, fundamentándose en lo siguiente: que hubo error conceptual sobre la naturaleza jurídica del procedimiento coactivo y de su providencia de inicio (auto de pago), al haberlo calificado como acto firme y con base a tal calificación constituir el instrumento idóneo sobre el cual se estableció la existencia de la infracción (artículo 345 del Código Tributario); que el procedimiento coactivo, ni el auto de pago son actos administrativos autónomos que pueden convertirse en firmes; que la deducción de excepciones no afecta al auto de pago (artículo 83 del Código Tributario); que el auto de pago es un acto de procedimiento intermedio (artículo 161 del Código Tributario); que a más de la calidad de firme o ejecutoriado se debe establecer de manera expresa la presunción de la comisión de una defraudación fiscal (artículo 345 del Código Tributario); que si bien la norma que tipifica la infracción -artículo 344.13 del Código Tributario-, establece la falta de entrega total o parcial, por parte de los agentes de recepción/retención, de los impuestos después de diez días de vencido el plazo señalado en la norma; y, la Fiscalía debía demostrar que tal falta ha sido deliberada; que con la prueba aportada en el proceso no se ha establecido aquello; que no fue imputado el que presentó la declaración sino su contador; y, que no hay certeza, sino duda.

De esta sentencia, tanto la Fiscalía como el acusador particular, Servicio de Rentas Internas, interponen recursos de apelación; los cuales son resueltos por la Segunda Sala Penal, de la Corte Provincial del Azuay, la que mediante sentencia de 9 septiembre de 2013, a las 12h00, revoca la sentencia subida en grado y en su lugar declara a Carlos Alejandro Dávila Calderón, autor responsable del delito tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, sancionado en el artículo 345 ibídem; le impone la pena de tres años de reclusión menor ordinaria y multa equivalente al duplo de los valores retenidos o percibidos por no haber sido declarados en su oportunidad o devueltos; más en virtud de las circunstancias atenuantes demostradas, y en aplicación al principio de proporcionalidad (artículos 76.6 y 35 de la Constitución de la República) se modifica la pena a un año de prisión correccional; se declara con lugar la acusación particular propuesta por el Servicio de Rentas Internas, y se fija en USD \$ 10.000,00 los daños y perjuicios por la infracción.

De esta sentencia, el procesado Carlos Alejandro Dávila Calderón, ha interpuesto recurso de casación, que es el que ahora nos ocupa.

# 3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

# 3.1. Del recurrente, Carlos Alejandro Dávila Calderón.

Por intermedio de su abogado patrocinador, doctor Juan Manuel Cordero, señaló que se ha interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de 9 de septiembre de 2013, para lo cual expuso los siguientes cargos:

 El fallo objeto de este recurso viola la ley, contraviene expresamente lo establecido en el artículo 344.13 del Código Tributario, norma con



- la cual se sancionó y en la que se tipifica el delito porque se persiguió a Carlos Dávila Calderón.
- Interpreta de manera errónea el artículo 345 del Código Tributario, porque se ha dado una interpretación extensiva a dichas normas, lo cual está prohibido por el artículo 4 del Código Penal; así como también, riñe con lo establecido en los artículos 2 y 4 del Código de Procedimiento Penal y con el artículo 2 del Código Penal.
- La sentencia recurrida viola el contenido de la ley, respecto a las garantías reconocidas por la Constitución, al existir una disputa entre la sentencia y la ley.
- Los jueces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, motivan su sentencia, únicamente, en el considerando séptimo, en el cual se limitan a indicar que se habría probado los dos elementos de tipo, el elemento objetivo y el subjetivo, que existe prueba, para lo cual señala los testimonios de los personeros del Servicio de Rentas Internas y del ex contador de la empresa, con los cuales se dice que se ha probado tales elementos.
- La sentencia valora ciertas pruebas y que estas dos formas de proceder en la sentencia, la una la falta de motivación y la otra, valorar ciertas pruebas, riñen con las normas constitucionales del artículo 76.7, l); y del artículo 77.7, c); precisó que la Sala lo que hace es justificar, con la sana crítica, el porqué de su sentencia y el porqué procedió a reformar la subida en grado; que la sana crítica les dio la facultad, sin ningún tipo de análisis, para indicar que el procesado fue culpable con dolo, es decir, que habría tenido la facultad de causar un daño al Fisco; lo cual indicó, no existe dentro del proceso.
- Con relación al primer elemento de tipo objetivo, hay normas que fueron erróneamente interpretadas, el artículo 345 del Código Tributario, el cual sanciona el delito tipificado en el artículo 344.13; pues en este artículo, se establecen los requisitos necesarios para que se pueda iniciar las investigaciones, la indagación previa, posteriormente la instrucción fiscal y después iniciar un juicio en contra del contribuyente; que estos requisitos son cuando en actos firmes o resoluciones ejecutoriadas de la administración tributaria se establezca la presunción de la comisión de una defraudación tributaria; que sin estos requisitos ni siquiera se podía haber dado inicio.

- No existe un acto firme o una resolución ejecutoriada, pese a que se ha intentado darle al auto de pago el matiz de acto firme; que la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Fiscal que fue apelada por el Servicio de Rentas Internas, como acusador particular, y por Fiscalía, hizo un análisis de lo que es el auto de pago y señaló que constituye un acto administrativo autónomo que pueda convertirse en firme si forma parte de un procedimiento coactivo al cual inicia con el auto de pago, constituyendo únicamente una providencia que contiene la orden o mandato para que el deudor pague o dimita bienes para el embargo, según se desprende la norma contenida en el artículo 161 del Código Tributario, norma que ha sido erróneamente interpretada.
- Según el artículo 212 del Código Tributario, el procedimiento intermedio llamado auto de pago no genera derechos y obligaciones, ni siquiera era impugnable individualmente por el contribuyente; que no podía ser impugnado ya que es una providencia de trámite y no se trataba de un acto firme, no es una resolución ejecutoriada, que de alguna forma pueda constituir aquello que exige el artículo 345 del Código Tributario.

Se debía cumplir con la segunda condición respecto a que en el acto firme o ejecutoriado, manifieste de manera expresa, la presunción de la comisión de una defraudación tributaria; por lo que no cabe el delito imputable del que se acusa al procesado sin que este acto administrativo haya cumplido con esa condición; por lo tanto, indicó, que se ha interpretado o se ha aplicado erróneamente la norma del artículo 345 del Código Tributario.

En el segundo elemento subjetivo del tipo, esto es, el ánimo de causar daño, el dolo afirmó que los delitos en el ámbito tributario tienen que ser netamente dolosos porque si únicamente existe culpa se cae en otra esfera, en la de las contravenciones o en la de las faltas reglamentarias; que en cuanto a este elemento, la sentencia se limita a indicar que hay responsabilidad del procesado pues se dice que si se ha probado a lo largo del proceso, por parte de los acusadores, basándose la responsabilidad en las declaraciones realizadas por el contribuyente así como de los testimonios vertidos por los funcionarios de la autoridad tributaria y el contador de la empresa; y que basan esta existencia de la responsabilidad en la sana crítica.





El valorar las declaraciones realizadas por el contribuyente, es contravenir la norma constitucional del artículo 77.7, c).

Se ha aplicado erróneamente el artículo 316 del Código Tributario ya que si bien es verdad que tal norma indica que en los delitos, los actos u omisiones se presumen conscientes y voluntarias, fue erróneamente aplicado porque faltaba el iuris tantum, en cuanto a que será admisible la prueba en contrario; es decir, que si bien en materia tributaria el delito tiene que ser doloso, esto es, que el acto u omisión que se tenga como partícipe al contribuyente se presume doloso, pero admite prueba en contrario, estos es, si en el proceso existía prueba que de alguna manera demostraba que no se actuó dolosamente, se tenía que aplicar la norma correcta y no como erróneamente se aplicó en este caso; es así que el artículo 345 del Código Tributario señala que, en el caso de personas jurídicas, no únicamente el representante legal es el responsable de las defraudaciones tributarias, ya que la responsabilidad recae en su representante legal, contador, director financiero y demás personas que contengan a su cargo el control de la actividad económica de la empresa.

Concluyó con que existen razones suficientes para casar esta sentencia y reformarla, por lo que solicitó, declarar sin lugar la acusación particular, modificar la sentencia, aceptar el recurso de casación y confirmar el estado de inocencia y libertad del procesado Carlos Dávila Calderón.

### 3.2 Del acusador particular, Servicio de Rentas Internas.

Por quien la doctora Sandra Maldonado López, actuando en calidad de Procuradora Judicial del Economista Max Carrasco Vicuña, Director General del Servicio de Rentas Internas, manifestó:

- La casación es un recurso limitado que permite únicamente el control in iuris, lo cual significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida, y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material conformado.
- En este recurso no se permite valorar prueba, que en la exposición del recurrente se hizo análisis de los elementos objetivos del tipo, lo cual lo refuta, ya que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, habla específicamente de cuáles son las causales para que se pertinente la presentación de un recurso de casación, en materia penal; y es que en la sentencia se haya

- violentado la norma.
- Se ha señalado que la sentencia recurrida no está motivada y que se ha hecho una valoración de prueba auto incriminatoria, lo cual violenta el artículo 77.7 de la Constitución de la República, lo cual no ha sido fundamentado.
- Sobre la motivación, que simplemente basta revisar los considerandos sexto y séptimo para establecer que está debidamente motivada; que en el sexto considerando se hace una enumeración de todas y cada una de las pruebas que fueron actuadas en la etapa pertinente; y en el séptimo, se hace un análisis de las pruebas con las que se justifican los elementos objetivos y subjetivos del tipo, estableciendo las normas que son aplicables al respecto.

La sentencia está motivada conforme lo exige la Constitución, pues se hace el análisis tanto de las normas constitucionales que se aplican al caso concreto, como de las normas específicas, que según el recurrente han sido violentadas, como son los artículos 344.13 y 345 del Código Tributario.

- El tipo penal por el que se acusó a Carlos Alejandro Dávila Calderón es el contenido en el artículo 344.13 que se refiere a la falta de entrega deliberadas total o parcial por parte de los agentes de retención o percepción de los impuestos retenidos o percibidos después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo; es así que el elemento objetivo está enfocado a establecer quién es el sujeto activo del delito, que en este caso, es un sujeto activo calificado, que es un agente de retención o un agente de percepción, calidades que las tiene el acusado y que fueron debidamente justificadas en el proceso y constan de la sentencia recurrida.
- El segundo elemento, en cuanto a que los impuestos retenidos o percibidos existan, también se encuentra debidamente justificado; precisó que no era la instancia para entrar al análisis, y que después de diez días de vencido el plazo en la norma para hacerlo, no se hizo el depósito físico; pues, el agente de retención actúa en calidad de cobrador de impuestos, recibe impuestos de terceras personas y ese dinero debe ingresar al fisco, particular que no sucedió en el caso que nos ocupa, y que es más, la administración tributaria tuvo que ejecutar y poner en marcha la facultad recaudadora, mediante un proceso coactivo, a fin de que los dineros ingresen al fisco y no es que así ingresaron, se



- inmovilizaron las cuentas del acusado y es por eso que se recuperó el dinero que le pertenecía al Estado.
- En la exposición del abogado del recurrente, se ha hecho referencia a un auto de pago y precisó que el mismo constituye el acto firme en el que consta la presunción del ilícito tributario, para que pueda iniciarse un proceso penal; que se trata de un requisito de procedibilidad mas no de un elemento que justifique la prueba material de la existencia de la infracción, conceptos que fueron erróneamente considerados por el Tribunal Distrital de lo Fiscal, al cual hizo mención el casacionista.
- El auto de pago no es un acto administrativo, sino una simple providencia de un proceso coactivo, porque no es susceptible de impugnación; a lo cual afirmó que la doctrina establece cuatro elementos para que un acto se considere acto administrativo: 1) que exista la autoridad administrativa tributaria, lo cual en este caso no cabe duda que la autoridad administrativa tributaria es el Servicio de Rentas Internas (SRI); 2) que dentro de la potestad administrativa pueda emitir un acto; manifestó, que el acto que se dice no es un acto administrativo fue emitido en ejercicio de la facultad recaudadora que está establecida expresamente en el Código Tributario; 3) que el acto emanado sea dirigido a un sujeto pasivo, lo cual en este caso el sujeto pasivo era el señor Carlos Alejandro Dávila Calderón; y, 4) que el acto tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas personales subjetivas; señaló que con el auto de pago se afecta directamente el patrimonio de una persona, es decir, se modifica la esfera del contribuyente, en este caso, por lo que no cabe duda que el auto de pago es un acto administrativo.
- La discusión viene en que si es impugnable o no impugnable tal acto, para que tenga la calidad de firme, y que el mismo Código Tributario en el artículo 161 establece que el auto de pago es sujeto de juicio de excepciones; es decir, que el contribuyente que se crea afectado por un auto de pago porque sea emito por autoridad (incompetente) que sea contraria a la ley, puede presentar un juicio de excepciones, con lo cual no podría ejecutarse ese auto de pago y que por lo tanto, no cabe duda que es un acto administrativo impugnable, por lo que si puede tener la calidad de acto firme como lo establece el artículo 81 del Código Tributario; razón por la cual

- no existe duda que se cumplió con el requisito de procedibilidad y que no existe violación al debido proceso.
- En cuanto al elemento subjetivo que se ha manifestado no ha sido justificado dentro del proceso, indicó que si se halla justificado el dolo y que la sentencia está debidamente motivada conforme lo establece el artículo 76.7. l) de la Constitución de la República.

Concluyó, con que el artículo 83.15 de la Constitución de la República hace mención a los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas e indica que es obligación el cooperar con el Estado y la comunidad, en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos en la ley; norma que también consta citada dentro de la sentencia recurrida; finalmente solicitó que se deseche el recurso planteado.

### 3.3 De la Fiscalía General del Estado

El doctor José García Falconí, como delegado del señor Fiscal General del Estado, señaló: que el Tribunal Fiscal nro. 3 con asiento en la ciudad de Cuenca, en efecto, dictó una sentencia en la que ratificó la inocencia del señor Carlos Alejandro Dávila Calderón, de 70 años de edad; pero de esta sentencia tanto la Fiscalía como el Servicio de Rentas Internas (S. R. I) interpusieron recurso de apelación; y, es así, que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dictó sentencia aceptando tal recurso y señalando de manera motivada que existió con certeza el delito tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, sancionado en el artículo 315 de dicho Código; así como la responsabilidad del hoy recurrente como autor de dicho delito; sancionándolo a tres años y por existir atenuantes, dada la circunstancia de la edad, se rebajó la pena a un año de prisión mas el pago de los daños y perjuicios que se los fijó en la suma de USD \$ 10.000,00; y ahora de esta sentencia se ha interpuesto este recurso de casación.

Precisó, como de costumbre, que el recurso de casación en materia penal es eminentemente técnico y extraordinario; que el legislador ha puesto determinados requisitos especiales para este recurso de casación, el cual se fundamenta en el artículo 349 del Código Procesal Penal que señala, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley; que por lo tanto al ser eminentemente técnico es un enfrentamiento jurídico entre la sentencia y la ley, en este caso la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del





- Azuay y la ley, a fin de analizar si en esta sentencia se violó la ley ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación; que es obligación del casacionista señalar de manera exacta el artículo de la ley que se violó, como se violó la ley; y, como influyó esa violación de la ley en la sentencia.
- Indicó que el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es categórico en señalar que no serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba, ya que el recurso de casación no es recurso de instancia; y así lo han señalado en varias sentencias de la Corte Constitucional en donde consta que los jueces de casación no tienen la capacidad de volver a valorar la prueba, que es una facultad exclusiva de los jueces de primera y segunda instancia; la Corte Constitucional ha señalado que de hacerlo se estaría violentando el principio de independencia judicial, señalado en el artículo 168.9 de la Constitución de la República.
- Manifestó, que a criterio de la Fiscalía General del Estado, la sentencia recurrida, no violenta ley alguna, se encuentra debidamente motivada, que a partir de la Constitución de la República del 2008 tenemos un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se reconocieron derechos y obligaciones; que conforme lo señala la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay, las principales obligaciones que tenemos los ciudadanos son cumplir con la Constitución y las resoluciones de las autoridades competentes; que conforme se ha manifestado, en el artículo 83.15 de la Constitución de la República, se habla de una nueva cultura tributaria, con la responsabilidad de los ecuatorianos de pagar los tributos establecidos en la ley.

- Señaló que la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay se encuentra ajustada a derecho, más aún, de juicio coactivo, que comienza con auto de pago y que acorde al artículo 214 del Código Tributario, se establece la posibilidad de excepcionarse, es decir, de ejercer el derecho a la defensa, para lo cual tenía veinte días; que es por ello que se cumplió con el requisito de procedibilidad.
- Concluyó, con que, a criterio de la Fiscalía General del Estado, a nombre de la sociedad ecuatoriana, no se ha violentado ley alguna en la sentencia recurrida, la misma que se encuentra debidamente motivada, por lo que solicitó se deseche el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Alejandro Dávila Calderón.

# 4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN4.1. Del recurso de casación y sus parámetros

La casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.<sup>1</sup>

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>2</sup>; es por ello, que en efecto, los ciudadanos tiene el derecho de reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta en la realidad cierta situación jurídicamente relevante y que cuenta en dicho período de tiempo con regulación legal. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración relevante

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> RAMÍREZ POVEDA, Samuel en su obra "Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (...) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad [sic]. En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009. En torno a la seguridad jurídica ha señalado "...[que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela..."



al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

Respecto a los parámetros para analizar el recurso de casación, este órgano jurisdiccional ha señalado: La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: a) La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; **b**) La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; y c) Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal ad quem que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio del recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva<sup>3</sup>.

### 4.2. Examen de Casación

El recurso que nos ocupa, planteado por el señor Carlos Dávila Calderón (procesado) en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal, de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual lo declaró autor responsable del delito tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, sancionado

en el 345, *ibídem*, y, que le impuso la pena modificada de un año de prisión correccional; se ha fundamentado en que ha habido errónea e indebida aplicación de dichos artículos.

Ubicado el escenario causal de los argumentos del recurrente, se procederá a realizar el examen de casación; para lo cual se confrontará las causales determinadas en la ley, versus, las argüidas por el casacionista; para ello, cabe partir de reparar en las causales que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; así tenemos que el tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico<sup>4</sup>; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); que es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo<sup>5</sup>

; y iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho), que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma<sup>6</sup>;.

En este marco y dado que lo argüido por el casacionista estriba en la indebida aplicación de los artículos 344.13 y 345 del Código Tributario; este Tribunal considera:

**4.2.1.** Que en el denominado ilícito y/o delito tributario, las infracciones suponen la violación de las disposiciones fiscales, lo cual conlleva un quebrantamiento de un deber social constituido por la obligación de pagar tributos, violación que al igual que en el Derecho Penal común comporta una alteración en el orden jurídico, pues se atenta contra el patrimonio o ingreso del Estado. En este escenario, las infracciones tributarias pertenecen al campo de lo ilícito, al que se aplican sanciones pecuniarias y sanciones penales, las mismas que deben estar previstas de antemano en la ley, de acuerdo a

Este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma, cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que este ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencia jurídicas.



<sup>3</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito, Recurso de casación n.º 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado



los principios generales que configuran lo punitivo. En el Derecho Tributario ecuatoriano, tal delito se lo comprende bajo una sola acepción denominada: "Del Ilícito Tributario", del cual trata el Libro Cuarto, del Código Tributario (CT); y se señala que constituye infracción tributaria, toda acción u omisión que implique violación de normas tributarias sustantivas o adjetivas sancionadas con pena establecida con anterioridad a esa acción u omisión (artículo 314 CT); por su parte, a las infracciones tributarias se las clasifica en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias (artículo 315 CT).

4.2.2. Abstrayéndonos al caso sub iuidice, el delito por el que se ha sentenciado al ahora recurrente, es el de "defraudación"; para abordar tal ilícito, cabe indicar, que constituye defraudación todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero (artículo 342 CT); son casos de defraudación, los señalados en los quince numerales del artículo 344, para el que nos ocupa, es el señalado en el numeral 13, que es la falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción, de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo.

**4.2.3.** Como conducta adecuadamente típica, defraudar es causar perjuicio económico-tributario a través de un acto de engaño, ocultación, simulación o falsedad; vale decir, debe existir la noción de perjuicio económico y, además, la del engaño. Lamarca Pérez, referido por Zabala Egas Jorge, en su obra El Delito de Defraudación Tributaria señala que la defraudación no requiere del engaño o la maquinación mendaz, sino tan solo el conocimiento de la

obligación tributaria acompañada de la conducta omisiva que se convierte en la no percepción de ingresos tributarios por parte del Estado.

**4.2.4.** En lo que respecta al bien jurídico protegido, analizando los distintos delitos tributarios y administrativos que se comprenden en el tipo penal de defraudación tributaria descritos en el artículo 342 del Código Tributario, en el cual se describen dos tipos de conductas a saber: 1) los actos de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induzcan a error en la determinación de la obligación tributaria o por la cual se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos en provecho propio o de un tercero; y 2) las conductas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria, claramente aparece, que se trata de proteger el bien jurídico constituido por el patrimonio fiscal en cuanto a su intangibilidad (los ingresos públicos concretados en tributos o Fisco o Hacienda Pública) y también en cuanto a los medios para su consecución (función o actividad administrativa tributaria)8. Este bien jurídico concretado como Hacienda Pública o Fisco es el que se protege con la norma penal y se lo ampara de cualquier conducta lesiva, ya sea de mero peligro o la que produce un resultado9

El bien jurídico protegido es la riqueza tributaria de la Hacienda Pública, sea nacional o municipal (erario), en forma directa e indirectamente o en forma mediata lo es también la actividad funcional de la administración tributaria, vale decir, la actividad administrativa tributaria de los entes públicos gestores. En nuestra legislación, claramente aparece que se trata de proteger el bien jurídico constituido por el patrimonio fiscal en cuanto a su intangibilidad (los ingresos públicos concretados en tributos o Fisco o Hacienda Pública) y también de

omisión de satisfacerla, lo que se traduce en la no percepción de ingresos por parte del fisco.

Ver ZAVALA EGAS, Jorge "El Delito de Defraudación Tributaria".
Hay que tener claro que la expresión defraudar es normativa y exige una maquinación, un ardid o un engaño; existe, sin embargo una tesis que ha sido aceptada por la jurisprudencia y que consiste en descartar el engaño como elemento de la conducta que perjudica al fisco, pero aceptando que se requiere, además de los elementos materiales u objetivos, el dolo, que consiste en el conocimiento de la obligación fiscal por parte del sujeto pasivo del tributo y la consecuente

Ver ZAVALA EGAS, ob. Cit. El concepto de Fisco o Hacienda Pública que es uno solo tiene dos vertientes: la objetiva que es el patrimonio del Estado (Fisco) y la subjetiva que es ese mismo Estado como titular de la función administrativa tributaria. Ambos elementos son los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de defraudación tributaria.

Se cuestión de observar, por ejemplo, que las conductas que tan solo dificultan las labores de control, determinación y sanción son tipificadas, no se exige resultado alguno, la mera actividad ya es consumación del tipo; es un caso de delito de peligro, en el cual se tipifica la conducta no por ser apta para producir la disminución de la deuda tributaria, sino por su idoneidad para obstaculizar, dificultar o entorpecer la función administrativa tributaria.



tutelar los medios para su consecución (función o actividad administrativa tributaria)<sup>10</sup>.

**4.2.5** La conducta que se adecúe al tipo de defraudación tributaria del artículo 342 del Código Tributario, no tiene asociada ninguna pena como consecuencia, sino en tanto sea una constitutiva de una de las figuras típicas constantes en el artículo 344 *ejustem*, así lo establece el artículo 345; es por ello que las figuras típicas enumeradas en el artículo 344, son enunciaciones casuísticas y formuladas del tipo genérico del delito de defraudación.

**4.2.6.** En cuanto al tipo objetivo, esto es el conjunto de elementos materiales o fácticos que configuran la conducta descrita en la ley penal; tales como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el núcleo o verbo del tipo, el resultado, así como cualquier otro seleccionado por el legislador para la estructuración del delito de defraudación tributaria, hay que señalar que:

El sujeto activo del delito en la acción, se trata de aquél sujeto que debe realizar la conducta típica y de las condiciones que de éste exige el tipo; de no existir ningún requerimiento específico al sujeto activo en cuanto a edad, profesión, parentesco, etc. estamos frente a un delito común, ya que cualquier persona puede llevar a cabo la realización de la conducta típica, el sujeto activo no está caracterizado por cualidad alguna. Ahora bien, en tratándose del delito de defraudación tributaria como delito especial, de suyo va la necesaria caracterización del sujeto activo de la conducta típica con la cualificación de ser el sujeto pasivo de la obligación tributaria principal y/o sujeto pasivo de la actividad de control de la función tributaria, pudiendo ser más de uno<sup>11</sup>.

Por lo tanto, al ser el delito de defraudación tributaria, especial, el sujeto activo del mismo debe ser el sujeto pasivo de la obligación tributaria, que de acuerdo al artículo 24 del Código Tributario es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable. Cuando se trata del caso en que la relación jurídico-tributaria es con una persona jurídica, la imputación penal ha de centrarse en personas naturales, concretamente en su representante legal, contador, director financiero y demás personas que tengan a su cargo el control de la actividad económica de la empresa y la responsabilidad de éstos solo deberá ser declarada si han actuado en forma dolosa (artículo 345).

- En lo que respecta al sujeto pasivo del delito; este es el titular de la Hacienda Pública o Fisco o Erario Nacional, vale decir, el Estado y, también pueden serlo el titular de las haciendas locales (municipios) cuando se trata de los impuestos que constituyen recursos propios y que están previstos en la ley pertinente como impuesto de directa recaudación. Se designa como sujeto activo del tributo que administra el Servicio de Rentas Internas al Estado, que es pues, en definitiva, el titular del bien jurídico protegido (la riqueza tributaria) y, a su vez, es el sujeto pasivo del delito de defraudación tributaria.
- En cuanto al acto típico, hay que señalar que el nombre escogido por el legislador para este delito nos evidencia que lo punible es la conducta de defraudar lo que comprende un resultado que se concreta en un perjuicio económico y en un acta de engaño, pues de darse

Esta cuestión de calificar al delito de defraudación tributaria como especial, dice Pérez Royo, "es de una importancia capital no solo desde el punto de vista teórico, sino también desde el punto de vista práctico. Así, si se acepta la tesis de la defraudación como delito especial, las actuaciones desarrolladas por los representantes tanto legales como voluntarios de los sujetos pasivos determinarán situaciones de impunidad, en cuanto que, en estos casos, el sujeto de la acción no coincide con el sujeto pasivo del tributo", continúa diciendo el autor que en el caso de las personas jurídicas, "si la defraudación es calificada como delito especial, el problema de la autoría debe ser resuelta mediante la invocación del ... «obrar por otro»; en cambio si se acoge la solución contraria de considerar a la defraudación tributaria como un delito no especial,... [se hace] necesario resolver caso por caso el problema de la autoría... "PÉREZ ROYO, Fernando. Los delitos y las infracciones en materia tributaria. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1986, p. 79



Por esa razón nuestro Código Tributario, aprehende en el mismo tipo penal: i) La evasión tributaria (n.os 4, 6, 10) el delito contable (n.os 7,8 y 9), la obtención indebida de subsidios, rebajas exenciones o estímulos fiscales o hacerlas extensivas a terceros (n.os 11 y 14), la elusión tributaria (nro. 12) y la apropiación deliberada de impuestos retenidos (n.º 13), protegiendo el patrimonio económico-tributario del Estado; y ii) Adicionalmente, comprende las conductas referentes a la quiebra del control, determinación y sanción que ejerce la Administración (n.os 1,2,3 y 5), amparando, en estos casos, la función administrativa-tributaria de los entes gestores: Servicio de Rentas Internas, Corporación Aduanera Ecuatoriana, Municipios. Todas estas conductas ha sido objeto de tipificación por decisión de legislador con la finalidad proteger, las primeras, en forma directa la riqueza tributaria del Estado (i) y, en forma mediata, protegiendo la función administrativa-tributaria, los segundos (II).



solo el resultado no hay forma de distinguir la conducta defraudatoria con la de simple deuda tributaria. "No hay en la defraudación tributaria un simple incumplimiento de deberes fiscales, sino una verdadera «mise in scene» tendente a engañar a los correspondientes órganos de la Administración Tributaria»<sup>12</sup>.

**4.2.7.** Por otro lado, ya que el argumento del recurrente gira en lo atinente a los actos firmes o resoluciones ejecutoriadas, como tema de procedibilidad para iniciar acción penal, en los casos de defraudación tributaria, tipificados en los numerales 4 al 14, del artículo 344 del Código Tributario; cabe indicar que el artículo 345, inciso penúltimo, ibídem señala que: "La acción penal en los casos de defraudación tributaria tipificados en los numerales 4 al 14 del artículo anterior [el sub iudice es el numeral 13] iniciará cuando en actos firmes o resoluciones ejecutoriadas de la administración tributaria o en sentencias judiciales ejecutoriadas SE ESTABLEZCA LA PRESUNCIÓN DE LA COMISIÓN DE UNA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA". (énfasis en negrilla, subrayado y mayúsculas fuera del texto).

La norma referida nos habla de temas de "procedibilidad" para el inicio de la acción penal en tratándose del delito de defraudación tributaria; y señala tres aspectos, entiéndase actos jurídicos, los cuales se establezca la presunción de la comisión de tal ilícito; tales actos a saber son 1) actos firmes; 2) resoluciones ejecutoriadas de la administración pública; y/o 3) sentencias judiciales ejecutoriadas.

Ahora bien cabe reiterar que estos actos estriban en temas de procedibilidad, más no de "prejudicialidad" como en un primer momento, lo alegó el procesado vía recurso de nulidad, mismo que fuera rechazado y que ahora en este escenario de casación lo vuelve a argüir.

Para el caso *in comento -sub iudice-* los actos jurídicos que nos corresponde analizar, son los primeros, vale decir aquellos "actos firmes"; respecto de los cuales, para entenderlos de manera adecuada, hay que remitirnos al mismo Código Tributario, al artículo 83 que señala: "son actos administrativos firmes,

aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la ley señala". (énfasis en negrilla fuera del texto).

4.2.8. Por su parte, ya que también el nudo central estriba en que si el auto de pago emitido por el Servicio de Rentas Internas (SRI) es o no un acto firme, hay que remitirse al artículo 149 del Código Tributario que señala: "Los títulos de crédito u órdenes de cobro se emitirán por la autoridad competente de la respectiva administración, cuando la obligación tributaria fuere determinada y líquida, sea a base de catastros, registros o hechos preestablecidos legalmente; sea de acuerdo a declaraciones del deudor tributario o a avisos de funcionarios públicos autorizados por la ley para el efecto; sea en base de actos o resoluciones administrativas firmes..." (énfasis en negrilla y subrayado fuera del texto).

4.2.9. Como quedó indicado, el tema estriba en torno al auto de pago (acto firme o no, y que acorde al arts. 83 y 149 CT, sería uno de aquellos); por ello, para comprender de mejor manera el tema en ciernes, hay que remitirse también al artículo 157 del Código Tributario que señala: "Para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos intereses, multas y otros recargos accesorios, como costas de ejecución, las administraciones tributarias central y seccional, según el artículo 66, gozarán de la acción coactiva, que se fundamentará en título de crédito emitido legalmente, conforme a los artículos 149 y 150..." (énfasis en negrilla fuera del texto). El artículo 941 del Código de Procedimiento Civil

señala: "El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; (énfasis en negrilla fuera del texto)<sup>13</sup>.

**4.2.10.** Queda por tanto despejado, que el auto de pago, es un acto administrativo firme; que este tema es uno de aquellos de procedibilidad, más no de prejudicialidad; que al respecto, inclusive la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, desechó un recurso de nulidad planteado bajo el mismo argumento.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, El nuevo delito fiscal. Madrid. REDF. N.OS 15/16. 1997. págs. 709,710

Dado el tema central indicado, hay que señalar que para el juicio coactivo, del cual trata el Libro II, del Enjuiciamiento Civil; Título II. Sustanciación de los Juicios; Sección 30a.; artículos 941 al 978 del Código de Procedimiento Civil, el requisito previo en el cual se funda es precisamente en la orden de cobro (art. 946 CPC); inicia con el auto de pago y embargo de bienes (art. 951 CPC); de manera expresa, en este tipo de procedimientos, están prohibidos los recursos e incidentes (art. 961 CPC), más aún si se tiene claro que se trata de procesos de ejecución, para suspender la ejecución coactiva; y, lo único que se admite son las "excepciones" (juicio de excepciones arts. 968-978 CPC).



#### 5. RESOLUCIÓN

A la luz de lo que queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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 RE-PÚBLICA", al amparo del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara, por unanimidad, improcedente el recurso de casación interpuesto por Carlos Alejandro Dávila Calderón, en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de Ga-

rantías Penales de la Corte Provincial del Azuay, de 9 de septiembre de 2013, que lo declaró autor responsable del delito de defraudación tributaria, tipificado en el artículo 344.13 del Código Tributario, sancionado en el 345 *ejusdem*, imponiéndole la pena modificada de un año de prisión correccional, y que fijó en US \$ 10.000,00 los daños y perjuicios. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.** 

f) Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente. Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional.

### XII

## Juicio nro. 1530-2013-VR

La Fiscalía contra el ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz por el delito de homicidio.

### SÍNTESIS

En virtud de un parte policial informativo se ha llegado a tener conocimiento que el ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz ha acuchillado al señor Carlos Alberto Davila Bravo. en circunstancias que el ahora occiso intentaba robarle un teléfono celular. Producto de las heridas el agraviado ha fallecido horas más tarde. El QuintoTribunal de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia condenatoria en contra del ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz por el delito de homicidio imponiéndole la pena de 8 años. El acusador particular considera que se trata de un delito de asesinato pues concurren las circunstancias de alevosía, evasión y ocultamiento del arma. En tal virtud apela de la sentencia, a la que se suma la apelación del procesado. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desestima los recursos de apelación interpuestos y confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. El Tribunal de casación de la Corte Nacional de Justicia declara procedente el recurso de casación por existir indebida aplicación del art.449 del Código Penal y considera que el acusado es responsable por el delito de asesinato previsto en el art.450.1 del Código Penal, ya que se actuó con alevosía, lo cual se desprende de las circunstancias del hecho ya que las heridas se hicieron con cuchilla, por la espalda, con la víctima desarmada, es decir existió alevosía. En tal razón modifica la pena y le impone 16 años de reclusión mayor.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 1530-2013

Juez ponente: Dr. Hugo Horacio Aulestia Aulestia

G

**QUINTO TRIBUNAL DE GARANTIAS PE-NALES DE PICHINCHA.** Quito, miércoles 10 de julio del 2013, las 19h09. VISTOS: En audiencia oral y pública, en el proceso penal seguido contra: OSCAR LEONAR-DO VACA ORTIZ, domiciliado en el barrio Ana



María, en las calles César Villacrés y Reinaldo Valdivieso, de 21 años de edad, de estado unión libre, de instrucción secundaria, de ocupación empleado privado, como autor del delito de homicidio simple, en agravio de CARLOS AL-BERTO DAVILA BRAVO; El Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, integrado por los señores jueces, doctores Marcelo Narváez Narváez (Presidente), Edmundo Samaniego Luna y Hugo Aulestia Aulestia (encargado), con la potestad de impartir justicia que les otorga el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador, luego de su deliberación conforme lo previsto en el último inciso del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, dio a conocer su veredicto oralmente los sujetos procesales, por lo que corresponde ahora reducir a escrito lo resuelto, haciéndolo en la siguiente sentencia: ANTECE-**DENTES DEL CASO.** a.- La Fiscalía, a través del Dr. Vicente Reinoso Larrea, con fundamento en el parte policial informativo de aprehensión suscrito por el efectivo policial Jairo Salazar Moya, del que se deriva que el de agosto del 2012, a las 21H50, en la avenida la Prensa y calle Jorge Piedra de esta ciudad de Quito, se realizó la aprehensión del hoy acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ. Además, se indica en el referido documento policial que encontrándose de servicio por el sector de responsabilidad y por disposición de la CEMAC, se trasladaron hasta el lugar anteriormente señalado, donde varias personas tenían en calidad de detenido al hoy acusado OS-CAR LEONARDO VACA ORTIZ, quien minutos antes había agredido con una arma blanca (cuchillo) a otro ciudadano que se encontraba tendido en el piso, a cien metros, ciudadano que por la gravedad de las heridas fue trasladado hasta el Hospital Pablo Arturo Suárez, donde se confirmó su fallecimiento, la víctima presentaba dos heridas corto punzantes, la primera a la altura del parietal derecho con una extensión de quince centímetros, en forma de arco y, la segunda, a la altura de la región suprahiodea (cuello) costado izquierdo de cinco centímetros, comprometiendo órganos vitales. El hoy acusado, afirmó que solo se defendió, que el fallecido pretendió robarle su celular y le siguió hasta la avenida la Prensa y Florida, cerró los ojos sin saber en qué parte le hirió, luego varias personas le persiguieron y le agredieron en el rostro y cuerpo, el detenido tenía su ropa ensangrentada; b.-El Juez Segundo de Garantías Penales de Pichincha (encargado), en

conocimiento de los antecedentes reseñados por la representación fiscal, convoca para el 19 de noviembre del 2012, a fin de que tenga lugar la audiencia preparatoria de juicio y de dictamen fisconcluida la respectiva procedimiento procesal penal, dicta auto de llamamiento a juicio contra OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, como el presunto autor del delito de homicidio, tipificado y sancionado por el art. 449 del Código Penal Material. JURISDIC-CION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los órganos del poder público han de observar la normativa constitucional por sobre el ordenamiento jurídico de tipo legal, no obstante la ley también es aplicable y de estricta observancia, siempre y cuando no menoscabe los derechos y garantías de las personas que ha previsto la Ley Suprema de la República. Uno de esos derechos protegidos por el Estado ha sido consignado en el art. 76 de aquella, al decimos que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegure el debido proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegure el debido proceso que. consiste en la observancia de garantías judiciales como aquella prevista en el ordinal 3 de dicha disposición constitucional que prevé que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; que es lo que en doctrina conocemos como el principio de legalidad procesal, y que es concordante con lo previsto por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que señala que: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...", de lo que fluye claramente que la jurisdicción y la competencia se constituyen en solemnidades sustanciales a ser observadas en un procesamiento penal. En Ecuador, el ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Este principio constitucional se desarrolla a lo largo del ordenamiento jurídico interno a través de diversas leyes. El art. 16 del Estatuto Procesal Penal manda que sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejerzan jurisdicción



en materia penal. El hecho materia del presente enjuiciamiento penal, ocurrió en la jurisdicción de Pichincha, específicamente, en la avenida la Prensa y calle Jorge Piedra de la ciudad de Quito, en consecuencia, el Tribunal es competente para conocer y resolver la situación jurídica del acusado, debiendo destacar que la presente etapa procesal penal se ha sustanciado con observancia de las normas constitucionales y legales del debido proceso, por lo que se declara la validez procesal de todo lo actuado. IMPUTACIÓN DEL RE-PRESENTANTE DE LA FISCALIA COMO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL. El representante de la Fiscalía, Dr. Vicente Reinoso Larrea, en su formulación de acusación oficial contra el acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, le atribuyó el siguiente cargo: El parte policial informativo de aprehensión del teniente Jairo Salazar Moya, dio cuenta que el 10 de agosto del 2012, a las 19H40, en la avenida la Prensa y calle Jorge Piedra de la ciudad de Quito, fue detenido OSCAR VACA ORTIZ, en circunstancias que se encontraban los policías al momento que acudieron, en la avenida Diez de Agosto y Jorge Piedra fue entregado el acusado, las personas que lo detuvieron manifestaron a los miembros policiales que el acusado había agredido al hoy fallecido de apellido Dávila, ocasionándole dos heridas con arma blanca. El galeno Oswaldo Yépez confirmó el fallecimiento. Cuando fue aprehendido el hoy acusado, había manifestado que lo único que hizo es defenderse. Frente a este hecho presuntamente delictuoso, el fiscal, Dr. Javier Bósquez, dio inicio a la fase de instrucción fiscal por el ilícito de homicidio simple; ARGUMENTOS Y PROPO-SICIÓN FÁCTICA JURÍDICA DE LA ACU-SACIÓN PARTICULAR: Por su parte, el acusador particular, a través de su defensor, en su preliminar intervención, como teoría del caso, sostuvo: No se dio la debida atención a la fase de instrucción fiscal, porque en esa fase se determinó que no se trataba de un homicidio simple, ha venido acusando por el delito de asesinato, tipificado en el art. 450, se le agredió, se le persiguió ciento cincuenta metros, que intentó evadir a la justicia, que intentó esconder el arma. Es asesinato porque actuó con alevosía, aumentando el dolor. El 10 de agosto del 2012, el ciudadano NN colombiano, se relaciona con el acusado y manifestándole que es un sicario se ponen a tomar. Se habla de un intento de robo de celular pero no se ha probado. El acusado lleno de ira tomó un

cuchillo de un puesto de comida y no se dio cuenta de lo que hizo. POSICIÓN DEL ACUSADO Y TESIS DE SU DEFENSA TÉCNICA. En el proceso penal, el inculpado es el sujeto procesal que no se puede sustituir, sin él no proceso, pues se requiere que alguien cometa un hecho tipificado como delito para que el órgano requirente -Fiscalía- inicie la persecución penal. Conforme sostiene Víctor Moreno Catena, "El imputado es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia..." (Víctor Moreno Catena. Derecho Procesal Penal, 2da edición, Colex, Madrid, 1997, página 180). En nuestro sistema jurídico, los derechos del encausado se encuentran consagrados en los arts. 76 y 77 de la Ley Suprema de la República. En ella se ha establecido las denominadas garantías penales procesales y de ejecución penal, todas tienen como sustento básico la dignidad del hombre. Sin lugar a dudas, el derecho de defensa en un proceso penal es uno que consideramos de singular importancia, ya que garantiza entre sus diversas manifestaciones, que el acusado sea informado de la acusación que pesa en su contra, que sea oído, que cuente con defensa técnica de su libre elección o de oficio; y que el sujeto pasivo de una acusación debe conocer y contradecir en el juicio no sólo el fundamento fáctico sino también la justificación jurídica de la misma, infringiéndose el citado precepto si la sentencia se pronuncia sobre unas conclusiones jurídicas sobre las que no ha habido oportunidad de defensa, aunque el acusado hubiera conocido todos los extremos de hecho de la acusación (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos de Deweer; Artico; y Campbell y Feel, del veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta, trece de mayo de mil novecientos ochenta y veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, entre otras. Además sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas en los casos Castillo Petruzzi y del Tribunal Constitucional, de fechas treinta de mayo de mil novecientos noventa nueve y treinta y uno de enero del dos mil uno, entre otras. En el caso peruano, la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 010-2002-Al/TC, del tres de enero





decir los cargos formulados por la Fiscalía y acusación particular, el acusad y su defensa técnica en lo que es relevante, han sostenido lo siguiente: El acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, representado por el Dr. Juan Jaramillo Salinas, defensor público, manifestó: Su patrocinado fue citado a las 12H30 por sus amigos al sector de la Florida y encontrándose reunidos y departiendo, son contactados por una persona de acento colombiano que entabla una relación de amistad, esta persona estaba consumiendo sustancias estupefacientes y luego solicitó un teléfono porque, según él, iba a recibir un dinero y engaña a los jóvenes, los jóvenes le creen y en un acto de confianza, su patrocinado entrega su teléfono al colombiano Carlos Dávila Bravo, éste le intimidó a su defendido, le hiere, frente a esta agresión, el acusado ingresó a un local y tomó un cuchillo para que su agresor Carlos Alberto Dávila Bravo se abstenga de agredirlo pero no cesó la agresión y el señor Dávila viene nuevamente y continúa la agresión, los dos son heridos, el señor Dávila le bota el teléfono y su patrocinado recoge y se corre, luego es detenido por el populacho y entregado a la Policía. LA PRUEBA El art. 250 del Código Procesal Penal prevé que en la etapa de juicio se deben practicar los actos procesales necesarios para comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, condenarlo o ratificar su estado de inocencia y, es por ello que la prueba se vuelve de suma importancia para la justificación de esos presupuestos, debiendo por tanto ser obtenida a través de mecanismos o medios lícitos, de lo contrario habrá que aplicarse la disposición del art. 76, ordinal 4 de la Ley Suprema que ha previsto que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tienen validez alguna y carecen de eficacia probatoria. ACTUACIÓN PROBATORIA: Durante el desarrollo del juicio oral, fueron actuados los siguientes medios probatorios: PRUEBA TESTI-MONIAL Y DOCUMENTAL DE LA FISCA-LIA. La representación fiscal, a fin de acreditar su proposición fáctica presentó prueba testimonial, documental y pericial, consistente la primera en las declaraciones de los servidores policiales que practicaron la detención del acusado, las que en síntesis y en lo pertinente señalaron: JAIRO AR-TURO SALAZAR MOYA, quien bajo juramento de ley y examinado por la fiscalía, señaló: Que el 10 de agosto del 2012, se encontraba trabajando

del dos mil tres). En uso de su derecho a contra-

como jefe de la sub zona de la Florida. La Central de Radio dispuso que avance hasta el sector de la Florida y verifique un escándalo y en compañía del conductor concurrieron al lugar donde no encontraron nada y a la altura de los cines gemelos observaron que tenían a un ciudadano golpeándolo y cuando intervinieron, indicaron que el detenido había herido a otro ciudadano y que botó el cuchillo en el techo de la papelería Paco, le dispuso al conductor que verifique y encontró el cuchillo y estaba con grasa. El patrullero de Andalucía le pidió verifique a un ciudadano que estaba tendido en la calle y sangrando, se trasladó con el ciudadano que estaba golpeado para que reciba atención y se encontró con el otro patrullero que estaba con el otro ciudadano en el balde sin signos vitales, el ciudadano golpeado había herido en defensa propia. Al siguiente día se realizó la audiencia de formulación de cargos, que llegó con su conductor, el sargento Sandoval a los Shuaras y Prensa, recolectaron la ropa que estaba ensangrentado del detenido, el cuchillo, el celular color plateado, el ciudadano que fue detenido responde a los nombres y apellidos de OSCAR LEONAR-DO VACA ORTIZ. Respondiendo las preguntas que le formula la defensa de la parte ofendida, manifiesta: Que el levantamiento del cadáver se realizó en el Hospital Pablo Arturo Suárez con personal de criminalística, el fallecido estaba con la ropa sucia y no se le encontró arma alguna, asegura que primeramente ocurrió un escándalo, una riña callejera, en el hospital es la segunda escena, el cuerpo de la víctima estaba en el patrullero en el hospital Palo Arturo Suárez. Al contra examen formulado por la defensa técnica del acusado, asegura que: El tiempo de reacción policial fue de tres minutos desde que les comunicó la Central de Radio, estaban circulando por la Florida y Ancas, varios ciudadanos golpearon al acusado, indicaron que por robarle había agredido a la víctima, en la Policía Judicial se estableció los nombres y apellidos del acusado, quien presentaba golpes en su rostro, recolectaron las prendas de vestir con maculaciones de color rojo, el señor Vaca Ortiz afirmó que el hoy fallecido trató de quitarle el celular y luego lanzó, se pusieron a pelear, que tomó el cuchillo y cerrando los ojos le agredió. El acusado relató que se habían conocido en un billar y que le invitó para trasladarse hasta el aeropuerto a recibir un dinero, señala que el hoy fallecido portaba un cuchillo pero nunca se logró encontrar, el celular sí funcionaba, el fallecido realizó dos



llamadas, el acusado le prestó el celular para que realice una llamada, el declarante realizó las llamadas para tratar de identificar al fallecido; LUIS ALFONSO PINEDA TASIGUANO, quien en orden a establecer la verdad del hecho que es objeto de la presente investigación penal, manifiesta: El 10 de agosto del 2012, se encontraba como agente investigador de la Policía Judicial de Pichincha, fui alertado por la Central, le dispuso que Hospital Pablo Arturo Suárez, llegó y constató que en el balde de una camioneta se encontraba un cuerpo y el miembro de criminalística, Robert Yacelga, tomaba procedimiento, en el acta de levantamiento del cadáver hizo constar como NN, se enteró del nombre por medio del proceso investigativo y del Dr. Carlos Dávila y, se estableció que la víctima se trataba de Carlos Alberto Dávila, el levantamiento se hizo en la parte exterior del hospital, el cadáver estaba tendido de espaldas con algunas vestimentas, presentaba una herida punzo cortante a la altura del cuello y ceja izquierda, la ropa estaba con musculaciones de color rojo, le preguntó al teniente Jairo Salazar, quien le indico que tenía al supuesto responsable que ocasionó la muerte, se entrevistó con el señor Oscar Vaca, quien se encontraba detenido en el patrullero y manifestó que a las 12H00 se encontraba en el sector del aeropuerto esperando a unos amigos, que estaban tomando cerveza y jugando billa. Que en una tienda había fue abordado por un ciudadano y que se habían puesto a jugar billa, que el hoy fallecido pidió un teléfono celular y luego salió del lugar y se dirigió hacia el aeropuerto, el señor Vaca le siguió y le pidió el teléfono, pero se pusieron a discutir, que vio un cuchillo donde venden tripas, se apoderó de ese cuchillo y abalanzó sobre el hoy fallecido, quien lanzó el teléfono al suelo. La fiscalía le delegó agente investigador para la toma de versiones y reconocimiento del lugar de los hechos, no recolectó ninguna evidencia o indicio. Respondiendo las preguntas realizadas la acusación particular, advierte que su trabajo no abarca huellas, realizó el acta y el informativo, luego de tomar procedimiento con el teniente Salazar salió a darse una vuelta por el lugar, no había transeúntes por ser un día feriado, se entrevistó con el Vaca, quien estaba en la camioneta en el área de emergencias del Hospital Pablo Arturo Suárez. Al contra examen de la defensa del acusado, señala: En la entrevista estaba en compañía de Jairo Salazar, no se encontraba el fiscal ni abogado alguno, escuchó que el hecho se suscitó

por el sector de la avenida la Prensa, la finalidad de acudir a ese sector fue con el propósito de recabar algún indicio o información, fue a las 20H30 en adelante, no encontró nada; EDGAR ALBER-TO RAMOS PILCO, quien previo el juramento de ley, indica ser médico legista y en esa calidad realizó la autopsia el 25 de agosto del 2012 a Carlos Dávila, constató que se trataba de un cuerpo de una persona de sexo masculino que presentaba a nivel de la región temporal y occipital una herida de tipo cortante de 12 centímetros, una escoriación pequeña en su quijada, en el cuello y en el hombro izquierdo una herida cortante, observó la presencia de tatuajes. Luego del examen interno, constató una lesión de la región cervical y lesiones de nivel de tráquea y esófago, clasificó como muerte violenta y puede ser un homicidio. Sobre la trayectoria y distancia, señala que el arma ingresó de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante. La lesión de la cabeza de escalpe. La otra de atrás en la espalda y la otra en el cuello que va de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y de arriba hacia abajo. La profundidad fue de 5 a 10 centímetros. A las interrogantes de la acusación particular, dice: Si pueden ser heridas defensivas, a lo que indica que ninguna, porque deberían ser en extremidades superiores. Al contra examen de la defensa del acusado, manifiesta: Si hubiera recibido atención adecuada podría suspender la hemorragia y, por ende, tener un margen de vida. Las lesiones de las características señaladas si pueden comprometer la vida, son lesiones que son de defensa, implican una situación de ubicación del victimario y de la víctima. No se encontró evidencia física que indique un acto defensivo; LEON ISAAC MERCHÁN QUIMIZ, quien bajo juramento advirtió a este Tribunal juzgador, que: realizó evaluación o experticia sicológica en la persona del señor Oscar Leonardo Vaca Ortiz y estableció que se trata de una persona de 21 años de edad, con conciencia y voluntad, buena memoria, orientado en tiempo y espacio, sus relatos coherentes. El examinad, indicó que el 10 de agosto del 2012, el hermano cumplía años y el salió a comprar regalo o pastel y que en el trayecto se encuentra con unos amigos y se pusieron a libar a altura de la Florida y la Prensa, permanecieron hasta las 17h00, al salir, en la exterior de una tienda se encontraron con un ciudadano, conversaron y el hoy fallecido le pidió el teléfono para hacer una llamada y que luego no quiso devolver y ese fue el motivo de la reyerta, señaló que el otro





ciudadano tenía un arma y mientras se caía al piso, tomó un cuchillo, empezó el forcejeo y en una de esas caídas la víctima murió, el examinado procede de un hogar poco estructurado, tiene cuatro hermanos, refirió que tuvo una niñez poco difícil, que tenía una niña, que trabajaba para una compañía y que nunca ha tenido problemas con la justicia. Admitió que estuvo bajo los efectos del alcohol y que en un momento dado se ofuscó y perdió su conciencia y voluntad. De acuerdo al test minesota, estableció que sus indicativos son normales, razón por la cual su informe sale corno una persona normal, por lo tanto, las conclusiones son: El ciudadano Vaca Ortiz, goza de actitud suficiente para entender y tiene suficiente conciencia y voluntad y el relato era creíble. Al contra examen de la defensa del acusado, señala: El test tiene la finalidad de determinar si la persona tiene alguna situación sicopatológica, es para saber sin esta simulando, fingiendo o mintiendo, el relato lo tornó corno cierto. Todo ser humano, ante el peligro tiene la intención no solo de huir sino de defenderse ante una desventaja. La adrenalina es una hormona que al descargarse provoca esta situación, bien de huir o de defenderse. Lo que se llama trastornos lagunares sí se han dado pero no puede afirmar en este caso, que es una locura momentánea, que la mente se obnubila, ofusca y después se encuentran presos y no saben por qué. El examinado aseguró actuó en defensa de su vida; DARLIN YOVANY CAÑAR CHAMBA, titular de la cédula de ciudadanía Nro. XXXX, en relación al hecho que se investiga, afirma que actualmente pertenece a la Unidad de Inspección Ocular Técnica, que realizó el reconocimiento de evidencias, esto es, un teléfono marca Samsung, no tenía batería, el chip era de movistar, advirtió manchas color marrón alado de la placa, este equipo estaba en las bodegas de la Policía Judicial. Contra examinado por la defensa del acusado, señala que no se pudo determinar la propiedad, no se localizó la batería, le entregó el servidor policial Danilo Ortega, en las bodegas; PAULO FREDY ROBAYO LAGUATASIG, quien bajo juramento refiere al Tribunal que labora en el Departamento de Criminalística de Pichincha, en la sección de audio y video. Realizó la experticia de cruce de llamadas en base a los registros que envían las operadoras, fueron cuatro números de teléfonos, entre los números XXXX. Al Oscar Vaca corresponde el número XXXX; asimismo el XXXX corresponde a Cecilia Castro Herrera; el XXXX al

abonado Carolina Dávila Bravo; el XXXX está a nombre de María Alejandra Cevallos. La correspondencia de llamadas es del 08 octubre del 2012, del 10 de agosto del 2012, las zonas son la Reina Victoria, centro de Riobamba, los Arupos; la Carrión, la Cámara de Comercio, la delicia. Desde el número XXXX, existieron dos llamadas entrantes a las 18H00 y 19H00. Del mismo número tres llamadas salientes, e total, cinco llamadas; MA-RÍA PILAR CHIRIBOGA HURTADO, bajo juramento de ley asegura que realizó una valoración sicológica y un test de HPP al señor Oscar Vaca Ortiz, para determinar los rasgos de personalidad. Indica que presenta inestabilidad afectiva, que persona al orden, mucha agresividad verbal y física, que al momento de la evaluación se inhibidas. Muestra un alejamiento de relaciones interpersonales. Muestra una inteligencia normal con una buena capacidad. Rasgos de trastorno compulsivo. Se sugirió realizar un seguimiento sicológico. Examinada por la acusación particular, indica que al presentar una inteligencia normal, significa que es capaz. Al contra examen de la defensa del acusado, manifiesta que en el momento de la evaluación se encontró rasgos de agresivo compulsivo, le gusta mantener las cosas limpias, es una persona que se lava las manos constantemente, que muestra orden y perfección. Su rasgo de personalidad ha controlado el nivel de impulso, no son latentes sino más bien están como represados, presentaba un rasgo compulsivo pero por protección a sí mismo, oculta sus sentimientos. Ilógicamente hablando, una persona puede ser adolescente así tenga cincuenta años. Demuestra rasgos de inmadurez emocional. Se muestra la falta de control en sus impulsos la agresividad verbal y física. La reacción de una persona con estas características puede reaccionar de manera defensiva y salir corriendo, pero puede reaccionar de otra manera, no puede determinar cómo sería la reacción. RO-BERTH EDISON YASELGA AMTAMBA, quien bajo juramento de ley, refiere al Tribunal que realizó el informe de inspección ocular técnica. Acudió por pedido de la Central, a la parte externa del Hospital Pablo Arturo Suárez y realizó la protección, observación y recolección de indicios y luego envió al laboratorio. Acudió al área de emergencias, lugar donde constató la presencia de un individuo que estaba en la unidad de carga de una unidad judicial, de sexo masculino, del grupo mestizo. Tomó contacto con el agente policial, quien manifestó que se le había dado los primeros



auxilios y se le ha trasladado. El cadáver presentaba una herida de escalpe, un orificio en la región lateral del cuello, tenía tatuajes en su hombro y antebrazo derecho. Hizo la fijación de las evidencias y se remitió hasta el centro de acopio. El cadáver se encontraba en posición de cubito dorsal con livideces modificables, es decir, con poco tiempo de muerte. Vestía un sin número de prendas, no se encontró ningún tipo de documento, tampoco había datos en la Policía Nacional y fue identificado como NN. Recibió una arma blanca, cuchillo con adherencias de una sustancia amarillenta pastos y empuñadura plástica, de 20 centímetros de hoja y 15 centímetros de mango. Al contra examen de la defensa de la acusación particular, asegura que realizó el informe pericial, la base de datos del SIPNE tiene solo nombres de personas que han tenido algún tipo de registro, una vez que se le puso en consideración el cadáver, era obligación aislar y empezar el protocolo, esa es la obligación del policía que llega primero al lugar de los hechos, tiene entendido que se habría realizado el hecho en otro lugar pero nunca se le puso en su conocimiento. Por iniciativa personal, acudió hasta el lugar pero no había ningún agente policial, la ciudadanía colaboro con alguna información. Las únicas personas que constató son las que constan en el informe policial. A las preguntas de la defensa del acusado, dice: Su trabajo lo realizó en el área de emergencias de Pablo Arturo Suárez. El arma blanca le fue entregada por el teniente Carlos Salazar, sin embalaje, presentaba residuos de una sustancia amarillenta y marrón y era ilegible la marca del cuchillo. Toda sustancia de color marrón sería susceptible de prueba, era de color marrón y no rojo. ANA JACQUELINE SUÁREZ ALTAMIRANO, quien bajo juramento de ley, expuso que realizó un examen biológico al Sr. Dávila, recibió del señor Báez de la bodega de la Policía Judicial, una funda con muestras, conteniendo una camiseta con manchas rojizas en el cuello, un pantalón jean con maculaciones color rojo en su parte anterior, una chompa jeans de color jean, en la manga derecha se observaron manchas rojizas, un cuchillo con lámina de acero color Plateado y mango de material sintético color blanco y una sustancia color amarillo sobre la lámina del cuchillo. Al examen formulado por la acusación particular, indica: Es una prueba confirmatoria que se trata de una mancha de sangre. A la pregunta de la defensa del acusado, señala que sí se encontraron manchas de sangre, también

se encontró grasa, lo realizó en el laboratorio de Química Forense de Criminalística, no se determinó a quien correspondía, debido a que eso se lo realiza en un laboratorio de ADN. ANDREA CAROLINA DAVILA BRAVO, bajo juramento, expuso: Ser la hermana de Carlos Alberto, que el 10 de agosto fue la última vez que lo vio, al otro día, aproximadamente a las 14H00, recibió una llamada que terminaba con el número nueve, de un joven que quería que le de sus datos porque había hablado con un colombiano, empezaron a buscarle, jamás lo encontraron. El lunes 13 de agosto, tuvo un accidente su madre por lo que suspendieron la búsqueda. El día 24, volvió al lugar y subió al segundo o tercer sujeto, era su hermano a quien lo tenían como NN colombiano, por lo que comenzaron a realizar los trámites para sacarlo, que al XXXX le llamaron. Respondiendo las preguntas de la acusación particular, manifiesta que vive en el intercambiador de Carcelén, con sus padres. Carlos Alberto también vivía con sus padres, él a veces no llegaba a dormir porque se quedaba realizando trabajos o viajes a Riobamba a ver a sus hijos. Trabajaba con el ingeniero Marroquín sacando planos, no tenía horario de trabajo, realizaban trabajos ocasionales con el referido ingeniero, el salario dependía de los trámites que realizaba a la semana, no estaba afiliado al Seguro, el 10 de agosto, en la noche llegaron dos llamadas perdidas a su celular, no recuerda la hora, ni recuerda por qué habían dejado un mensaje de voz abierto, el mensaje no decía nada en espacial, solo se escuchaba ruido. CARLOS ADRIÁN LAN-DETA CASTRO, quien luego de prestar el juramento de ley, aseguró que conocer a Oscar Vaca por el tiempo de dos o tres años y refiriéndose al hecho objeto de la presente investigación penal, indica que el 10 de agosto del 2012, se encontraron para tomar cerveza en la Florida, salieron desde su casa, pasado el mediodía se encontraron, salieron a comprar cigarrillos en la tienda de alado, apareció un individuo pequeño, él se había sentado a fuera, en ese momento les dijo que si le podían regalar un cigarrillo. Él sacó del cierre del pantalón una sustancia blanca, le puso en el cigarrillo y se puso a fumar. Vino Eddy Mena y este individuo se dio media vuelta y se puso a fumar, dijo que era colombiano. Le pidió a Oscar que le regalara una llamada y Oscar le prestó para que llame, este ciudadano llamaba, cuando el hoy fallecido se movió, se observó una arma blanca que tenía, estaba vestido con dos pantalones y dos





chompas, decía que trabajaba con un colombiano, era para intimidarlos, decía que era sicario, tenía en una botella de nestea una sustancia que la mezcló, fumaba y tomaba, luego les dijo que le acompañaran al aeropuerto, el declarante tenía una moto y le dijo a Eddy que le acompañe a ver la moto, Oscar se había quedado con el ciudadano, luego empezaron a buscar a Eddy. Ya no se encontraron con Oscar y por ello se dirigieron a su casa, al siguiente día se enteraron que le habían detenido, la esposa les informó de la detención. No recuerdo el número de teléfono, ese día tuvieron una confusión porque con el de su madre es el 084. Del número de su madre también le llamaron a Oscar, no utilizaron el chip, le sacaron la batería del teléfono de su mamá para poner a Oscar, eso lo hizo el policía para conocer los números telefónicos a los a cuales había llamado. No sabe para qué habría realizado eso el policía. A las preguntas del acusador particular, dice: Al 10 de agosto trabaja en multisistemas, como supervisor de guardias de seguridad. El sujeto le pidió a Oscar el teléfono, al momento el sujeto le decía que era sicario, no sabe la hora exacta. Le pidió un cigarrillo a Oscar. El señor tenía dos cervezas, en el cigarrillo puso una sustancia blanca, fumaba y le apagaba, le volvía a prender, fumaba y lo apagaba. Es verdad que hizo una llamada del dinero que debía recoger en el aeropuerto, hablaba con la persona sobre el dinero, la llamada de las dos personas no escuchó el declarante. Les invitaba a tomar y a ver el dinero. Contra examinado por la defensa del acusado, señala: Oscar es una persona tranquila, él es de su trabajo a la casa y viceversa, responsable con su familia, ha sido el mejor amigo, le sorprendió verlo así. No existió ninguna provocación por parte de Oscar. El señor lo que quería es ponerlos nerviosos con lo que él decía. Oscar nunca estuvo alterado con el señor. Oscar le dio a este sujeto el celular, él quería llamar para que le baje el dinero al aeropuerto de las "vueltas" que había hecho. Solamente le brindaron el cigarrillo, la cerveza había comprado el señor. ERIK BELISARIO QUISHPE TOAPANTA, quien señala: Que realizó la reconstrucción de los hechos en compañía de Puebla y Altamirano, estaban presentes el Fiscal, los defensores y familiares, empezó la diligencia en la Manuel Serrano, entre Juan de Dios y Blanco, se acercó Carlos Landeta, quien manifestó que ese día iba a encontrarse con Edy y Oscar para jugar billa, luego se dirigieron a una tienda a comprar cigarrillos y se encontraron

con un señor de Colombia, el señor colombiano pidió una llamada telefónica al señor Oscar, eso es lo que recuerda que relató. Luego el señor colombiano salió corriendo, por lo que el otro señor salió atrás para que no le robe el teléfono. En la Prensa sucedió un forcejeo entre el señor colombiano y Oscar, éste trataba de defenderse de la agresión que descargaba el colombiano, una señora también declaró del inconveniente que tuvieron los señores. El señor Oscar salió corriendo y la gente le atrapó, a la altura de la calle Shuara y la avenida Prensa. El señor Oscar no manifestó que el señor colombiano se encontrara armado, solo refirió de la llamada telefónica. Entre la avenida la Prensa y Florida, ocurrió una riña entre las dos personas. En esa gresca hubo forcejeo, el señor Oscar exigía que le devuelva el teléfono y el otro señor actuaba en forma alterada. El primer encuentro fue en la avenida Manuel Serrano, en la tienda donde los señores compraron cigarrillos y se toparon con el señor Colombiano. En la avenida la Prensa y Shuar, el agente detuvo a Oscar que se encuentra en la sala. Ingresaron a las billas, posterior el señor le acompaña a comprar los cigarrillos al señor Oscar e ingresan a la tienda, compran los cigarrillos, salen de la tienda y se topa con el señor colombiano y le brinda. Era un señor colombiano que decía venía haciendo unas vueltas, continúa el trayecto hasta que Oscar dice que le devuelva el teléfono. El relato de Mena quien seguía en la Manuel Serrano acompañado de Landeta, señala que posterior caminan a la altura de la Florida acompañándole al señor Oscar y nuevamente ingresaron a las billas los tres señores y luego se retiraron a comprar cigarrillos, salieron de la tienda y se toparon con el señor colombiano y les brinda una copa de licor. Le solicita el teléfono para realizar una llamada. El señor Oscar le dice que devuelva el teléfono, cruzan la avenida la Prensa y le solicita nuevamente el teléfono y manifiesta que saca un arma blanca, por lo que el señor le abalanza al señor Oscar y se cae, pide ayuda en este asadero y no le paraban asunto, posterior el señor Oscar coge un arma del asadero y regresa y comienza la gresca entre las dos personas y le produce una herida y se quedó en el suelo y luego del susto el señor Oscar salió corriendo, cruza la avenida la Prensa y la gente le coge y entrega a los policías en calidad de detenido, posterior la señora Cecilia hace mención de lo que ella ha escuchado. Respondiendo la pregunta de la acusación particular, dice: En la avenida Florida y



la Prensa está el asadero, a unos diez pasos al norte se produce la gresca. El señor Oscar cruza la avenida en forma desesperada y es interceptado por el populacho. La defensa del acusado pregunta y el declarante responde que Oscar fue agredido en forma altanera porque le exigió la devolución del teléfono, según la versión de Oscar es que el señor colombiano sacó un arma y le estaba agrediendo, eso fue en la avenida la Prensa, Oscar Vaca solicitó auxilio y la señora Cecilia escuchó los auxilios. MARCO NICOLÁS VILATUÑA CUICHÁN, bajo juramento refiere a este Tribunal que realizó la experticia del cuchillo, se trataba de un arma blanca tipo cuchillo, con lamina de acero y mango color blanco. Había también una camiseta de color blanco, un pantalón azul jean, una chompa jean de color negro, un teléfono celular marca Samsung y no conoce a quien pertenecía esas prendas. EDY SANTIAGO MENA HERRERA, quien en lo que interesa al hecho que se investiga, indica que el 10 agosto del 2012, se encontraban con Oscar Vaca, pasado el mediodía, estaban jugando billar con Oscar y Carlos, ellos salieron a comprar cigarrillos como no regresaban el declarante salió a buscarles y les vio con un señor que nunca le había visto. El otro señor tenía una botella chiquita cree que con alcohol, comenzaron a hablar y el supuesto colombiano sacó una sustancia blanca y empezó a meter la sustancia en el cigarrillo. Manifestaba que era colombiano, que había matado a Jaime Hurtado, tenía un tatuaje y decía que era por la muerte del hermano, le pidió el celular a Oscar. Decía que iba a recoger una plata por el aeropuerto y que le acompañen, salieron y se quedaron cerca de la Kennedy. Se demoraron en la moto y luego fueron a buscar a Oscar y no le encontraron, dieron varias vueltas y no le encontraron y finalmente se dirigieron a la casa. Se enteraron al siguiente día que Oscar estaba detenido. A las preguntas de la acusación particular, dice: Que no observó las agresiones, tampoco conocía la sustancia que consumía el hoy fallecido, pero si observó que éste tenía un arma blanca, en el lado derecho. A las preguntas de la defensa del acusado, dice: A Oscar le conoce desde que estaba en el colegio Matovelle, no existió ninguna agre-LEÓN CONDOR WASHINGTON OSWALDO, quien bajo juramento, refiere que vive en la avenida la Prensa Nro.55, ese día salió de su casa, a las 19H45 porque su tío llegaba de España al antiguo aeropuerto y a la altura de la Monserrat vio un charco de sangre y el guardia

me dijo que le habían apuñalado a un muchacho, seguí las huellas de sangre y a la altura de la escuela de la FAE hay un carrito que hacen comida, le preguntó a un señor y manifestó que un chico paso cogiéndose el cuello y que otro le seguía, el declarante seguía las manchas de sangre y luego siguió su camino y llegó al aeropuerto. Indica que acudió a declarar por pedido del padre del hoy fallecido, sólo vio la sangre. Como prueba documental, presenta: La certificación de la telefonía Movistar; la historia clínica del que en vida se llamó Carlos Alberto Dávila; las experticias practicadas por los testigos que han concurrido a decladentro del juicio oral de juzgamiento. PRUEBA TESTIMONIAL Y DOCUMENTAL **DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.** El acusador particular, a fin de acreditar su proposición fáctica y jurídica, presentó como prueba de cargo, lo siguiente: REMIGIO ANÍBAL DÁVILA DEL SALTO, ofendido y padre del hoy fallecido, CAR-LOS ALBERTO DÁVILA BRAVO, respondiendo las preguntas que señala el art. 288 del Código Procesal Penal, manifestó: A la 1.- El señor OS-CAR LEONARDO VACA ORTIZ; A la 2.- El viernes 10 de agosto, a las 19H15, aproximadamente, en la avenida La Prensa y la Florida, en el sector del aeropuerto; A la 3.- Marta Ibran, César Macías Sánchez, Milton Gonzalo Armijos Torres, Edi Santiago Mena y Carlos Landeta Castro; A la 4.- El viernes 10 de agosto del 2012, desde las 17h00 se encontraron en el parque de la Florida los señores Vaca Ortiz, Landeta Castro, en un billar. El acusado salió a comprar cigarrillos y es abordado por un ciudadano que él no conoce, que es sicario, que viene asesinando a personas y que le invita a tomar unas cervezas y acepta. Luego, alrededor de las 19h00, Carlos Dávila le dice que le acompañe al aeropuerto por una vuelta que ha hecho y con el ofrecimiento de hacerles partícipes, les pide un teléfono y el señor Vaca Ortiz le presta y el sicario hace dos llamadas, una a la hermana. Posteriormente bajan por avenida la Florida y llegan a la Prensa, el señor Vaca Ortiz le insiste en que le devuelva el teléfono y el señor NN no le devuelve. El acusado toma un cuchillo y dice que le hiere y observa que la víctima se aleja y pasa por un puesto de comida, la verdad es que una vez que infiere la puñalada en el cuello, infiere dos puñaladas más y le sigue ciento cuarenta metros al puesto de comidas y el señor Armijos observa que el señor Dávila pasa ensangrentado y detrás el acusado. El señor baja, cruza de nororiente a la





altura de la papelería Paco y luego lanza el cuchillo a la papelería y es aprehendido, el herido avanza dirección al norte y llega hasta la frutería Monserrat y hay cerca de cuatrocientos metros y es observado por el guardia Alcívar Muñoz y tres guardias más de la frutería y es supuestamente auxiliado por la Policía que en el balde le tiran y a los cuarenta y ocho minutos le llevan al Hospital Pablo Arturo Suárez y entregan un cadáver. Llega el personal de apoyo de criminalística y todos con total ineficiencia emiten una serie de tránsfugios, a Carlos Alberto Dávila se le hace la entrega en la morgue como colombiano, desaparece de la faz de la tierra, los policías toman las huellas dactilares y necro dactilares pero no realizan ninguna acción para establecer la identidad de la víctima, la madre de Carlos Dávila, el 03 de agosto del 2012, sufre un accidente de tránsito, se trasladó a la morgue y siempre preguntó por Carlos Dávila y jamás se le ocurrió preguntar por NN, la hermana en los registros de NN reconoció a su hermano, acudió a la morgue y observó el cadáver de su hijo; A la 5.- Un cuchillo de treinta centímetros y cinco centímetros de mango. Al contra examen de la defensa del acusado, señala: Cree que se encontraba en su domicilio el 10 de agosto del 2012, el hoy fallecido vivía en la casa del declarante, tenía treinta y cinco años de edad, estudió un año de derecho y un año de sicología, luego contrajo matrimonio y procreó dos hijos, en Ibarra tenía un almacén de electrodomésticos, en Riobamba permaneció dos años, trabajó en el estudio jurídico del doctor Julio acoto, al ingeniero Marroquín, su esposa e hijos viven en Riobamba, no tenía un sueldo fijo, no tenía horario de trabajo, a los dos días comenzó a averiguar. Comparece MILTON GONZALO ARMIJOS TORRES y señala, lo siguiente: Tiene un negocio de comida en la avenida de la FAE y a eso de las 19h00, del viernes 10 de agosto, escuchó unos gritos de una persona que pedía auxilio, iba herido y otra persona le perseguía con cuchillo en mano, se detuvo, tiró el cuchillo en la terraza de la papelería Paco y el herido siguió de largo. Tiene tres años trabajando en ese lugar. El acusador le pidió como testigo, afirma que no le conocía. Respondiendo las preguntas de la defensa del acusado, indica que estaba con sus clientes que se disponían a servirse lo que vende el declarante. Trabaja con su esposa Magaly Vélez y ella estaba ocupada en un camper. El herido paso a la carrera. Él entró por la carpa y se pasó por medio de las mesas. No recuerda como

estaban vestidos. Era una persona de sexo masculino que le siguió, se detuvo y cruzó la calle. Luego no hice nada, le atraparon al frente al señor. Comparece SEGUNDO GUILLERMO ALCI-VAR MUÑOZ y, con relación al hecho que es materia de la presente investigación penal, afirma que trabaja en la empresa INVESCOL, salió de su trabajo a las 19H30 y pasaba un colombiano y le dijo que le ayudara, estaba con la mano en el cuello, llamó a la ambulancia y se desplomó con abundante sangre. Un patrullero pasaba de norte a sur y le silbó un transeúnte y vino, luego llegó otro patrullero y manifestaron que la persona que le hirió ya estaba detenida. Le subieron al herido y le llevaron al hospital. A las preguntas de la defensa del acusado, dice: Que trabaja en sistemas internacionales, ese día realizaba una ronda en el parqueadero que queda diagonal a la defensoría del Pueblo, su trabajo realiza en la parte exterior del edificio, el hoy fallecido dijo que era colombiano y que no sabía a quién tenía que llamar, estaba sentado en un muro de cemento en la Monserrat, llegó el declarante y llamó a la ambulancia y enseguida se desplomó y luego llegó el patrullero. Comparece CESAR ANTENOR MA-CIAS SÁNCHEZ y bajo juramento, relata que trabaja en la empresa G4S como supervisor de vigilancia. Trabajó de 07h00 a 19h00, su recorrido fue desde la Mañoca hasta la Mitad del Mundo. Terminó sus labores en la Carlos Pinto y la Prensa. Salió de su trabajo hacia el norte y vio una persona que transitaba y lo hacía corriendo, se estacionó y vio que se acercó un patrullero, le cogieron y le subieron al patrullero, el declarante estaba en una moto. Corría en un local de comidas, indica que el acusador particular le pidió que declare, hace poco le conoció. Contra examinado por la defensa del acusado, indica que vive por el sur, la persona corría de norte a sur, diagonal. En la moto se va a 40 o 50 km. Estaba corriendo en precipitada carrera y alguien manifestaba que le cojan. Paró la moto a la altura de súper Paco. No vio si tenía algo en la mano. Como prueba documental, presenta: El acta de audiencia oral por delito flagrante; la partida de nacimiento de María Emily, Carlos Andrés y de María Paz Dávila; la partida de matrimonio; un certificado de no tener antecedentes penales; el certificado obtenido del sistema informático del Ministerio del Interior. PRUEBA DE DESCARGO DE LA DEFENSA DEL ACUSADO OSCAR LEONARDO VACA **ORTIZ:** Que el acusado OSCAR LEONARDO



VACA ORTIZ, debida y legalmente enterado de los hechos materia de la acusación fiscal y particular, adecuadamente advertido por el Tribunal en el curso de la audiencia de juicio oral, renunció a su derecho a guardar silencio, y previamente exhortado a decir la verdad, declaró que: "El día viernes 10 de agosto del 2012, a partir del medio día me quedé con unos amigos para jugar billar en la calle Florida, frente a la cancha. Nos topamos como a las dos y cuarto, tomamos unas dos o tres cervezas. Como a las cinco y media se acabaron los tabacos y junto a Carlos Landeta, salí a comprar tabacos en la tienda y salía un hombre con una botella de cerveza, a lo que salimos, esta persona me pidió un cigarrillo y nos conversaba, nos brindó cerveza, el tabaco lo cogió, saco una funda blanca y lo puso en un cigarrillo y comenzó a fumar. Alado de él había una botella blanca y tomaba. De lo que salía el humo, decía el dueño de la tienda que se fuera. Comencé a conversar y decía que viene de Colombia huyendo de varias muertes, que era neonazi, que era sicario y que él había tomado parte en la muerte del abogado Hurtado. Dijo "muchachos quieren que les ponga todo", se agachó y se le notó un arma blanca, nos quedamos viendo y no dijimos nada. Nos dijo que tiene que ir a cobrar mil quinientos dólares en el aeropuerto y dijo que necesitaba hacer una llamada, le dije que yo tengo saldo y le di una llamada. No le contestaban. Llegaron dos motorizados y comenzamos a caminar por la Florida y seguíamos atrás de él porque tenía mi teléfono. Mis amigos dijeron "ya vengo voy a ver la moto" y me dejaron ahí porque él tenía mi celular. El teléfono tiene un bloqueo y le dije que me devuelva el teléfono y dijo no porque ya me contestaron, el me decía que camine detrás de él. Hizo parar una moto pero no le paro. Me dijo "me estás haciendo arrechar". Él sale corriendo para la Prensa y le alcancé a un lado de las tripas y le volví a pedir mi celular y me dijo que no, que me va a matar, que va a matar a mi familia. El me golpeó y caí al suelo y el sacó un arma con punta y venía a darme a mí, me hice para atrás, me metí a las tripas. Con miedo cogí el cuchillo para que él se vaya, el me vio y me comenzó a insultar y que he hecho todo para que él me mate. Me llevó hasta una parada de bus y se me abalanzó, cerré los ojos y no sé qué pasó, se dio la vuelta y comenzó a caminar en dirección norte, yo no sabía qué hacer y me quedé parado y él botó mi celular y fui a coger mi teléfono y, en lo que estoy cogiendo mi teléfono sale un montón

de gente y corrí, me detuve y la gente me cogió, me hinqué, me comenzaron a pegar y a robar las cosas. Un chico me devolvió mis cosas, la gente me pegaba, hasta que llegó la Policía. Eso es todo lo que pasó ese día. Tenía una herida en la mano y en el examen que me hicieron dijeron que era hecho con un arma con filo. Todo paso tan rápido que pensé que yo iba a ser el muerto.". Respondiendo las preguntas formuladas por la acusación particular, manifiesta que le agredió a un lado de las tripas, al lado norte. Le llevaba amenazándole. No sabe de armas blancas, no sabe qué tenía él, pero le iba a dañar al declarante con todo lo que le decía. Dijo no conoce lo que pasó ahí, todo fue tan rápido, que no recuerdo nada. El acusado estuvo asustado, quería irse a su casa por lo que le había pasado. Jamás cruzó a la papelería Paco por la parte del sur. Sí estaba con el arma en la mano. Apenas le cogieron, empezaron los golpes y en ese momento no pensaba en nada más que en su vida. Llegó la Policía y le estaban devolviendo sus cosas. Comparece JOSÉ GUILLERMO JATIVA JATI-VA, quien refiere que se encontraba en la avenida la Prensa, a eso de las 18H30 a 19H00, esperando un carro para dirigirme a San Juan de Calderón y vio a dos discutiendo. El uno le pedía el celular al otro y el otro con palabras groseras le decía que no le iba a devolver nada. Decía "chucha tu madre, hijo de tal y cual.". Vio cuando le arrinconó contra la pared y el otro se soltó, y el otro sacó un arma. Reconoce al acusado e indica que el otro sujeto le "encuelló" a él y le arrinconó contra la pared y le tiro el celular antes de que lo encuelle. El otro sujeto sacó el arma blanca, un cuchillo. El muchacho corrió y lo primero que encontró es el asadero. Cogió un cuchillo del asadero, salió y no le atacó y el otro se abalanzó y caminó como unos veinte pasos y cayó. El detenido cruzó la calle y ahí la gente lo cogió y el declarante siguió su destino, es comerciante. Estaba a unos veinte o veinte y cinco pasos del hecho. Desde donde le encuello hasta donde cayó hay unos vente y cinco pasos. Se imagina que le ubicó la gente del barrio y unas dos personas le hicieron unas preguntas y le pidieron el teléfono y los nombres. No fue citado a la fiscalía. Al contra examen del acusador particular, señala que la ambulancia se paró más adelante donde cayó el sujeto, éste se cayó a unos veinte y cinco pasos donde el declarante se encontraba. Comparece FABIAN POLIT MACIAS, médico legista, quien advierte que le practicó un examen médico legal al hoy acusado, quien presentaba





unas escoriaciones en la región frontal derecha, en la mejilla derecha, tenía los labios eritematosos, en su maxilar presentaba una zona equimótica, en el emitorax una equimosis de dos centímetros de diámetro, en su brazo derecho una equimosis, en el torso de mano derecha una escoriación lineal de uno y medio a dos centímetros por deslizamiento de un objeto cortante. Las escoriaciones fueron por remelladura. Estableció una incapacidad de cuatro a ocho días. Preguntado por la acusación particular, manifiesta que la escoriación en la mano produjo un objeto cortante. Comparece MARTHA CECILIA DURAN ARCOS y, con relación al hecho que es de la presente investigación penal, asegura que el 10 de agosto salió con su hija pequeña a comprar comida en la Prensa, fue en el transcurso de las 19H00, al pasar la parada del metro, se percató que estaban discutiendo los muchachos porque le decía que le devuelva el teléfono. El señor que estaba con ropa oscura le sacó un cuchillo al otro y se retire del lugar. Contra examinado por la representación fiscal, indica que estaban al frente de la parada del metro, el muchacho que estaba con buzo negro le decía que el teléfono es de él que y no le va a devolver. Al contra examen de la acusación particular, manifiesta vio que sacó un cuchillo de entre sus ropas. Comparece LEONARDO GERMÁN VACA AREQUIPA, quien en lo relacionado con los hechos que se investigan, refiere que el 10 de agosto se encontraba en su casa ubicada en la calle Guatemala Oe 10, hasta que le indicaron que su hijo estaba preso. Salió con sus padres a verle en la Policía Judicial, estaba lastimado, esposado y en bóxer, le indicó llorando que estaba en las billas de la Florida, jugando con unos amigos y luego salieron a comprar y apareció un hombre cabeza rapada, quien les brindó unas cervezas y manifestó que es sicario, que era colombiano y que le dio muerte a Hurtado, le pidió prestado el celular para hacer unas llamadas. Habían bajado los tres, pero los dos muchachos regresaron a ver la moto. Se acercó a una moto y luego apresuró el paso y Oscar le sigue pelean a unos metros de las tripas de la Florida, le bota, Oscar se levanta y le saca el otro un cuchillo, se va Oscar a las tripas y coge un cuchillo y pide su teléfono y no le da y pelean y este hombre se va caminando y se abre para el otro lado de la avenida. La gente le comenzó a seguir y le lincharon, llegó la Policía y lo apresó o lo salvo. A las preguntas de la acusación particular, dice: La Policía Judicial es en la Robles.

Comparece JANETH CECILIA CASTRO HE-RRERA, quien afirma que el 10 de agosto del 2012 se encontraba en su domicilio en la Florida, en la calle Jama y Catacocha. Su hijo es Carlos Adrián Landeta Castro, éste le pidió permiso el 10 de agosto para verle a Oscar. La declarante hace unos 15 días le compró una moto y, por ello, estaba preocupada. Ese día le llamó a su hijo como a las 16H00 y le informó que estaba con Oscar en unos billares de la Florida. Volvió a llamar a las 17H30 y le dijo que estaba afuera con un señor y le dijo que tenga cuidado. Le mandó un mensaje que indicaba que le llame, le llamó y le dice que le llame a Oscar y le llamó y el teléfono estaba apagado. Luego le llamó y le dijo que no hay el Oscar y que en ese momento se iba al play land park. Al siguiente día, más o menos al medio día, tenía que visitar a una paciente y su hijo le dijo que Oscar estaba detenido, se trasladó a la Policía Judicial y al momento en que iba a hablar con Oscar le dijo que por favor le ayude, que en su teléfono hay dos números a los que llamaba ese tipo. La declarante le preguntó a su hijo si podían usar la batería de su teléfono que era un Samsung parecido al de Oscar. El teniente sacó su teléfono del estuche, saco el teléfono de Oscar, sacaron la batería de su teléfono y le ubicó en el teléfono de Oscar, sacaron los números. Llamaron de su teléfono y no contestaron y en el segundo número había un mensaje de voz y dijo, es de la señora Andrea Dávila. El señor Policía le dijo "intentemos nuevamente". En el primer número no contestaron y en el segundo número le contestaron y el policía le dijo que le preguntara sobre el colombiano que habló el día anterior, en la tarde. Ella dijo que no conocía a ningún colombiano. Tuvieron problemas con los familiares del fallecido por que empezaron a tomarles fotos y filmarles. Contra examinado por la acusación particular, refiere que ellos le pidieron de favor que timbrara y la primera vez no contestaron y le pasó al señor Sandoval, quien dijo que ese número pertenecía a Andrea Dávila. Volvió a marcar y en el segundo número contestaron y el señor policía le dijo que le pregunte sobre el colombiano que habló en la tarde del día anterior y cogió el teléfono y le preguntó sobre unas notas de unos negros y la señorita le cerró el teléfono. Su teléfono nunca lo deja, su hijo dio su número personal, dijo que se sintió agredida. Comparece FAUSTO RENE CAZA CAZA, quien asegura conocer a Oscar Vaca Ortiz desde niño, lo considera una persona honorable y



que no ha tenido problemas con la justifica. Igualmente, LUIS ALFONSO BRITO REINOSO, señala que le conoce a Oscar Vaca por el tiempo de nueve años, es una persona responsable, honesta, trabaja y estudia y no ha tenido problemas con la justicia. Como prueba documental, presenta: Las certificaciones de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha; el certificado de conducta extendido por el establecimiento carcelario en el que se encuentra privado de su libertad individual; y varias certificaciones de las actividades desarrolladas por el hoy acusado. **DETERMINA-**CIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS. De acuerdo con la reseña fáctica esgrimida por la representación fiscal, el 10 de agosto del 2012 a las 19H40, en la avenida la Prensa y calle Jorge Piedra de la ciudad de Quito, fue detenido OSCAR VACA ORTIZ, por efectivos policiales, destacando previamente fue aprehendido por varias personas que manifestaron a los miembros policiales que el hoy acusado había agredido al hoy fallecido e identificado posteriormente, como Carlos Alberto Dávila, a quien le ocasionó dos heridas con arma blanca, las que provocaron su deceso. El hecho expuesto es constitutivo de un delito de homicidio simple, previsto y sancionado por el art. 449 del Código Penal Material, en carácter de consumado, en el cual le habría correspondido al acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, participación en calidad de autor, conforme a lo establecido en el art. 42 del invocado texto legal; VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Tal como lo exige el art. 304.1 del Estatuto Procesal Penal, para imponer fallo de condena es necesario que la prueba legal y oportunamente allegada al proceso conduzca a demostrar, con grado de CERTEZA, la existencia del delito investigado y la responsabilidad del procesado. En esta disposición están contenidos los aspectos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que deben quedar plenamente demostrados para concluir en fallo adverso a los intereses del acusado, pues, ante la falta de uno de esos componentes del delito, o ante la duda, deberá absolvérsele de los cargos atribuidos por la representación fiscal y acusación particular. Por ello, como lo exige el mismo Estatuto Procedimental Penal, debemos entrar a valorar los medios de persuasión en forma conjunta, examinando su origen, contenido y mérito probatorio que se otorgue a cada uno, siempre siguiendo las reglas de la sana crítica, con espalda en la lógica, la experiencia y el buen sentido, como lo enseña el art. 86

del texto legal invocado. Que el delito de homicidio que describe y sanciona el art. 449 del Código Penal Material, es definido como matar a otro sin que concurran las circunstancias constitutivas de parricidio, homicidio calificado o infanticidio. (Derecho Penal, Parte especial, Alfredo Etcheberrv, Tomo III). Como todo tipo penal, este delito contempla dos fases, una objetiva y otra subjetiva. En su faz objetiva, está integrado por los siguientes tres elementos: a) la descripción de la conducta prohibida (acción u omisión), que consiste en la actividad dirigida a matar a otro; b) el resultado, que es precisamente el deceso de una persona; y c) la relación de impuntualidad objetiva de esa muerte a la conducta realizada por el agente (o como tradicionalmente se ha expresado: la relación de causalidad). En cuanto al tipo subjetivo, "como se trata de una figura de resultado, tiene que haber un comportamiento destinado a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales" y así puede tener como fin determinante la provocación del deceso (dolo directo), o considerar esa muerte como consecuencia inevitable de la acción que se desea realizar (dolo indirecto), o prevé el resultado como posibilidad, pero frente a su eventual ocurrencia queda indiferente anímicamente por su interés preferente en realizar la acción que se ha propuesto (dolo eventual). (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, páginas 31 a 44). En el caso in examine, y frente al plexo probatorio que se ha conformado, este Colegiado infiere, a partir de la prueba de cargo aportada por el ente persecutor y del testimonio prestado forma libre y voluntaria por el propio acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, quien en forma pormenorizada admite que el viernes 10 de agosto del 2012, en circunstancias que salió a comprar tabacos en una tienda, apareció un ciudadano con una botella de cerveza, le pidió un cigarrillo, sacó algo de una funda blanca y lo puso en el cigarrillo y comenzó a fumar. Alado de él había una botella blanca y tomaba, afirmaba que viene de Colombia huyendo de varias muertes, que era neonazi, que era sicario y que él participó en la muerte del abogado Hurtado. Indicó que tenía que cobrar mil quinientos dólares en el sector del ex aeropuerto, para ello pidió una llamada, más adelante caminaron por la Florida, el acusado exigía que le devuelva su teléfono celular, pero dijo "me estás haciendo arrechar". El hoy fallecido corrió en dirección a la avenida la Prensa





y el hoy acusado le alcanzó al frente del negoció de tripas, donde le insiste en que le devuelva su celular, negándose completamente, más bien le dijo que le iba a matar, para más adelante golpearle y como consecuencia de ello el acusado se desplomó, mientras que Carlos Alberto Dávila Bravo, sacó a relucir un arma con punta con la que pretendía agredirle, frente a lo cual se retrocedió y luego ingresó al local de tripas, tomó un cuchillo para disuadir el ataque, pero más bien comenzó a insultarle y en una parada de buses se le abalanzó y Oscar Leonardo Vaca Ortiz cerró los ojos y le asestó las dos cuchilladas, para de inmediato caminar en dirección norte, circunstancias en las que fue aprehendido por varias personas que le agredieron. Este testimonio permitió efectuar una reconstrucción verosímil y coherente del episodio en cuestión. Además, para afianzar esta acción típica de homicidio simple, al que se ha hecho alusión, consistente en "matar a otro", la Fiscalía presentó al juicio oral la declaración del miembro policial JAIRO ARTURO SALAZAR MOYA, quien en resumen dio cuenta que el 10 de agosto del 2012, por pedido de la Central de Radio se trasladaron el conductor y el declarante a verificar un escándalo, pero no advirtieron nada, sin embargo, a la altura de los cines gemelos, un ciudadano era golpeado por varias personas por haber herido a otro ciudadano y el arma había lanzado al techo de la papelería Paco, le dispuso a su conductor que verifique y le trajo un cuchillo que estaba con grasa. El patrullero de Andalucía le pidió que verifique a un ciudadano que estaba tendido en la calle y sangrando. Se trasladó con el ciudadano que estaba golpeado para que reciba atención médica, luego se encontró con el otro patrullero que trasladaba en el balde al otro ciudadano, sin signos vitales. Recolectaron la ropa que estaba ensangrentada del detenido, el cuchillo y el celular color plateado. Por su parte, el testigo LUIS ALFONSO PINEDA TASIGUANO, expuso en síntesis, que el 10 de agosto del 2012, se dirigió al Hospital Pablo Arturo Suarez, donde constató que en el balde de una camioneta se encontraba el cuerpo de una persona, realizó el levantamiento del cadáver identificado como NN, posteriormente conoció que se trataba de Carlos Alberto Dávila, el levantamiento realizó en la parte exterior del hospital, el cadáver presentaba una herida punzo cortante a la altura del cuello y ceja izquierda, la ropa estaba con musculaciones de color rojo, al preguntar al teniente Jairo Salazar, indicó

que tenía al supuesto responsable que ocasionó la muerte, se entrevistó con el señor Oscar Vaca, quien se encontraba detenido al interior del patrullero y, en lo principal, señaló que el hoy fallecido pidió un teléfono celular y luego salió del lugar y se dirigió hacia el aeropuerto, el señor Vaca le siguió y le pidió que devuelva el teléfono, pero se pusieron a discutir, que vio un cuchillo donde venden tripas, se apoderó de ese cuchillo y se abalanzó sobre el hoy fallecido, quien lanzó el teléfono al suelo; Ello resulta también ratificado con el testimonio del médico legista EDGAR AL-BERTO RAMOS PILCO, quien aseguró haber realizado la autopsia el 25 de agosto del 2012 a Carlos Alberto Dávila, constató que se trataba del cuerpo de una persona de sexo masculino que presentaba a nivel de la región temporal y occipital una herida de tipo cortante de 12 centímetros, una escoriación pequeña en su quijada, en el cuello y en el hombro izquierdo una herida cortante, observó la presencia de tatuajes. Luego una escoriación pequeña en su quijada, en el cuello y en él una herida cortante, observó la presencia de tatuajes. Luego del examen interno una lesión en la región cervical y lesiones a nivel de tráquea y esófago, clasifico como muerte violenta y concluyó que podía tratarse de un homicidio. Sobre la trayectoria y distancia, señala que el arma ingresó de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante. La lesión de la cabeza de escalpe. La otra de atrás en la espalda y la otra en el de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y de arriba hacia abajo. La otra de atrás en la espalda y la otra en el cuello que va de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y de arriba hacia abajo. La profundidad fue de 5 a 10 centímetros; En los concerniente al segundo y tercer elementos del tipo objetivo, es decir, el resultado muerte de la víctima CARLOS ALBER-TO DÁVILA BRAYO y la relación de causalidad entre ésta y la acción homicida, se contó con la declaración del médico legista EDGAR ALBER-TO RAMOS PILCO, que fue el que realizó la autopsia médico legal informe autopsia, de día 25 de agosto del 2012, de CARLOS ALBERTO DA-VILA BRAYO. Expreso que el occiso presentaba a nivel de región temporal y occipital una herida de tipo cortante de 12 centímetros, una escoriación pequeña en la quijada, en el cuello y en el hombro izquierdo una herida cortante. Advirtió la presencia de tatuajes en el cuerpo del hoy fallecido. Al examen interno constató una lesión de la región cervical y lesiones de nivel de tráquea y esófago,



este hecho se clasifica como un caso de muerte violenta u homicidio, además, indica que el arma ingresó de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante y la profundidad fue de 5 a 10 centímetros y, concluye señalando que las lesiones de esas características comprometen la vida de un ser humano. Las heridas que le provocaron la muerte de la víctima tienen relación con las puñaladas que recibió del hoy acusado Oscar Leonardo Vaca Ortíz, información probatoria aportada por la Fiscalía que el Tribunal compartió enteramente, la misma que se encuentra robustecida por la narración que hizo el acusado, lo que aparece más acorde con lo manifestado por el médico legista ED-GAR ALBERTO RAMOS PILCO y, además, con la aseveración entregada por el efectivo policial JAIRO ARTURO SALAZAR MOYA, quien manifestó que el arma homicida (cuchillo), fue lanzada al techo de la papelería Paco y por ello dispuso a su conductor que verifique y en efecto, le trajo un cuchillo que estaba con grasa. Además, indicó que recolectaron la ropa que estaba ensangrentada del detenido, el cuchillo y el celular color plateado. Igualmente, con la pericia de reconocimiento de las evidencias físicas, practicada por MARCO NICOLAS VILATUÑA CUI-CHAN, se establece de manera categórica la existencia física del arma blanca tipo cuchillo, con lamina de acero y mango color blanco, con la que el hoy acusado le ocasionó las heridas letales que cobró la vida de quien se llamó Carlos Alberto Dávila Bravo, el 10 de agosto del 2012, en la avenida la Prensa, consecuentemente, resulta inconcuso que la causa precisa y necesaria de la muerte tuvo su origen en la heridas mortales provocadas por Oscar Vaca Ortíz. Es así como se escuchó a testigos quienes relataron los hechos al igual que los servidores policiales que tomaron el procedimiento y los peritos que declararon sobre su experticia en distintos tópicos, todos los cuales resultaron creíbles a la razón de los jueces. Ahora bien en cuanto al tipo subjetivo, se debe indicar que el dolo exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo. Asimismo Politoff -Derecho Penal Tomo I- dirá que existe dolo en quien conoce y quiere la realización del hecho típico; y agregará que no es indispensable para la exteriorización del dolo un proceso mental exteriormente claro respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar. Querer para el Derecho Penal, es tener que realizar, lograr en el sentido de perseguir el objetivo. Por otro

lado, Rodríguez Devesa, citado por Waldo del Villar indica que el dolo consiste en que la persona sabe lo que hace y quiere hacerlo. Montt citando a Graf ZuDohna, expresará que actúa dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo penal. En la actualidad, Muñoz Conde, citando a Roxin y Hassemer, indica que existe una decisión de atentar contra el bien jurídico -en este caso la vida-. Que para dilucidar el elemento subjetivo del tipo penal, se dirá que en síntesis estuvo constituido por los dichos del acusado y de los otros testigos, entre ellos, los servidores policiales JAIRO ARTURO SALAZAR MOYA y LUIS ALFONSO PINEDA TASIGUANO, quienes intervinieron en el procedimiento, los que escucharon la versión del primero (acusado), siendo por tanto testigos de oídas, de un hecho acaecido en un espacio de tiempo y que se mantuvo inalterable en el mismo. Los efectivos policiales en referencia afirmaron, el primero, que el acusado le manifestó que el hoy fallecido trató de quitarle el celular y luego lanzó, se pusieron a pelear, tomó un cuchillo y cerrando los ojos le agredió y, el segundo aseguró haberle entrevistado a Oscar Vaca Ortíz, quien se encontraba detenido al interior del patrullero y, en lo principal, señaló que el hoy fallecido pidió un teléfono celular y luego salió del lugar y se dirigió hacia el aeropuerto, el señor Vaca le siguió y le pidió que devuelva el teléfono, pero se pusieron a discutir, que vio un cuchillo donde venden tripas, se apoderó de ese cuchillo y se abalanzó sobre el hoy fallecido. Todos ellos dieron razón de sus dichos y entregaron un relato con una estructura coherente en sí misma y contestes en general entre todos en sus aspectos centrales, destacándose que aún a pesar del tiempo transcurrido entre la fecha de la comisión del delito y la de la celebración del presente juicio, no hay mayores imprecisiones ni diferencias en los detalles de los relatos entregados por los testigos, que por otra parte no hay motivo alguno para dudar de la credibilidad y verosimilitud de sus atestados, al haberse demostrado su imparcialidad e idoneidad, al dar cuenta en forma clara y pormenorizada de la forma en que adquirieron la información, todo lo cual hace que se derive en forma concatenada y lógica hacia la conclusión señalada. Es por esto que este Colegiado, valorando la prueba señalada en precedencia, conforme a lo previsto en la ley, arriba a la incuestionable convicción que el acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, participó en el hecho de una manera





inmediata y directa, por lo que se le atribuye la calidad de autor, de acuerdo a lo establecido en el art. 42 del Código Penal Material, pues resultó acreditado que el día 10 de agosto del 2012, a las 19H40, aproximadamente, en el sector de la avenida la Prensa, de esta ciudad de Quito, causó la muerte de CARLOS ALBERTO DAVILA BRA-VO. Que compareció a estrados el perito sicólogo LEON ISAAC MERCHÁN QUIMIZ, presentado por la representación fiscal y expuso su informe con el fin de acreditar los arts. 32 y 33 del Código Material Penal, esto es, que el acusado OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, actuó con pleno conocimiento y voluntad, descartando que haya actuado con una imputabilidad disminuida. El perito señaló que el acusado en referencia, tiene conservada su capacidad de distinguir una conducta adecuada de la que no lo es, de acuerdo al test minesota, estableció que sus indicativos son normales, razón por la cual, en su informe sale como una persona normal, por lo tanto, las conclusiones son: El ciudadano Vaca Ortiz, goza de actitud suficiente para entender y tiene suficiente conciencia y voluntad y su relato era creíble. Que de la propia declaración del acusado se colige que se representó el elemento volitivo, cuando señaló en estrados que "me metí a las tripas. Con miedo cogí el cuchillo para que él se vaya, el me vio y me comenzó a insultar y que he hecho todo para que él me mate. Me llevo hasta una parada de bus y se me abalanzó, cerré los ojos y no sé qué pasó, se dio la vuelta y comenzó a caminar en dirección norte, yo no sabía qué hacer y me quedé parado y él botó mi celular y fui a coger mi teléfono y, en lo que estoy cogiendo mi teléfono sale un montón de gente y corrí, me detuve y la gente me cogió, me hinqué, me comenzaron a pegar", como asimismo el elemento intelectual-valorativo, lo que denota conocimiento de su actuar. La declaración espontánea y sencilla del acusado constituye un elemento más que permite alcanzar al Tribunal la convicción necesaria para condenar, de tal forma que, existiendo pruebas suficientes para dar por establecidos los hechos por los cuales ha acusado la Fiscalía, la declaración del acusado se transforma en uno más de ellos, que ha sido valorado por este Colegiado en contra del mismo. En consecuencia y en virtud del principio de libertad de prueba, el Tribunal ha dado el valor a la declaración prestada por el acusado en la audiencia de juicio oral, referida latamente en precedencia, cuya versión coincide con

las demás pruebas presentadas por los intervinientes, lo que permite tener por acreditado que éste ocasionó la muerte de CARLOS ALBERTO DÁ-VILA BRAVO. De tal manera son imputables aquellos sujetos que pueden valorar una situación o como lícita o ilícita- elemento intelectual valorativo- o bien de auto determinarse conforme a valor o derecho- elemento volitivo. La imputabilidad requiere un elemento intelectual valorativo y un elemento volitivo. De lo dicho precedentemente estos Sentenciadores estiman que se acreditó que el acusado posee una plena capacidad de autodeterminación, por cuya razón no está exento de reproche penal. Como corolario, todas las fuentes de prueba valoradas están concatenadas unas a otras y tienen una secuencia natural y de lógica simple entre ellas, lo que las hace confiables y veraces. La defensa técnica del acusado, sostuvo que su representado habría cometido el delito de homicidio simple en circunstancias de una legítima defensa, que se encuentran configurados los presupuestos jurídicos que prevé el art. 19 del Código Penal Material, por lo que, constituye un imperativo necesario analizar la citada causa de justificación, puesto que su verificación anula la antijuricidad, presupuesto para la configuración de un tipo penal. Es pertinente mencionar que la doctrina señala que: "el injusto penal, entonces, implica la realización del tipo penal y la ausencia de causas de justificación, entre las cuales surge con mayor relevancia la legítima defensa, que en el ámbito del homicidio tiene una aplicación inobjetable, por lo que se dice que, dicha justificación nace precisamente en el caso de este delito". (Peña Cabrera Freyre, Alonso, Derecho Penal-Parte Especial: Tomo I, IDEMSA, cit, p. 88). ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFI-**CACIÓN.** La antijudicidad es una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico. Una acción típica implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Sin embargo, ello no significa que esta sea antijurídica por cuanto el ordenamiento jurídico no solo está conformado por prohibiciones y mandatos, sino también por preceptos permisivos que hacen posible que una acción típica no sea ilícita. "Por ello, quien da muerte a otro en legítima defensa realiza una conducta típica de homicidio (art. 449 del Código Penal Material), pero no antijurídica, porque ella está amparada con una norma permisiva (art. 19 del Código Penal Material), aunque evidente que lesiona el



bien jurídico vida" (Velásquez V. Fernando, Derecho Penal Parte General, 4ta edición, Librería Jurídica Comlibros-Colombia 2009, pp 706) Es decir, "que las causas de justificación son por tanto, situaciones reconocidas por el derecho, en la que es lícita la ejecución de un hecho típico" (Bramont Arias, Luis Alberto, Derecho Penal Peruano (Visión Histórica) Parte General, Ediciones Jurídicas Unifé -2004, pp 336); "las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas. Prevén situaciones excepcionales en las que se puede violarla norma (implícita al tipo legal). Así, se admite, en consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido". La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante. Cuando se sabe que se obra para proteger un bien jurídico se realiza un acto valioso y por lo tanto lícito. Por ejemplo el citado art. 19 del Código Penal Material, que prevé la legítima defensa, cuando señala: "No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona,...". (Lo destacado corresponde a este Tribunal). La legítima defensa es la acción requerida para impedir, o apartar de sí o de otro una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. Siendo la esencia de esta institución la de ser una causal de justificación, y por ende una norma permisiva. Debiendo indicarse que: "la defensa legítima es un mecanismo individual y social de mantenimiento y protección del derecho como sistema de vida colectivo; individual en tanto el agredido al ejercer la repulsa puede afirmar sus derechos y dar validez a las normas de la vida común; es asimismo, un mecanismo colectivo, pues la comunidad puede organizarse para enfrentar en conjunto cierto tipo de agresiones y peligros, así como aparejar mecanismos de fuerza con miras a facilitar la efectividad de los derechos, la subsistencia de la organización política y económica, y de esta forma procurar la convivencia civilizada" (Gómez López, Jesús Orlando, Legítima Defensa, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2da Edición Santa Fe de Bogotá D.C. Colombia, 1997, pp. 37). La legítima defensa expresa un derecho principal y autónomo, un derecho de reacción de fuerza que se constituye en una herramienta de lucha contra el injusto; la acción de agresión ataca el derecho, el acto de defensa es un medio de lucha en la subsistencia del derecho agredido; en esa lucha o contradicción entre quien

intenta negar un derecho y quien busca protegerlo y afirmarlo, se produce un acto cualitativamente valioso no solo conforme al orden jurídico, sino que lo protege, lo reafirma y lo realiza. En el plano subjetivo el agresor quiere lesionar el bien, y así su acción está orientada al daño; por el contrario, quien se defiende conoce la agresión y quiere evitar el peligro, actuando con ánimo de defensa. En el plano objetivo las acciones chocan, se oponen y se niegan una a otra. En el plano jurídico o de los valores, la agresión es injusta, y la defensa es un legítimo, un hecho inocente o justo. Para su estructura, de acuerdo con el art. 19 del Código Penal Material, es necesario las siguientes condiciones: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. En el caso sub examine, se desprende de la investigación que el día 10 de agosto del 2012, el acusado Oscar Leonardo Vaca Ortíz le descargó al hoy fallecido CARLOS ALBERTO DAVILA BRAVO, dos puñaladas con el arma (cuchillo) que tomó del local de expendio de viseras ubicado en el norte de la ciudad de Quito, sector de la Florida, provocándole graves heridas que le ocasionaron su muerte, en tal contexto, resulta claro, que no nos encontramos ante una causa de justificación, porque no se ha demostrado en modo alguno la agresión ilegítima por parte del hoy fallecido, quien, según la tesis de su defensa y la afirmación del mismo acusado, le agredió físicamente y hasta sacó a relucir una arma que llevaba consigo Carlos Dávila Bravo, para el extremo caso de que el acusado recibió agresiones verbales y puñetes, éstas agresiones lógicamente no representan un peligro para la vida e integridad física ni permiten afirmar una agresión inminente de tal naturaleza, si bien las agresiones verbales inferidas por el hoy fallecido, si se hubiere probado, a lo sumo podrían implicar una lesión al honor o la dignidad del afectado, en cambio un comportamiento humano ilícito que produce dos heridas con el uso de una arma corto punzante no constituye una acción defensiva, sino el propósito de causar la muerte de un ser humano, cuando no existe un ataque urgente e inaplazable, sin agresión no puede concebirse jurídicamente la repulsa, el ataque ejecutado por Oscar Vaca Ortíz, jamás demostró un ánimo defensivo, necesario y racionalmente proporcional, pues, jamás puede existir legitimidad alguna en la conducta del acusado ni volver lícito un acontecimiento físico de tal entidad





frente a una agresión verbal que puede haber generado la víctima. En consecuencia, a la luz de los sucesos demostrados, resulta factible pensar que el sujeto activo (Oscar Leonardo Vaca Ortíz), debió prever el resultado fatal como posible, pero a pesar de ello actuó, aceptándolo. En tal caso, su conducta resulta sancionable a título de dolo y la pretensión de la defensa y del mismo acusado no tiene asidero legal, pues como se destacó, los hechos acreditados en esta causa no pueden encuadrarse en la figura de la legítima defensa como causa de justificación, por no haberse acreditado los presupuestos que la configuran. Por consiguiente, de acuerdo a lo señalado anteriormente, los hechos establecidos por el Tribunal se encuadran en la figura típica de homicidio simple, previsto y sancionado en el art. 449 del Código Penal Material, en grado de consumado, pues el acusado ejecutó la acción de matar a otro, porque tanto la prueba de cargo descrita y analizada anteriormente, como la propia declaración del encausado, no dejan ninguna duda, acerca de la participación en calidad de autor del mismo, quien ha reconocido haber agredido mortalmente con un cuchillo al hoy fallecido Carlos Alberto Dávila Bravo, el 10 de agosto del 2012, en el sector de la Florida, avenida La Prensa, de esta ciudad de Quito. Este antecedente, por gravedad y precisión, llevan a concluir que Oscar Leonardo Vaca Ortiz, es autor material del ilícito establecido por el Tribunal, por haber participado de modo directo. FUNDAMEN-TOS: A través del Derecho Penal, el Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos para actuar de cierta manera y así lograr que acepten ciertos esquemas de vida social. Solo cuando no alcanza este objetivo por otros medios debe recurrir a la sanción penal. En esto, precisamente, radica el peculiar carácter del derecho penal como medio de control social. El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona. Las penas comportan la privación o la restricción de la libertad, de derechos o del patrimonio En razón de la gravedad de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación por establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado hacia la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro para discernir las acciones que deben ser prohibidas, fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación

de las cosas en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y punitiva" (Hurtado Pozo José, Manual de Derecho Penal Parte General I, 3a Edición- 2005, Ed.Grijley, cit, p.lO). Debe tomarse en cuenta que: "El derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender los bienes escogidos de los ataques de que puedan ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable, se puede hablar del carácter fragmentario del derecho penal (...) esto significa que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales. No se trata de un defecto del derecho penal, no más bien de una propiedad derivada de su conformidad con los principios del Estado de Derecho (...)El recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Solo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas no son alcanzables mediante otras previsiones" (Villavicencio T. Felipe, Derecho Penal Parte General, Ed. Grijley, cit, p. 94/95) De igual forma, en el presente caso debe tomarse en cuenta el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, así, tenemos que: "De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no solo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima <nullum crimen sine iniuria>" (Villavicencio T. Felipe, Derecho Penal Parte General, Ed. Grijley, cit, p. 94/95). Una vez que hemos establecido la existencia de un delito y la responsabilidad de la persona acusada, para el caso que se juzga, es necesario determinar si el homicidio del ciudadano ecuatoriano Carlos Alberto Dávila Bravo, realizado por parte de Oscar Leonardo Vaca Ortíz, se lo cometió bajo algunas de las circunstancias de los numerales 1, 4, 5 y 6 del artículo 450 del código penal, conforme lo planteó la acusación particular existente en el presente caso, sin coincidir con la imputación formulada por la fiscalía general del Estado y conforme vino el auto de llamamiento a juicio dictado por el juez segundo de garantías penales de Pichincha; entonces, se tiene que los elementos constitutivos del delito de asesinato, son: a).- el dar la muerte (homicidio);



b).- la concurrencia de una o varias de las circunstancias gravosas del artículo 450 (lo que califica al homicidio como asesinato); y, c).-la intención de causar la muerte (dolo). De lo mencionado, el homicidio, está debidamente probado (ampliamente lo hemos desarrollado en la sentencia); ahora con respecto al segundo presupuesto normativo, vale mencionar que el Tribunal no encuentra que la prueba presentada en el juicio haya demostrado las circunstancias gravosas aludidas, en su orden: alevosía; con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; al haber imposibilitado a la víctima para defenderse; y, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos, en virtud de las consideraciones siguientes: Sobre la alevosía, ésta tradicionalmente se ha entendido en causar una muerte segura, de improviso y con cautela, tomando desprevenida a la víctima; la doctrina clásica la definía como la muerte a traición y sobre seguro. A la actualidad autores como Bacigalupo señalan que "la gravedad de la alevosía deriva de la indefensión que tiene la víctima producto de la confianza que depositó en el autor." (Sentencia del Tribunal Quinto de garantías penales de Pichincha, en el Juicio Nro. 140-2012), y sujetándonos a criterios doctrinarios del Ecuador, Ernesto Albán Gómez precisa que la alevosía "... es un modo de ejecutar el homicidio, en que el sujeto activo asegura el resultado de la infracción sin riegos para él" (Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial, Quito, Ediciones Legales S.A., 2012, p. 298). En definitiva, se exige para hablar de alevosía indefensión de la víctima y expresión de una actitud de agresión y aseguramiento de resultado sobre la víctima; circunstancia que en el caso que nos ocupa, no se ha demostrado con objetividad, en tazón de que, el sujeto activo del delito, nunca tuvo previsto ocasionar la muerte del sujeto pasivo, porque la misma se produjo por circunstancias casuales, dándose en ese momento una reacción entre el acusado y el ahora occiso por haberse presentado un inconveniente entre ellos; por tanto, el causante de la muerte, no realizo una preparación previa, no pudiéndose hablar como lo exige la doctrina, de que haya existido una planificación cuidadosa ni metódica para que el homicidio se cometa con facilidades y sin riesgos, y con ello, alcanzar seguridad en el resultado. No se demostró tampoco que la víctima estaba en imposibilidad de defenderse, pues más allá de que haya estado libando y/o presuntamente

bajo los efectos de sustancias estupefacientes, por tanto se infiere por lógica, que sus capacidades físicas hayan disminuido producto de ese consumo, no menos es verdad de que el acusado también pudo estar en iguales condiciones, ya sea porque de la prueba se estableció que libaron por un momento juntos y también ambos caminaron juntos por algunos momentos en razón de que supuestamente iba el acusado acompañando al hoy occiso a cobrar un dinero en el aeropuerto, e incluso le prestó el teléfono para que llame, conforme lo manifestó el mismo acusado en su testimonio el mismo que debe valorado y coincidió además en esta parte con lo manifestado por los testigos presenciales que estuvieron con ahora occiso y con el acusado; aquello en relación con lo expuesto por la doctora María del Pilar Chiriboga, quien realizó el estudio de rasgos de personalidad del acusado estableciendo que el mismo posee inmadurez emocional y por lo tanto es proclive a realizar actos de defensa paranoides por su conducta impulsiva y compulsiva, lo que hace tener relaciones interpersonales mal manejadas; por ello, consideramos que la víctima no estuvo imposibilitado de realizar actos de defensa, más cuando en el sitio de los hechos estuvieron también presentes otras personas que bien pudieron realizar actos de ayuda a efectos de evitar este lamentable suceso; pues en las condiciones que se produjo el hecho, inclusive cualquiera de los pudo resultar lesionado o muerto, de tal manera que nunca la víctima se encontró imposibilitado de defenderse; esto sin perjuicio incluso, que gran parte de la doctrina entienda que el imposibilitar la defensa de la víctima forma parte asimismo de la alevosía. Ahora, para que se dé el ensañamiento, dice la Segunda Sala Penal de la ex Corte Suprema de Justicia (en sentencia de 09 de octubre de 2007, las 09h00, dentro del juicio No.453-07, citada también por este mismo Tribunal en la sentencia dictada en el Juicio Nro. 140-2012), que "se requiere de una intención previa, calculada, que se prevea que con el accionar del agresor se aumenta en forma deliberada dolor en la víctima (...) capaz de producir graves, dolorosas y mortales lesiones a la víctima". Al ensañamiento entonces aparece el ánimo de matar y hacerlo con crueldad al punto de hacer aumentar el dolor y el sufrimiento de la víctima, lo que es posible claro está mientras esté viva la víctima; en el presente caso, el ensañamiento jamás se produjo, pues como consecuencia casi lógica de los hemos analizado, si no existió alevosía ni tampoco se





imposibilito a la víctima la posibilidad de defenderse, es poco menos que probable, que al encontrarse una lesión que le ocasionó la muerte de la víctima, a decir del doctor Edgar Ramos Pilco, médico-legista que actuó como perito realizando la autopsia, quien indicó claramente que la muerte se produjo por herida corto punzo cortante en el cuello, calificándolo como homicidio, lo que está corroborado también con el acta del levantamiento del cadáver; en razón de ello, no se puede hablar de la existencia de ensañamiento ni que se haya aumentado deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, tal es así que quizá de mediar una atención de salud inmediata y eficiente podría habérsele salvado la vida, lo que no ocurrió porque se le dio esa atención luego de un buen tiempo de producido el hecho, pues si bien las heridas fueron graves, ello no basta para haberse demostrado la circunstancia referida, para convertir el homicidio en asesinato. En lo que respecta a la cuarta circunstancia gravosa que se acusó, esto es, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos, vale decir que desde la doctrina la misma "... radica en que el medio empleado no sólo causa la muerte de la persona a la que se quiere matar, sino que también causa daños adicionales a la propiedad y pone en peligro la vida de otras personas, o causa definitivamente otras muertes. Esta actitud del homicida, que implica un desprecio a la vida de personas indeterminadas, es razón suficiente frente a la ley penal para considerar el hecho como un asesinato" (Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial, Quito, Ediciones Legales S.A., 2012, p. 302). El Tribunal, no encuentra razones probadas para poder establecer aquello, en razón de que como dejamos explicado, el lamentable deceso de la víctima, nunca devino del exceso en los medios empleados para provocar la muerte, porque en definitiva quedó demostrado que el homicidio se produjo a causa de las heridas, realizadas con un objeto corto punzantes cuchillo (esto se recoge de los testimonios y pericias incorporadas en el juicio) por lo tanto, no consideramos, esté justificada dicha circunstancia, para que se considere asesinato; sin embargo vale aclarar que efectivamente el uso de un cuchillo, ciertamente provoca una muerte violenta, pero jamás según la doctrina, puede asimilarse que con ello se pueda producir grandes estragos. En resumen diremos entonces, que el delito que se ha probado es el de homicidio, previsto y sancionado en el artículo

449 del Código Penal, en razón de que del análisis precedente, este Tribunal no encuentra probado que haya existido, alguna o algunas de las circunstancias del artículo 450 ibídem. LÍMITES DE LA SENTENCIA. La presente sentencia únicamente persigue de un lado, la realización de la justicia, y de otro, constituir parte de la tarea del Poder Judicial en cuanto a su compromiso democrático de protección a los miembros de la sociedad, dentro del marco de la ley, de evitar la impunidad frente a delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y a la propiedad del conjunto social, sea quien fuere el responsable de las mismas. Ello, también, en razón de la función principal del Derecho penal que no es otra que la prevención de delitos como medio protector de la persona humana y de la sociedad, porque ninguna persona puede ejecutar actos ilícitos al margen de la Constitución y el ordenamiento jurídico justifica. DECISIÓN: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de HO-MICIDIO SIMPLE, aunque el acusado y su defensor, reiteradamente han sostenido que el comportamiento humano que es objeto de la presente investigación penal se adecua a los presupuestos jurídicos que señala el art. 19 del Código Penal Material, es decir, la existencia de una causa de justificación que fue ampliamente analizada en esta sentencia, no obstante, en contra de aquellas pretensiones defensistas existe abundante material probatorio y objetivo, como quedó demostrado en precedencia, testimonios, pericias, documentos e informes que han sido ratificados en el acto del juicio oral por los autores que realizaron, los mismos que ofrecen "prima facie" las garantías técnicas y de imparcialidad, igualmente, los informes y pericias aparte de ser ratificados en el acto del juicio oral, fueron sometidos a contradicción a través de la comparecencia en el acto de la vista oral de los testigos Y peritos técnicos designados que intervinieron en su elaboración. De tal delito resulta responsable, en concepto de autor, el acusa OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en el delito atribuido según lo expuesto en los apartados anteriores, por lo que el Tribunal infiere, fuera de toda duda razonable, que el referido acusado ha adecuado su conducta al tipo penal de HOMICIDIO SIMPLE que describe el art. 449 del Código Material Penal Por las razones expuestas y con fundamento en los arts. 304-A, 309 y 312 del Código Procesal Penal, Quinto Tribunal



de Garantías Penales de Pichincha, ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara la culpabilidad de OSCAR LEONARDO VACA ORTIZ, cuyos datos de filiación son los que se encuentran consignados en la presente sentencia y tomando en consideración su buen comportamiento social anterior y posterior, su falta de antecedentes penales, conforme se halla justificado procesalmente, con fundamento en lo que señalan los arts. 29 y 72 del Código Procesal Penal, se le impone la pena modificada de SEIS AÑOS DE RECLUSION MAYOR ORDINARIA, como autor del delito tipificado y sancionado en el art. 449 del Código Penal Material, en concordancia con el art. 42 del mismo texto legal. Para el

cumplimiento de la pena impuesta se observará de manera estricta lo que prescribe el art. 39 del Estatuto de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, debiendo descontárselos el tiempo que hayan permanecido privado de su libertad individual por esta misma causa. Se lo codena además al pago de los daños y perjuicios ocasionados por esta infracción. De la valoración del material procesal y oídas las intervenciones de la representación fiscal y la defensa de los hoy sentenciados, este Tribunal juzgador advierte que no existe actuaciones contrarias a la ética y a los principios constitucionales y legales.- Actúe el Doctor Juan Carlos Rivera, Secretario Titular de este tribuna.- Cumplase y Notifiquese. f) Drs. Marcelo Narvaez (Presidente), Edmundo Samaniego Luna (Juez) y Hugo Horacio Aulestia Aulestia (Juez Encargado).

#### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio nro. 2013-0301

Juez ponente: Dr. Marco Rodriguez Ruiz

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PI-CHINCHA.- PRIMERA SALA DE GARAN-TIAS PENALES. Quito, jueves 3 de octubre del 2013, las 10h03.

VISTOS: Encontrándose legalmente integrado este Tribunal de Alzada, luego de haberse evacuado la audiencia oral, pública y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168.6 y 169 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 205.1, 325.1 y del Código de Procedimiento Penal, procede a emitir su pronunciamiento por escrito sobre los recursos de apelación interpuestos tanto por el procesado Óscar Leonardo Vaca Ortiz, como por el acusador particular Remigio Aníbal Dávila Del Salto de la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha.- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera lo siguiente: **PRIMERO**: JURISDICCION Y COMPE-TENCIA: La competencia se ha radicado en este Tribunal de Alzada por el sorteo legal, de conformidad con lo previsto en los artículos 343.2 del Código de Procedimiento Penal; y, 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUN-**DO: VALIDEZ PROCESAL: En el trámite del presente proceso, se han observado las solemnidades sustanciales, por lo que este Tribunal de Alzada

declara la validez del mismo.- TERCERO: ANTE-CEDENTES: El ll de agosto de 2012, a las 16h45, se ha llevado a cabo la Audiencia de Formulación de Cargos, en la cual, la Dra. Mayra Soria, Fiscal de Pichincha, ha resuelto iniciar instrucción fiscal en contra de Oscar Vaca Ortiz por el presunto delito tipificado en el artículo 450 del Código Penal.-El 19 de noviembre de 2012, a las 09h09, se ha realizado la Audiencia Preparatoria del Juicio y Formulación del Dictamen, en la que el Dr. Javier Bósquez, Fiscal de Pichincha, ha emitido dictamen acusatorio en contra del procesado antes referido por el presunto delito tipificado en el artículo 449 del Código Penal; y, ha solicitado al Juez A-quo que dicte auto de llamamiento a juicio en su contra.- El 4 de diciembre de 2012, las llh33, el Juez Décimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de Oscar Vaca Ortiz, por presumirle autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 449, en concordancia con el artículo 42 del Código Penal.- Los días 2, 6 y 9 de mayo de 2013, se ha llevado a cabo la Audiencia de Juzgamiento, en la que el Dr. Vicente Reinoso, Fiscal de Pichincha, ha acusado como autor material al procesado del delito tipificado en el artículo 449 del Código Penal; mientras que el 10 de julio de 2013, las 19h09, el





Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha ha dictado sentencia condenatoria en contra de Óscar Leonardo Vaca Ortiz por considerarle autor del delito de homicidio simple tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal y le ha impuesto una pena de seis años de reclusión mayor ordinaria; fallo del cual, tanto el sentenciado, como el acusador particular han interpuesto recursos de apelación, los mismos que se encuentran para su conocimiento y resolución en esta Sala.- CUAR-TO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO **DE APELACIÓN Y CONTESTACIÓN:** En la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, el acusador particular y recurrente Dr. Remigio Dávila Del Salto, manifiesta que el Tribunal Quinto realizó una falsa apreciación de la prueba o no tomó en su totalidad la prueba que se actuó en la audiencia de juicio, al confundir la prueba testimonial, pues del desarrollo de la audiencia, luego de hacer un análisis de los testimonios solo valoró los testimonios de Jaime Arturo Salazar Moya, del Suboficial Luis Alfonso Pineda Tasiguano y del médico legista Edgar Ramos Pilca, pero no valoró la prueba de testigos presenciales que aportó la acusación particular, mientras que los testimonios valorados, son referenciales y uno de ellos, es el rendido por el policía aprehensor, que relató lo que el señor Vaca le dijo, por lo que trata hechos que no conoce; que al Suboficial Pineda, quien realizó el levantamiento de cadáver, el señor Vaca le narró lo sucedido; que se aceptó lo relatado por el señor Vaca, es decir, que tomó un cuchillo y sin saber qué hizo agredió a la víctima, mientras que también dice que cerrando los ojos, tomó el cuchillo; que no se aceptó el testimonio de un testigo que presenció como el señor Vaca le persiguió a la víctima 137 metros desde el sitio de la primera agresión hasta donde es impedido que siga agrediendo a la víctima; que el testigo presencial que narró los hechos, advierte que el señor Vaca se trasladó al frente y lanzó el cuchillo a la Papelería Paco; que se dejó sin efecto el testimonio de César Macías Sánchez, guardia de seguridad del grupo G4, quien observa y narra que el señor Vaca corrió desde el puesto de comidas y luego hacia la vereda del frente; que un tercer testigo, Guillermo Alcívar, guardia de seguridad, observó que a 400 metros de la primera agresión, llegó Carlos Dávila, se apoyó en un muro e intentó sostenerse, este testigo es uno de los que le auxilió; que Oswaldo León Cóndor vio que en la Frutería Monserrate, fue donde murió la víctima; que el Tribunal no observó el numeral 1

del artículo 450 del Código Penal, es decir, que en este caso hubo alevosía, que se configura por el simple hecho de asegurar el fondo u objeto de lo que quiere el agresor, sin correr riesgo, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia; que el doctor Ramos Pilco dijo con claridad que las tres heridas, una en la cabeza, otra en el hombro y cuello son inferidas de atrás hacia delante, de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha, por lo que sería aplicable también los numerales 2 (aunque del contexto se infiere que el recurrente se refería al numeral 4) y 5 del artículo 450 ibídem, porque al agredir por la espalda no le permitió a la víctima defenderse y aumentó su dolor, por la persecución que hubo de 137 metros y las tres heridas, además, quien estaba armado de un cuchillo era el señor Vaca; que la imposibilidad de defenderse se da cuando una persona es agredida por la espalda, lo que la ley prevé como circunstancia constitutiva de asesinato; que el doctor Ramos Pilco dijo que se produjo un homicidio, pero no especificó si se trataba de simple o calificado; que el recurrente llegó al lugar de los hechos y descubrió la verdad, lo que no lo hizo Fiscalía, ni la policía; que su hijo (víctima) estuvo en la morgue durante 14 días, identificado con un NN, pese a que tomaron huellas, pero no se hizo nada por aclarar la verdad de los hechos; que los artículos 1, 3, 10, 11, 76 y 82 de la Constitución, garantizan los derechos de las personas que son iguales para todos, por lo que solicita se acepte el recurso y se haga justicia.- Por su parte, el Dr. Juan Jaramillo Salinas, abogado defensor del recurrente Óscar Vaca Ortiz, manifiesta que ha interpuesto recurso de apelación de la sentencia expedida por el Tribunal Quinto por considerar que en la misma no se han valorado los elementos probatorios de descargo actuados; que el día 1O de agosto de 2012, a las 12h00, su defendido se encontró con sus amigos Eddy Mera y Adrián Castro de 21 años de edad, para jugar en un villar ubicado en el sector de La Florida, luego fueron a comprar cigarrillos en una tienda, en esas circunstancias, se acercó un ciudadano (Carlos Dávila) que se identificó como colombiano, les pidió un cigarrillo y se pusieron a conversar; que tal ciudadano les dijo que estaba en Ecuador para realizar actividades relacionadas con sicariato, por lo que esperaba cobrar un dinero, además, les pidió que le faciliten una llamada telefónica, lo que fue aceptado por Óscar Vaca; que el ciudadano fingiendo que realizaba unas llamadas, caminó hacia la prensa en sentido Occidente-Oriente, por lo que Oscar Vaca le dijo que le



devuelva el teléfono, ante lo que Carlos Dávila, le amenazo, diciéndole "no te voy a devolver el teléfono, no me jodas, te voy a matar"; que en la avenida La Prensa, en el sector de venta de tripas, Carlos Dávila sacó un arma e intentó agredir a Oscar Vaca (cuchillo de 30 cm.), quien se internó en el lugar de las tripas y cogió un cuchillo para defenderse, entonces, Carlos Dávila se acercó armado y se produjo la riña; que desde un primer momento Óscar Vaca fue víctima de agresiones físicas y verbales, pues el perito médico legista determinó a su defendido una incapacidad de cuatro a ocho días para el trabajo y concluyó que sus heridas son producto de un arma de filo; que el artículo 19 del Código Penal determina los presupuestos para que opere la figura de la legítima defensa, esto es, actual agresión ilegitima: debido a que la integridad física y psicológica de Óscar Vaca estaba en riesgo y peligro, el instinto de conservación, lo motivó y actuó de manera inconsciente no premeditada, sino instantánea, sin razonamiento lógico; necesidad del medio empleado para repeler dicha agresión: un instrumento que se utilizó para precautelar la integridad física ante un inminente riesgo; y, falta de provocación suficiente: Oscar Vaca jamás buscó a Carlos Dávila, tampoco fue el sujeto que tuvo la intención de originar una riña; que Carlos Dávila pretendió llevarse el teléfono celular para seguir ingiriendo sustancias prohibidas, lo cual fue corroborado por Marta Durán Arcos, quien estaba con su hija en la parada del metro, pudo mirar cómo se produjeron los hechos ya relatados, al igual que José Guillermo Játiva, quien dio cuenta de los hechos, por lo que solicita que se acepte el recurso y se expida sentencia absolutoria.- Por último, el Dr. Vicente Reinoso, Fiscal de Pichincha, manifiesta que los argumentos de hecho y derecho fueron objeto de presentación en el Tribunal Penal, por lo que se limita a resaltar que en base a las investigaciones y la prueba actuada, Fiscalía determinó la existencia del delito de homicidio simple, tipificado en el artículo 449 del Código Penal, mientras que la tesis de la acusación particular considera que el delito está tipificado en el artículo 450, numerales 1, 2 y 5 del Código Penal; y, la defensa del acusado alega que hubo legítima defensa; que el Tribunal actuando de manera prolija y con fundamentos probatorios determinó que se trataba de homicidio simple; que el móvil del delito se produjo cuando la víctima, que estaba lleno de tatuajes y con acento colombiano, sedujo con engaño a tres estudiantes; que el ahora occiso, aduciendo que espera que

le paguen unos USD. 1.500.00 por sus actividades vinculadas con el sicariato, no quiso devolver el teléfono celular al hora sentenciado, por lo que en la avenida La Prensa y Florida, sacó un cuchillo, mientras el ahora sentenciado, corrió al lugar de venta de tripas, tomó un cuchillo y le dio dos puñaladas; que tanto Fiscalía, como el Tribunal concluyeron que no se comprobaron las circunstancias del delito de asesinato, sino que hubo homicidio, tesis que la mantiene, por lo que está de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal, por tanto, esta Sala de Alzada se dignara dictar la resolución que corresponda.- QUINTO: PRUEBAS: 5.1. Pruebas de Fiscalía: 5.1.1. Testimonio propio de Jairo Arturo Salazar Moya, quien ha manifestado que el 10 de agosto del 2012, a la altura de los Cines Gemelos (calles Florida Y Aucas), con otro policía (conductor del vehículo), observaron que varios ciudadanos agredían a un sujeto (Óscar Vaca), luego, les informaron que este último, por un robo, había herido a otro ciudadano (Carlos Dávila) con un cuchillo que lo botó en techo de la papelería Paco; que el cuchillo fue encontrado y estaba con grasa; que trasladó al señor Óscar Vaca para que reciba atención y también pudo verificar la presencia del ciudadano herido, quien estaba sin signos vitales, en el balde de un patrullero; que el señor Óscar Vaca, presentaba golpes en su rostro; que el ahora occiso estaba con la ropa sucia y no se le encontró arma alguna; que el señor Oscar Vaca le relató que al hoy occiso le conoció un villar, que éste trató de quitarle el celular, por lo que se pusieron a pelear, tomó el cuchillo cerró los ojos y le agredió en defensa propia, además, le refirió que el hoy occiso portaba un cuchillo que no se logró encontrar; 5.1.2. Testimonio propio de Luis Alfonso Pineda Tasiguano, quien ha manifestado que el 10 de agosto del 2012, realizó el acta de levantamiento del cadáver que le hizo constar como NN, luego, estableció que la victima respondía a los nombres de Carlos Alberto Dávila; que el cadáver estaba tendido de espaldas con algunas vestimentas, presentaba una herida punzo cortante a la altura del cuello y ceja izquierda, la ropa estaba con maculaciones de color rojo; que se entrevistó con el señor Óscar Vaca, quien le relató los hechos; 5.1.3. Testimonio propio de Edgar Alberto Ramos Pilco quien ha manifestado que el 25 de agosto del 2012, realizó la autopsia al ahora occiso de nombres Carlos Dávila; que el cadáver presentaba a nivel de la región temporal y occipital una herida de tipo cortante de 12 centímetros, una escoriación pequeña





en su quijada, en cuello y en el hombro izquierdo una herida cortante, además, observó la presencia de tatuajes que al examen interno, tenía varias lesiones en la región cervical, así como también a nivel de tráquea y esófago; que clasificó como muerte violenta, producida probablemente por un homicidio; que el arma ingresó de izquierda a derecha, de atrás hacia adelante; que la profundidad fue de 5 a 10 centímetros; que con atención adecuada, podría haberse suspendo la hemorragia y tener un margen de vida; 5.1.4. Testimonio propio de León Isaac Merchán Quimiz, quien ha realizado la evaluación sicológica al señor Óscar Leonardo Vaca Ortiz; que el examinado tiene conciencia y voluntad, así como buena memoria, es orientado en tiempo espacio y sus relatos coherentes, además, procede de un hogar poco estructurado, tiene cuatro hermanos, tuvo una niñez difícil, es padre de una niña; que el paciente le relató los hechos admitió que estuvo bajo los efectos del alcohol, que en un momento dado se ofuscó y perdió su conciencia y voluntad; 5.1.5. Testimonio propio de Darlin Yovany Cañar Chamba, quien ha realizado el reconocimiento de evidencias de un teléfono marca Samsung, sin batería, con chip movistar; 5.1.6. Testimonio propio de Paulo Fredy Robayo Laguatasig, quien ha realizado la experticia de cruce de llamadas en base a los registros que envían las operadoras entre cuatro números de teléfonos, cuyos números son: XXXX, XXXX (Cecilia Castro), XXXX (Óscar Vaca) y XXXX (María Cevallos); que la correspondencia llamadas es del 08 de octubre del 2012 y del 10 de agosto del 2012, las zonas son la Reina Victoria, centro de Riobamba, los Arupos, la Carrión, la Cámara de Comercio y La Delicia que desde el número XXXX, hubo dos llamadas entrantes a las 18H00 y 19H00 y tres llamadas salientes: 5.1.7. Testimonio propio de María Pilar Chiriboga Hurtado, quien ha realizado la valoración sicológica al señor Oscar Vaca Ortiz, para determinar sus rasgos de personalidad; que el examinado presenta inestabilidad afectiva, es una persona apegada al orden, mucha agresividad verbal y física, que al momento de la evaluación se encuentran inhibidas, además, muestra un alejamiento de relaciones interpersonales, una inteligencia normal, con una buena capacidad, tiene rasgos de trastorno compulsivo; 5.1.8. Testimonio propio de Roberth Édison Yaselga Amtamba, quien ha realizado el informe de inspección ocular técnica, para lo cual, acudió a Emergencias del Hospital Pablo Arturo Suarez, ahí constato que el

cadáver presentaba una herida de escalpe, un orificio en la región lateral del cuello, tenía tatuajes es en su hombro y antebrazo derecho; el deponente fijó las evidencias y las remitió hasta el centro de acopio, además, observó que el cadáver se encontraba en posición de cubito dorsal con livideces modificables, es decir, con poco tiempo de muerte, vestía un sin números de prendas, no encontró ningún tipo de documento, tampoco había datos en la Policía Nacional, por lo que fue identificado como NN; que recibió un arma blanca, esto es, un cuchillo con adherencias de una sustancia amarillenta (pastos) y empuñadura plástica, de 20 centímetros de hoja y 15 centímetros de mango; 5.1.9. Testimonio propio de Ana Jacqueline Suárez Altamirano, quien ha realizado el examen biológico al señor Óscar Vaca, para lo cual, recibió del bodeguero de la Policía Judicial, una funda con muestras, conteniendo una camiseta con manchas rojizas en el cuello, un pantalón jean con maculaciones color rojo en su parte anterior una chompa jean, en la manga derecha se observaron manchas rojizas, un cuchillo con lámina de acero color plateado y mango de material sintético color blanco; y, una sustancia color amarillo sobre la lámina del cuchillo; 5.1.10. Testimonio propio de Andrea Carolina Dávila Bravo, quien ha manifestado que es la hermana de Carlos Dávila; que el 1º de agosto de 2012, fue la última vez que lo vio, al otro día, aproximadamente a las 14H00, recibió una llamada que terminaba con el número 9, de un joven que quería que le dé sus datos por que había hablado con un colombiano, ahí, empezaron a buscarle, pero no le encontraron, que el lunes 13 de los mismos mes y año, tuvo un accidente su madre por lo que suspendieron la búsqueda, mientras que el 24 de agosto de 2012, identificó a su hermano a quien lo tenían como NN, colombiano, por lo que comenzaron a realizar los trámites para sacarlo; 5.1.11. Testimonio propio de Carlos Adrián Landeta Castro, quien ha manifestado que desde dos o tres años atrás, conoce a Óscar Vaca; que el 10 de agosto del 2012, se encontró con él, para tomar cerveza en La Florida, luego fueron a comprar cigarrillos en una tienda, ahí apareció un individuo pequeño, quien les dijo que era colombiano y les preguntó si le podían regalar un cigarrillo, sacó del cierre del pantalón una sustancia blanca, la puso en el cigarrillo y fumo; en esas circunstancias, llegó Eddy Mena, mientras aquel individuo le pidió a Óscar Vaca que le regale una llamada, ante lo cual, este último, le prestó su teléfono celular; el



individuo llamo y se observó que tenía un arma blanca, además, vestía con dos pantalones y dos chompas y decía para intimidarlos que trabajaba con un colombiano, que era sicario; también, el individuo tenía en una botella de Nestea una sustancia que la mezcló y continuaba fumando y tomando; posteriormente, les dijo que le acompañaran al Aeropuerto, mientras tanto, el deponente le dijo a Eddy Mena que le acompañe a ver su moto, por lo que Oscar Vaca se quedó con el individuo, luego ya no se encontraron con Oscar Vaca y por ello se dirigieron a su casa, al siguiente día se enteraron que le habían detenido, la esposa les informó de su detención; además, añadió el deponente, que Oscar Vaca es una persona tranquila, de su trabajo a la casa y viceversa, también es responsable con su familia, ha sido su mejor amigo, por lo que le sorprendió verlo así, pues no existió ninguna provocación por parte de Oscar; 5.1.12. Testimonio de Erik Belisario Quishpe Toapanta, quien ha realizado la reconstrucción de los hechos, para lo cual, se dirigió a las calles Manuel Serrano, entre Juan de Dios y Blanco; y, también a la avenida Florida Y La Prensa; además, se entrevistó con el señor Carlos Landeta y con una señora, quienes le relataron los hechos; 5.1.13. Testimonio propio de Marco Nicolás Vilatuña Cuichán, quien ha realizado la experticia del cuchillo, se trataba de un arma blanca, tipo cuchillo, con lamina de acero y mango color blanco; había también una camiseta de color blanco, un pantalón azul jean, una chompa jean de color negro, un teléfono celular marca Samsung; 5.1.14. Testimonio de Eddy Santiago Mena Herrera, quien ha manifestado que el 10 de agosto del 2012, pasado el mediodía, se encontraron con Oscar y Carlos, luego, se dirigieron a jugar billar, ellos (Óscar y Carlos) salieron a comprar cigarrillos, pero como no regresaban, él salió a buscarles, entonces, les vio con un señor desconocido, supuestamente colombiano, que tenía una botella pequeña que estima tenía alcohol; comenzaron a hablar, el señor sacó una sustancia blanca y empezó a meter la sustancia en el cigarrillo; manifestaba que había matado a Jaime Hurtado, tenía un tatuaje que decía que era por la muerte del hermano, acto seguido, le pidió el celular a Óscar; también les pidió que le acompañen para recoger una plata por el Aeropuerto, por lo que salieron y se quedaron cerca de la Kennedy; el deponente y Carlos fueron a ver la moto, luego fueron a buscar a Óscar, pero dieron varias vueltas y no le encontraron, en esas circunstancias, se dirigieron a la casa; al día

siguiente, se enteraron que Oscar estaba detenido; además, agregó el deponente que observó que el señor colombiano tenía un arma blanca, en el lado derecho; y, 5.1.15. Testimonio propio de Washington Oswaldo León Cóndor, quien ha manifestado que vive en la avenida La Prensa No. 55; que el día de los hechos, a las 19h45, salió de su casa, en dirección al antiguo Aeropuerto, a la altura de la Frutería Monserrat vio un charco de sangre, el guardia le dijo que le habían. apuñalado a un muchacho, siguió las huellas de sangre y a la altura de la escuela de la FAE, en donde hay un carrito de comida, le preguntó acerca de lo sucedido a un señor, quien le manifestó que un chico pasó por ese lugar, cogiéndose el cuello, mientras otro le seguía.- Prueba documental: a) Certificación de Telefonía Movistar; b) Historia clínica de quien en vida se llamó Carlos Alberto Dávila; y, e) Pericias practicadas por los peritos que rindieron testimonio.- 5.2. Prueba de la acusación particular: 5.2.1. Testimonio del acusador particular y ofendido Remigio Aníbal Dávila Del Salto, quien ha manifestado que es padre de quien en vida se llamó Carlos Alberto Dávila Bravo; que el infractor se llama Óscar Leonardo Vaca Ortiz; que el hecho se dio el viernes 10 de agosto de 2012, a las 19H15, aproximadamente, en la avenida La Prensa y la Florida, en el sector del Aeropuerto; que los testigos fueron Marta Ibran, César Macías Sánchez, Milton Gonzalo Armijos Torres, Eddy Santiago Mena y Carlos Landeta Castro; que el hecho ocurrió en circunstancias en las que el 10 de agosto del 2012, desde las 17H00, se encontraron en el parque de La Florida los señores Vaca Ortiz y Landeta Castro Y fueron a un billar; el señor Vaca Ortiz salió a comprar cigarrillos y fue abordado por un ciudadano desconocido, sicario, que ha asesinado a personas, el mismo que le invita a tomar unas cervezas; alrededor de las 19H00, Carlos Dávila le dice que le acompañe al Aeropuerto, les pide un teléfono, el señor Vaca Ortiz le presta, Carlos Dávila hace dos llamadas, una a la hermana; posteriormente bajan por la calle La Florida, hasta llegar a la avenida La Prensa, en donde el señor Vaca Ortiz le insiste por su teléfono a Carlos Dávila, pero éste no le devuelve: el señor Vaca Ortiz toma un cuchillo y le hiere, mientras observa que Carlos Dávila se aleja, hasta llegar a un puesto de comida, luego, le propina dos apuñaladas más y le sigue ciento cuarenta metros hasta el puesto de comidas; posteriormente, el señor Vaca Ortiz, a la altura de la papelería Paco, lanza el cuchillo y enseguida es detenido, mientras





Carlos Dávila llega hasta la Frutería Monserrat, en donde es observado por el guardia Alcívar Muñoz y tres guardias más de la frutería; llega la Policía y le tira en el balde de una camioneta, luego de 48 minutos le llevan al Hospital Pablo Arturo Suárez, en donde entregan un cadáver; que el señor Vaca Ortiz utilizó un cuchillo de 30 cm. Y 5cm. De la mango 5.2.2. Testimonio propio de Milton Gonzalo Armijos Torres, quien ha manifestado que tiene un negocio de comida en la avenida de la FAE, que el día de los hechos, a eso de las 19h00, escuchó unos gritos de una persona herida que pedía auxilio, mientras otra persona le perseguía con un cuchillo en la mano; este último, se detuvo y tiró el cuchillo en la terraza de la papelería Paco y la persona herida continuó caminando; 5.2.3. Testimonio propio de Segundo Guillermo Alcívar Muñoz, quien ha manifestado que trabaja en la empresa INVESCOL; que el día de los hechos, a las 19H30, un colombiano, que estaba con la mano en el cuello, le dijo que le ayudara, por lo que llamó a la ambulancia, acto seguido, este se desplomó; y, 5.2.4. Testimonio propio de César Antenor Macias Sánchez, quien ha manifestado que trabaja en la empresa G4S como supervisor de vigilancia; que el día de los hechos, vio a una persona que corría y a policías, que le cogieron y le subieron al patrullero.- Prueba documental: a) Acta de audiencia oral por delito flagrante; b) Partidas de nacimiento de María Emily, Carlos Andrés y de María Paz Dávila; e) Partida de matrimonio del ahora occiso; d) Certificado de no tener antecedentes penales; y, e) Certificado obtenido del sistema informático del Ministerio del Interior. - 5.3. Pruebas de descargo: 5.3.1. Testimonio del acusado Oscar Leonardo Vaca Ortiz, quien ha manifestado que el día viernes 10 de agosto del 2012, a las 14hl5, estuvo con unos amigos jugando villa en la calle Florida, tomaron unas dos o tres cervezas; a las 17h30, con Carlos Landeta, fueron a comprar tabacos en la tienda donde un hombre que estaba con una botella de cerveza, le pidió un cigarrillo; el hombre saco una funda blanca, cuyo contenido lo puso en el cigarrillo y comenzó a fumar; también tomaba una botella blanca; el dueño de la tienda le dijo que se fuera; el hombre les dijo que es colombiano, que había huido de Colombia por varias muertes, que era neonazi, sicario y que el formó parte de la muerte del abogado (Jaime) Hurtado, también les dijo "muchachos quieren que les ponga todo", luego, cuando se agachó, se le notó que tenía un arma blanca no decían nada; posteriormente, les dijo

que en el Aeropuerto iba a cobrar USD. 1500.00 y que necesitaba hacer una llamada, el deponente le dijo que tiene saldo y le dio su teléfono pero no le contestaban; en esas circunstancias, llegaron dos motorizados, comenzaron a caminar por la Florida, ellos le seguían porque el hombre tenía su teléfono; enseguida, sus amigos fueron a ver su moto y le dejaron ahí porque el hombre tenía su teléfono, que tiene un bloqueo; el deponente le decía al hombre que le devuelva el teléfono, pero este le decía que no porque ya le contestaron, que camine detrás suyo, que le está "haciendo arrechar"; el hombre pretendió parar una moto pero no le paro; acto seguido, el hombre corrió hacia la avenida La Prensa, el deponente le alcanzó a un lado del lugar en donde venden tripas, en donde le insistió por su teléfono; el hombre le decía que no, que le va a matar, que va a matar a su familia, además, le golpeó y cayó al suelo; el hombre sacó un arma con punta, con lo que le iba a herir, el deponente se metió al sitio de venta de tripas, donde "con miedo" cogió un cuchillo para que el hombre se vaya, pero éste le vio, le insultó, diciéndole que ha "hecho todo" para que le mate; el hombre le llevó hasta una parada de bus, en donde se le abalanzó, el deponente cerró los ojos y no sabe qué pasó; enseguida, se dio la vuelta y comenzó a caminar en dirección norte, no sabía qué hacer, recogió su teléfono que el hombre lo había botado; entonces, le siguió "un montón de gente", él corrió, pero las personas le cogieron, él se hincó; las personas le pegaron y le robaron sus cosas, hasta que llegó la Policía; agregó el deponente que tenía una herida en la mano, la misma que en el examen que le hicieron, le dijeron que era producida por un arma con filo; que todo paso tan rápido que pensó que él iba a morir; 5.3.2. Testimonio propio de José Guillermo Játiva Játiva, quien ha manifestado que el día de los hechos, entre las 18h30 a 19h00, en la avenida La Prensa, mientras esperaba un bus, vio a dos jóvenes discutiendo; uno de ellos le pedía el celular al otro, mientras el otro, con palabras groseras, tales como "chucha tu madre, hijo de tal y cual", le decía que no le iba a devolver, luego, le arrinconó contra la pared y sacó un cuchillo; mientras tanto, (quien pedía el teléfono) cogió un cuchillo del asadero, el otro se abalanzó, caminó como unos veinte pasos y cayó; 5.3.3. Testimonio propio de Fabián Pólit Macías, quien ha practicado el examen médico legal al señor Óscar Vaca Ortiz, quien presentaba unas escoriaciones en la región frontal derecha; en la mejilla derecha, tenía los



labios eritematosos, en su maxilar presentaba una zona equimótica, en el emitorax, una equimosis de dos centímetros de diámetro, en su brazo derecho una equimosis, en el torso de mano derecha una escoriación lineal de uno y medio a dos centímetros por deslizamiento de un objeto cortante; las escoriaciones fueron por remelladura; al paciente le estableció una incapacidad de cuatro a ocho días; 5.3.4. Testimonio propio de Martha Cecilia Durán Arcos, quien ha manifestado que el día de los hechos, a las 19h00, en la avenida La Prensa, a la altura de la parada del metro, se percató que estaban discutiendo unos muchachos, uno de ellos le decía a otro que le devuelva el teléfono y cuando este último, que estaba con ropa oscura, sacó un cuchillo de su ropa, ella se retiró del lugar; 5.3.5. Testimonio propio de Leonardo Germán Vaca Arequipa, quien ha manifestado que el día de los hechos, se encontraba en su casa ubicada en la calle Guatemala Oel0, cuando le informaron que su hijo estaba preso, por lo que fue a verle en la Policía Judicial, en donde su hijo le relató lo sucedido; 5.3.6. Testimonio propio de Janeth Cecilia Castro Herrera, quien ha manifestado que es madre de Carlos Adrián Landeta Castro; que hace unos 15 días atrás del hecho, le compró a su hijo una moto y, por ello, el 10 de agosto de 2012, a las 16h00, le llamó a su hijo, quien le informó que estaba con Oscar en unos villares de la Florida; y, 5.3.7. Testimonios propios de Fausto René Caza Caza y de Luis Alfonso Brito Reinoso, quienes han manifestado que desde hace algún tiempo atrás conocen a Oscar Vaca Ortiz, quien es una persona honorable y que no ha tenido problemas con justicia.- Prueba documental: a) Certificados de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha; b) Certificado de conducta extendido por el establecimiento carcelario en el que se encuentra privado de su libertad individual; y c) Certificaciones de las desarrolladas por el acusado.- **SEXTO**: ANÁLISIS DEL TRI-BUNAL: El profesor Jorge A. Claria Olmedo, en su texto Derecho Procesal Penal, Tomo II, acerca del recurso de apelación, acota lo siguiente: "(...) Si los actos procesales no se adecuan al esquema de la ley o no resulta justo el contenido de la resolución, la finalidad del proceso estará desviada o no será obtenida, se habrá incurrido en ilegalidad o en injusticia, calidades que recíprocamente podrían estar contenidas una en la otra. Las partes tienen el poder de impugnación cuando dentro del proceso o después de él persiguen la corrección o eliminación del error o defecto. Es un poder autónomo

porque no depende de la existencia real del error o vicio, sino que nutre en su mera invocación ante la existencia del agravio. Es un poder de naturaleza procesal por su origen y contenido, ya que emana de normas procesales y sirve para hacer valer pretensiones de ese mismo carácter. Legislativamente la impugnación está caracterizada con la expresión "recurso", que en singular se aplica a cualquiera de los medios. En cuanto a su objeto, queda limitada a las resoluciones judiciales, con exclusión de lo que se conoce por incidente de nulidad. (...) La parte agraviada interpone el recurso, y su aceptación abre jurisdiccionalmente la vía que conduce a la nueva resolución confirmatoria, revocatoria o anulatoria de la resolución impugnada: desestimación o acogimiento de la pretensión impugnativa, por rechazarse o aceptarse su fundamento. En el proceso penal los medios de impugnación aparecen como un marcado reducto del principio dispositivo (...) Tienen como fundamento constitucional la garantía de una mejor justicia y regularidad procesal. Se asientan en la falibilidad de los jueces perfecta organización judicial no alcanza a eliminar. En conclusión, los recursos tienen como fundamento razones de legalidad y de justicia. Recurrir implica afirmar la existencia de un vicio, éste puede consistir en un juicio incorrecto contenido en la decisión impugnada, o en un pronunciamiento irregular en su obtención. El error de juicio puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. El efecto de procedimiento puede radicarse en la construcción de la resolución o en el trámite para llegar a ella (...). Es yerro sobre los hechos cuando el vicio hace al mérito de lo fáctico integrante de la cuestión de fondo, o sea a la cuestión resuelta sobre la realidad ocurrida que debe encuadrarse en el sistema legal. (...)Se trata de los hechos de la causa y no del proceso. En cambio, el error del juicio es sobre el derecho cuando se encuentra en la valoración jurídica del caso decidido: discordancia entre la realidad fijada y el esquema legal escogido para su encuadramiento. Se incurre en error al aplicar la norma jurídica en sentido amplio. Generalmente a de tratarse de la ley sustantiva, pero puede ocurrir que el caso esté regido por la ley procesal. En general se resuelve en la actuación de una norma específica cuando no correspondía ninguna o viceversa, o de una norma específica cuando en realidad correspondería otra (...) Es una inobservancia o errónea aplicación del derecho en su integridad normativa (de represión y de libertad) frente al caso resuelto.





El vicio in procedendo no se refiere al caso resuelto sino a la forma de resolverlo para decir o para llegar a la resolución, sin tener en cuenta el juicio contenido en el dispositivo. (...) En todo caso el efecto influir en el pronunciamiento en forma decisiva. Dada su coordinación con las sanciones procesales, el vicio no debe haberse subsanado ni cumplido su fin con respecto a todos los interesados.".- En la especie, el Tribunal A-quo, al expedir el fallo impugnado, en el que declara a Óscar Vaca Ortiz autor responsable del delito de homicidio tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, ha observado correctamente lo previsto en los artículos 84, 85, 86, 88, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, por tanto, esta Sala de Alzada no aprecia que el Tribunal Juzgador haya incurrido en error de juicio que puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. En este orden de ideas, las posturas jurídicas asumidas tanto por el acusador particular, como por la defensa del procesado, carecieron de sustento jurídico, en la medida en que fueron insuficientes para justificar que dentro del caso que se juzga, el acusado cometió el delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450, numerales 1, 4 y 5 del Código Penal, que dicen: "Es asesinato y será reprimido con "reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años", el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: l. Con alevosía;... 4. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 5. Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse (...)"; así como también, para acreditar la existencia de un error de prohibición en la conducta de Oscar Vaca Ortiz, relativo a la legítima defensa.- Bajo estos lineamientos, se advierte que prácticamente todos los testimonios de cargo y de descargo, que de una u otra forma presenciaron parte de los hechos, tales como los rendidos por Carlos Landeta Castro, Eddy Mena Herrera, Washington León Cóndor, Milton Armijos Torres, Segundo Alcívar Muñoz, César Macías Sánchez, José Játiva Játiva y Martha Durán Arcos (los dos primeros presenciaron los hechos, hasta poco antes de producirse la muerte de quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, mientras que los demás, presenciaron parte del enfrentamiento suscitado entre acusado y víctima), guardan un mismo hilo conductor, así como una estructura coherente y lógica, además, sus afirmaciones se complementan con los testimonios y las actuaciones realizadas por los policías Jairo Salazar Moya (agente aprehensor),

Edgar Ramos Píleo (acta de protocolo de autopsia), Roberth Yacelga Amtamba (informe de inspección ocular técnica), Erik Quishpe Toapanta (informe de reconstrucción de los hechos) y Marco Vilatuña Cuichán (experticia del cuchillo); así como tampoco tales declaraciones difieren de las rendidas por el acusado y por el acusador particular. En este contexto, los únicos elementos nuevos, para poder ser tomados en cuenta individualmente, son los que aportan el testigo de cargo Milton Armijos Torres, quien menciona que el acusado botó el cuchillo en la terraza de la Papelería Paco; y, los testigos de descargo, José Játiva Játiva y Martha Durán Arcos, quienes concuerdan en que la víctima también tenía un cuchillo en su poder; de tal suerte que todos los testimonios antes señalados, resultaron definitivos para colegir que el 10 de agosto de 2012, en horas de la noche, en las inmediaciones de la avenida La Prensa, acaeció un enfrentamiento verbal y físico entre acusado y víctima, debido a que el último de los nombrados se resistía a devolver un teléfono celular que le pertenecía al primero; y en el que, finalmente, Óscar Vaca Ortiz, le ocasionó la muerte a quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, al propinarle tres heridas con arma blanca (cuchillo); y, de esta manera, subsumió su conducta al delito de homicidio simple, sin ninguna de las circunstancias del injusto penal de asesinato, pero tampoco actuando en legítima defensa.- Para mayor ilustración, el jurista argentino Edgardo Alberto Donna, en su libro Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, desmenuza en un solo apartado las circunstancias del asesinato relativas a la alevosía e indefensión de la víctima, mientras que la otra circunstancia alegada por el acusador particular, esto es, ensañamiento, también lo vincula con el estado de indefensión de la víctima y subraya lo siguiente: "El proyecto Tejedor había definido a la alevosía afirmando que consistía en dar la muerte, una muerte segura, fuera de pelea o de riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente"; además, el autor argentino agrega que el Diccionario de la Lengua Española dice de la alevosía que "es cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. En otra de sus acepciones, según el mismo diccionario, esta palabra tiene el significado de traición, perfidia. La finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima suelen ir unidas; de no ser así no podría apreciarse la agravante, que exige concurrencia de



ambas finalidades". Mientras tanto, también Bacigalupo analiza alevosía e indefensión de la víctima, en un solo apartado; y, agrega que la gravedad de la alevosía deriva de la indefensión que tiene la víctima que es producto de la confianza que deposito el autor, por eso concurre con la idea de abuso de superioridad, junto al abuso de confianza. En este contexto, Edgardo Donna exige tres elementos concurrentes para tipificar la alevosía: a) indefensión de la víctima; b) abuso de confianza; c) expresión de una actitud elevada de hostilidad hacia la víctima, asimismo, el citado tratadista, también expone los supuestos históricos sobre los que se ha ido construyendo la alevosía, y que son: "a) El homicidio proditorio, en el cual al acto de matar precede el apostamiento, el acecho, la trampa, la emboscada, que aseguran una ejecución sin riesgo, ya que la víctima está desprevenida; b) el ímpetu o sorpresa, que es una agresión súbita, inopinada, inesperada ocultando el ataque; c) el aprovechamiento de una situación de indefensión del ofendido no provocada por el ataque". También acota el profesor argentino que "(...) la alevosía se da cuando el estado o situación de la víctima ha sido buscada o aprovechada, lo cual supone una elección de parte del actor (...)". Por último, Edgardo Donna, en torno al ensañamiento, dice: "Es un modo cruel de matar. Es el deliberado propósito del autor de matar haciendo sufrir, o dicho de otra forma, haciendo padecer sufrimientos físicos o psíquicos innecesarios a la víctima. Es posible cuando la víctima no está en condiciones de defenderse, con lo cual se mata complaciéndose con la agonía y por ende alargándola. El ensañamiento tiene lugar durante la ejecución del hecho. Se trata de una crueldad deliberada, de modo que castiga la innecesariedad del daño". (...)Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos)". Del texto legal citado, se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) Que las circunstancias constitutivas del injusto penal de asesinato relativas a la alevosía, estado de indefensión de la víctima y enseñamiento, están íntimamente relacionadas entre sí, por tanto, tienen que ser analizadas de manera unificada y no separadamente, pues si concurre alevosía o ensañamiento, también el estado de indefensión de la víctima; b) Que las circunstancias 1, 4 y del artículo del Código Penal, no tienen una connotación simple, como arguyó el acusador particular al sostener por ejemplo que alevosía se configura "por el simple hecho de

asegurar el fondo u objeto de lo que quiere el agresor, sin correr riesgos", sino que por el contrario, tienen dentro de su acepción, alcance y límites, varias aristas complejas que para el juzgador resulta imprescindible no solo desentrañarlas, sino además, analizarlas y razonarlas al fin de determinar si concurrió o no tal circunstancia constitutiva del ilícito de asesinato; c) que la configuración de la alevosía, tiene un sin número de elementos que deben ser probados objetivamente en la Audiencia de Juzgamiento, tales como: fuera de riña o pelea; de improviso (con cautela, tomando desprevenido a la víctima, a traición); utilizando la confianza que la víctima depositó en el autor, con abuso de superioridad; al acecho (con trampa, en emboscada); estado o situación de la víctima buscada o aprovechada por el actor; lo que se traduce en la exigencia de al menos tres elementos concurrentes, a saber: indefensión de la víctima; abuso de confianza; (este elemento más bien fue utilizado por la víctima en procura de apoderarse del teléfono celular que le pertenecía al acusado); expresión de una actitud elevada de hostilidad hacia la víctima; y, d) Que los principales elementos para que concurra el ensañamiento, son los siguientes: crueldad; haciendo padecer sufrimientos físicos o psíquicos innecesarios a la víctima; matar complaciéndose con la agonía; tortura, anulación de padecimientos a seres queridos; elementos de dichas circunstancias constitutivas del delito de asesinato, que no se verificaron dentro del caso sub júdice, pues los hechos relativos a que el acusado haya seguido o no a la víctima más de cien metros, o que le haya propinado tres heridas por la espalda, como lo sostuvo la acusación particular, no necesariamente implica la concurrencia de los elementos que las configuran, pues se reitera, el fallecimiento de la víctima, se produjo en el contexto de una riña de la que fueron participes Oscar Vaca Ortiz y Carlos Dávila Bravo, en la que ambos estaban armados con armas blancas (cuchillo) y tuvieron posibilidades reales de defenderse; tan es así que la víctima también tenía en su poder un arma blanca según se desprende de los testimonios rendidos por Eddy Mena Herrera, José Játiva Játiva Y Martha Durán Arcos e inclusive por el perito Fabián Pólit Macías, quien le realizó el examen médico legal al acusado y observó, entre otras cosas, que, éste tenía una escoriación en el torso de la mano derecha, "por deslizamiento de un objeto cortante"; en otras palabras, el ahora occiso estaba prevenido del ataque con arma blanca que podía recibir por parte del acusado y de ahí





que resulta imposible que Oscar Vaca Ortiz haya buscado el estado o situación de indefensión de Carlos Dávila Bravo para matarlo, tal como lo exige, entre otras cosas, el maestro Edgardo Donna, o peor aún, que el acusado haya mostrado crueldad alguna al ocasionar la muerte a la víctima, Empero, tampoco se pudo demostrar que en el caso que nos ocupa, Óscar Vaca Ortiz haya obrado en legítima defensa, o lo que la escuela finalista conoce como causa de exclusión de la categoría dogmática del delito relativa a la antijuridicidad por la concurrencia de un error de prohibición, pues no se cumplieron al menos dos de los presupuestos establecidos en el artículo 19 del Código Penal, esto es, necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión (el acusado propinó tres heridas a la víctima, al menos una mortal, de acuerdo al testimonio y actuación del perito Edgar Ramos Pilco, quien realizó el acta de protocolo de autopsia de quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, lo cual no tiene equivalencia con la herida con objeto cortante que recibió el procesado en el torso de la mano derecha, producto de la cual, se le determinó una incapacidad laboral de 4 a 8 días, según se desprende del testimonio del perito Fabián Pólit Macías, quien le realizó el examen médico legal); y, tampoco pudo acreditarse con suficiencia el tercero de los requisitos de la legítima defensa, esto es, falta de provocación suficiente de parte del que se defiende (el acusado pudo evitar la gresca suscitada con la víctima, pues si le dejaba que este último huya y se apodere de su teléfono celular, no se hubiese producido la riña, pero al perseguirlo en pos de su objeto, se produjo la pelea, con la fatal consecuencia, es decir, con el deceso de quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo).- Por consiguiente, el tipo penal en el que incurrió Óscar Vaca Ortiz es el de homicidio simple tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, y en este sentido, el Tribunal de Mérito arribó a tal inequívoca conclusión, valorando todo el acervo probatorio, para lo cual, aplicó correctamente las reglas de la sana crítica, que no son sino el análisis racional y lógico de la prueba, en palabras del jurista Jaime Azula Camacho, en su obra Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas judiciales; y, no de manera sesgada o confusa como desacertadamente propuso el acusador particular.- También, resulta digno de resaltar la labor emprendida tanto por el Dr. Vicente Reinoso, Fiscal de Pichincha, como por el acusador particular Dr. Remigio Dávila Del Salto, para el develamiento del principio de verdad

procesal consagrado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, no así, la labor de los miembros policiales que intervinieron el día de los hechos, esto es, el 10 de agosto de 2012, pues su inoperancia e inacción, sin duda alguna, coadyuvó para que el ahora occiso, quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, no haya sido trasladado con la prontitud que el caso ameritaba, hacia una casa de salud, lo que hubiese incidido para que tenga un margen de vida, así lo advirtió el perito Edgar Ramos Pilco; además, dicha inacción, incidió también para que la víctima haya permanecido identificado en la morgue como NN alrededor de 14 días, sin que se conozca su verdadero nombre, manteniendo a sus familiares en zozobra y sin que puedan emprender las diligencias pertinentes, por tanto, se dispone oficiar al Comandante General de la Policía Nacional, así como al Jefe de la Policial Judicial de Pichincha, a fin de que se inicien los correspondientes expedientes administrativos en contra de los miembros policiales que intervinieron en el aludido día y de ser el caso, se apliquen las sanciones respectivas.- Por último, cabe mencionar que la pena modificada que aplicó el Tribunal Juzgador incumple con los principios de legalidad y de proporcionalidad, esto es, que se ciñe a lo dispuesto en los artículos 449, 29 y 72 del Código Penal, pues la defensa del, acusado justifico las atenuantes contempladas en el artículo 29, numerales 6 y 7 ibídem; y, no hubo ninguna circunstancia agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción de las señaladas en el artículo 30 del cuerpo legal citado.- En consecuencia, esta Primera Sala de Garantías Penales Pichincha, ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima los recursos apelación interpuestos tanto por el procesado Oscar Vaca Ortiz, como por el acusador particular Emilio Dávila Del Salto y confirma en toda sus partes la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha.- Se regula en la cantidad de USD. 8.000.00 dólares, concepto de daños y perjuicios que deberá cancelar el sentenciado al ofendido y acusador particular Dr. Remigio Dávila Del Salto, de conformidad con el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal.- Para cumplir con lo ordenado en los artículos 82 172, inciso segundo, de la Constitución de la República, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos



de administración de justicia, se dispone que por Secretaria de Sala, una vez ejecutoriada esta sentencia, se devuelva inmediatamente el expediente al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes.- Notifiquese y cúmplase.-

f) Dra. Anacélida Burbano Játiva Juez Presidenta, Dr. Marco Rodriguez Ruiz Juez Provincial, Dra. Maritza Romero Estevez Jueza Provincial.

### CASACIÓN

Resolución nro. 1076-2014

La Fiscalía contra el ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz

Juez ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.

Quito, 14 de julio de 2014, las 14h00.

#### **VISTOS**

#### 1. ANTECEDENTES

El Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz, por considerarlo culpable del delito tipificado en el artículo 449 del Código Penal, esto es homicidio simple, le impuso pena modificada privativa de libertad de seis años de reclusión mayor ordinaria, declaró con lugar la acusación particular presentada por el señor Remigio Aníbal Dávila Del Salto, y en su favor ordenó el pago de daños y perjuicios por la suma de ocho mil dólares de los Estados Unidos de Norte América.

De la sentencia apelaron tanto el acusador particular como el procesado, los recursos fueron conocidos por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quien los desechó y confirmó la sentencia.

Los señores Remigio Aníbal Dávila Del Salto, y Oscar Leonardo Vaca Ortiz, oportunamente han propuesto recursos de casación.

#### 2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Casación avocó conocimiento del recurso en providencia de 23 de junio de 2014, a las 08h23. No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni a las Juezas ni al Juez que lo integramos.

### 3. DEL TRÁMITE

En aplicación a la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555, 24 de marzo de 2009, se fundamentaron las impugnaciones en audiencia oral, pública y de contradictorio. Se ha seguido el procedimiento pertinente al caso, se declara la validez procesal en tanto no se ha

trasgredido ni omitido requisito previsto en la ley, que pueda causar la nulidad de lo actuado.

#### 4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

- **1. FUNDAMENTACIÓN** del doctor Remigio Aníbal Dávila del Salto, en su calidad de acusador particular:
- 1.1. Existe un error de derecho, claramente determinado en la indebida aplicación de la ley por parte de la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, autoridad que tramitó el juicio 301-2013 por recurso de apelación interpuesto por las dos partes, y que tiene como origen la sentencia del Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, quien resolvió el juicio No. 217-2012.

La indebida aplicación de la ley es porque en la sentencia se ha violado la norma al tipificar como homicidio simple lo que conforme al acervo probatorio, es un asesinato.

2. La Sala de Apelaciones analiza mal la prueba, analiza mal el artículo 449 del Código Penal, con el que se sentencia al señor Vaca, y falta a la verdad, puesto que en el desarrollo de su sentencia, dice que los dos, víctima y agresor, estaban armados, lo cual es ajeno a la realidad de los hechos, se ha probado ante el Tribunal Penal y la Sala de Apelaciones, que Carlos Alberto Dávila no tenía arma alguna, ese fue el testimonio del teniente Salazar Moya, quien intervino en la detención del señor Vaca; se ha llegado a confundir la prueba testimonial para beneficiar al señor Vaca, porque no se toma en consideración lo que dice el perito médico legal, doctor Edgar Alberto Ramos Pilco, quien indica que en la autopsia encuentra tres heridas por arma blanca, determina que las tres heridas son por la espalda y de izquierda a derecha, pero sobre todo dice que el señor Vaca, luego de inferir la puñalada en el cuello, persigue 137 metros a Carlos Alberto Dávila, hiriéndole dos veces más, por la espalda, cruzan un puesto de comidas, y ahí es detenido por





personas que están comiendo y el dueño del local, quien también rinde una versión, el señor Milton Torres, y explica esto a los juzgadores, les dice que Carlos Dávila pasa ensangrentado, el señor Vaca detrás con el cuchillo en la mano, corre y pasa a la vereda en frente, lanza el cuchillo a la terraza de la papelería "Paco" para eludir su responsabilidad, en ese momento es detenido por el populacho y entregado a la Policía, eso se llama agravante constitutiva, o circunstancias constitutivas de la infracción; el procesado causó inhumanamente, más dolor a la víctima del que era necesario después de la primera puñalada, que tiene como origen que le entregue un teléfono, que terminó en el bolsillo del señor Vaca, cuando es detenido por la Policía, esto en doctrina, en jurisprudencia, es lo que se configura como alevosía cómo no haber alevosía cuando se actúa armado, en contra de una persona que está en su delante, y él ataca por la espalda, cómo no va haber ensañamiento si le persigue por 137 metros y le sigue hiriendo.

"Ese ha sido el fundamento de mi reclamo desde el principio, mi denuncia, mi acusación particular, siempre fueron que hubo asesinato, entonces, se viola la ley por parte de los juzgadores, cuando se aplica el artículo 449 del Código Penal, debiéndose aplicar el artículo 450.1.4.5.6, qué defensa puede realizar una persona que es agredida por la espalda, con una persona que está armada y él no, posteriormente Carlos Dávila avanza unos pasos más y cae frente a la frutería Monserrate y es observado por otro guardia de seguridad que él no llevaba armas, testimonios de personas que vieron el incidente, el testimonio del guardia de G4S, estos testimonios 'presenciales, no pueden estar a la misma altura de los testimonios que se intentan analizar en favor del procesado, que son todos referenciales, inclusive de dio validez al testimonio del señor Guillermo Játiva, que en la audiencia se pidió que se detenga porque estaba perjurando, narró hechos que no tenían relación con el hecho delictivo, dijo que inclusive llegó una ambulancia y se llevó a Carlos Dávila, que jamás fue auxiliado, hicieron desaparecer sus documentos, le pasearon en un patrullero elevando piernas y manos por casi 20 minutos para avanzar un kilómetro del sitio al Hospital 'Pablo Arturo Suárez', todo esto se probó en la audiencia y jamás se atendió, yo quiero invocar con enorme respeto las normas que constan en la Constitución, que garantizan

a los ciudadanos el debido proceso, los artículos 3, 11, 75, 82, 78, terminan siendo violentados, como se violentan también las normas que constan en el Código de Procedimiento Penal, y que tienen relación a los artículos 84 sobre el objeto de la prueba, 85 sobre la finalidad de la prueba, y sobre todo 86 sobre la apreciación de la prueba, aquí ustedes conocen por su experiencia y enormes conocimientos en materia penal que este derecho de la sana crítica provoca muchas veces esta falta de análisis real y lógico, no se violenta por el desarrollo de la petición nuestra, el debido proceso, no se violenta tampoco el principio de congruencia, porque el señor Vaca desde el primer día fue acusado por asesinato, por la acusación particular, y lamentablemente, porque lo dije en presencia del señor Fiscal, Vicente Reinoso Larrea, de la noche a la mañana del día martes a miércoles que había la audiencia cambió de parecer, mientras antes sostenía que existía homicidio calificado, y que lo hacía porque le daba pena del señor que es joven, de la señora y el niño que tenía dos años, Carlos Alberto Dávila Bravo al morir, dejo una viuda de 28 años, deja tres hijos, de 10 años, 9 años y ahora una de 1 año, de él no tuvo pena, yo reclamé eso ante el señor Fiscal, jamás tuve respuesta, el Tribunal se apura a presentar su sentencia, porque en el día que culminó la audiencia, el 9 de mayo de 2013, al día que se emite la sentencia, el 10 de julio de 2013, habían pasado más de dos meses, yo tuve con fastidio para conmigo mismo, llegar al despacho de los jueces y enseñarles que había presentado una denuncia en la Presidencia de la República, haciendo conocer todas las anormalidades que se habían dado, les enseño que la fe de presentación dice que presenté este documento a las 11h10 de la mañana del día 10 de julio, esa misma tarde sentenciaron indicando que ya tenían lista la sentencia de homicidio inintencional, por eso mi denuncia; se movieron influencias extra proceso, no puedo probarlo, sin embargo sigo diciendo que en contra de Carlos Dávila se violentó el principal derecho de los hombres, el derecho a la vida, cierto es que es importante el derecho a la libertad, pero qué será más importante, el derecho a la vida o a la libertad, se violentaron principios internacionales sobre derechos humanos, así consta la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 3, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

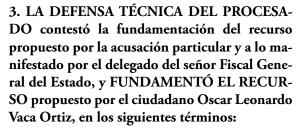


Políticos en el artículo 6, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 1, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el artículo 4, el Convenio para la Protección de Derechos Humanos en el artículo 2, todos ellos protegen el derecho a la vida y le ponen por encima de todos los derechos y así tiene que ser, he dicho al señor Vaca le he dicho que yo no busco venganza, yo busco justicia, y la única manera de que se llegue a ser justicia es aplicando la ley como corresponde, se han violado normas legales, y esa es la fundamentación de mi recurso. Finalmente en mi labor, invoco el artículo 169 de la Constitución de la República que determina que la parte procesal velará por la justicia, pero finalmente la omisión de solemnidades no obstaran para que se cumpla la justicia, es posible que como un ciudadano común y corriente, como un abogado más de la República, cometa algún error, que incurra en alguna omisión, por eso invoco ese artículo para que se tome en mi favor, lamentando lo que le sucede al señor, pero exigiendo justicia."

**2. LA FISCALIA,** respecto a la fundamentación del recurso de casación propuesto por la acusación particular, dijo:

Coincide con lo manifestado por el doctor Aníbal Dávila. Existe violación a la ley por parte del juzgador de instancia, la Corte de Apelación, y hay indebida aplicación de los artículos 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, porque no se ha hecho una correcta aplicación respecto de la finalidad de la prueba

"Aunque no hay valoración de la prueba en el recurso de casación, pero si existe la violación de la ley; y el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, la apreciación de la prueba no se lo ha hecho conforme lo requiere la sana crítica, y además, la Fiscalía considera y estima que ha habido una errónea interpretación respecto de la tipificación, la punición de este delito, pues de la lectura de la sentencia, de la Corte Provincial, se aprecia que existen todos los elementos, del delito tipificado y sancionado por el artículo 450 del Código Penal, que refiere al asesinato, y no al artículo 449 ibídem, que tipifica el homicidio simple, por lo manifestado, estoy de acuerdo en que se case la sentencia, y se acuse al sentenciado como autor y responsable del delito de asesinato tipificado y sancionado por el artículo 450 del Código Penal."



3.1. El acusador particular ha establecido que existe una errónea interpretación de las reglas de la sana crítica, violentando el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal

"ya que de toda la prueba actuada, los juzgadores no podían llegar a la conclusión de que el tipo penal adecuado era el establecido en el artículo 449, sino el artículo 450 del Código Penal, frente a esta argumentación, la defensa técnica del procesado señor Oscar Vaca Ortiz, debe aclarar que efectivamente los señores jueces del Tribunal ad quem al momento de resolver su fallo, en el considerando sexto de dicha sentencia, establecen de manera motivada, porqué rechaza la argumentación de la acusación particular en el recurso de apelación, y los juzgadores determinan que sí existió una riña que el sujeto pasivo de dicha infracción se encontraba armado, es por eso que lo aseveran con el testimonio rendido en la audiencia de juicio, por el doctor perito, Fabián Pólit Macías, quien había establecido que mi defendido presentaba una herida de arma blanca, tal como lo establece el perito, fue ocasionado en el torso de la mano derecha, por deslizamiento de un objeto cortante, en otras palabras, al momento de resolver los jueces dicen que el occiso estaba armado, y que se lo ha podido demostrar de toda la prueba actuada en la audiencia de juzgamiento, es decir, que esta sentencia sí observa el presupuesto del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, porque determina el hecho fáctico y es congruente con las normas aplicadas, el artículo 449 del Código Penal, en ningún momento hubo planificación del acto, el hecho se suscita por la riña que se produce entre el sujeto activo y el pasivo de la infracción, el día de los hechos, mi defendido le había solicitado al occiso que le devuelva su teléfono celular, a lo cual había manifestado que no le iba a devolver y que le había amenazado que le va a matar, es decir, que ya hubo una amenaza por parte del sujeto pasivo, se produce la pelea, la víctima apoderada de una arma blanca, saca este cuchillo, y empieza la riña, al momento





en que mi defendido observa que el señor se encontraba armado, se acerca al lugar donde vendían pichos, coge el cuchillo y empieza la discusión y se produce la pelea, es decir que los dos sujetos se encontraban armados, es así que lo relata la Sala en el considerando sexto de la sentencia, y analiza cada una de las pruebas presentadas, tanto de cargo como de descargo, y llegan a establecer que existe un delito de homicidio, y dice que no se ha podido demostrar las circunstancias acusadas por el acusador particular, es decir, que esta sentencia dictada por el Tribunal ad quem está debidamente motivada, cumple con los requisitos del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal y de la norma constitucional del artículo 6.7.1, por lo que solicito se rechace el recurso de casación de la acusación particular, por lo que se pretende es una revalorización de la prueba".

# **3.2.** En cuanto a la fundamentación del recurso propuesto

"Esta defensa establece que los juzgadores del Tribunal Ad quem, incurren en un error de derecho, por violación directa de la ley, ya que de toda la prueba analizada, se puede colegir que existe una contravención expresa del artículo 19 del Código Penal por falta de aplicación del mismo, si analizamos los elementos de la legítima defensa, podemos establecer que mi defendido, obviamente, fue la persona que jampas provocó dicha agresión, como suceden los hechos, el sujeto activo de la infracción se encontraba en compañía de sus amigos en un bar, compartiendo de unos licores, luego de esto se acerca la víctima de esta infracción y le solicita que le preste el teléfono celular, para lo cual el señor Oscar Vaca Ortiz, accede y le presta su teléfono, y al momento de solicitar que se le devuelva su pertenencia, el señor le contestó que no le iba a devolver, utiliza un vocabulario soez, y empieza la discusión y la riña, el medio empleado para repeler la agresión, es un arma blanca, como se establece con el testimonio del perito, el doctor Pólit, mi defendido también presenta una herida de defensa, porque obviamente él estaba repeliendo la agresión del sujeto pasivo de dicha infracción, en este caso, señores jueces, se ha demostrado con el testimonio de mi defendido, todos los elementos constitutivos de la legítima defensa, es por eso que había manifestado que existe una falta de aplicación del artículo 19, por lo cual solicito

que se corrija este error de derecho, aplicando la norma antes mencionada y que se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de mi defendido."

# 4.- Contestación a la fundamentación del recurso de casación propuesto por el procesado, por parte de la acusación particular.

Los actuales defensores del señor Vaca no conocen del desarrollo procesal, ni de la prueba que se actuó, la misma sentencia que hace referencia la defensa, dice que no se ha podido demostrar que Oscar Vaca haya obrado en legítima defensa.

"Están haciendo uso de una herida de cuatro centímetros que tenía en la mano, que son producto de la golpiza que le dan los ciudadanos que le detienen, así dijo el señor Vaca en su primera declaración en la audiencia de flagrancia, así volvió a repetir en las siguientes audiencias, conforme ha ido cambiando sus abogados, cada vez tiene una mejor determinación de hechos para defenderse, está en su derecho, pero está faltando a la verdad, aquí se está hablando de riña, cuando el teniente Salazar, bajo juramento dijo que Carlos Dávila no tenía ningún arma, ni un alfiler, cuando mi pregunta fue esa, es evidente que se intente configurar una riña para beneficiarse de esta figura jurídica, pero qué riña se produce con una persona a quien se agrede por la espalda, que son tres, cómo pelea una persona de espaldas, cómo agrede una persona de espaldas, con cuál cuchillo, si en la versión que da el señor Vaca, dice que lleno de ira, se acerca a un negocio de venta de tripas, coge el cuchillo, le persigue, que cerró los ojos y que no se acuerda, eso ni en la realidad es riña, peor en el campo jurídico, el señor Vaca jamás ha probado que Carlos Dávila estaba armado, ni sus defensores, las presunciones que no estén respaldadas por presunciones probadas no sirven, sigue siendo el acto alevoso, sigue habiendo el ensañamiento, sigue habiendo el aumento de dolor, la persecución, el intento de fugar, todos estos elementos no son producto de una riña, es claro, que al no haber conocido el desarrollo procesal, se complica defender un acto como eso, la Sala en la misma sentencia que se hace referencia, dice que tampoco pudo el señor Vaca acreditar el tercer requisito, es decir, la provocación suficiente, que el hecho de los insultos no son suficiente provocación para herir a una persona, hablando de una herida, no de tres, que causan la muerte de una persona. Con



estos antecedentes, y en virtud que está claro que no procede hablar de hechos de justificación, respecto al artículo 19 del Código Penal, debe rechazarse la pretensión de la casación, y evidentemente se tiene que sancionar por el delito que cometió, el que consta en el artículo 450 con las circunstancias de los numerales 1, 4, 5, 6."

La defensa técnica del procesado no discutió lo expuesto por la acusación particular.

El procesado fue explicado de su derecho a dirigirse al Tribunal de Casación, no ejerció su derecho de defensa material.

## 5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. Sobre la naturaleza del recurso de casación:

- 5.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.
- 5.2. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:
- i) Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo

- sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...". 1
- ii) "...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) ... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc".<sup>2</sup>
- iii) La seguridad jurídica es "... la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados...".<sup>3</sup>
- iv) Para que una resolución sea motivada "...se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión..." 4. Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...". 5
- 5.3. Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual<sup>6</sup>, vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

<sup>6 &</sup>quot;...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia."



5.4. Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición mantuvo un criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio.8

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP- en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio .9

En sentencia No. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso No. 0981-11-EP, la misma Corte, indicó:

"Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptuado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: 'propende la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las

sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante'..."

5.5. La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

"El caso sub judice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan

6117

En la sentencia 003- 09-SEP-CC, caso 0064-08- EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

<sup>&</sup>quot;En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la Leistungsfahigkeit (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación."

Sentencia en la cual luego de valorar las pruebas documentales, testimoniales, periciales, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, dijo: "El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: "La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos".
En la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas."



competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: "Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley" y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales..."

Disponiendo que la sentencia sea llevada a la Fiscalía y al Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes.

Corresponde al Tribunal de Casación analizar únicamente la sentencia que surte efectos jurídicos, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es que al expedirla se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar sobre todo la legalidad y por tanto la seguridad jurídica. Se considera, entonces, que este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias. 10

## Sobre la materia del recurso:

Los antecedentes que conoció el Tribunal de Apelación que dictó la sentencia impugnada, se contienen en tres narraciones de los hechos propuestas por la acusación particular, por la defensa técnica del procesado, y por la Fiscalía, quienes no discuten la muerte violenta de quien en vida ha sido el señor Carlos Dávila Bravo, ocurrida el 10 de agosto de 2012, en horas de la noche, en la ciudad de Quito, ni que ésta fue el resultado de varias heridas causadas por el ahora procesado con arma blanca,

la contradicción radica en cómo debe calificarse el acto; y, que en lo sustancial tales posiciones, son:

- Según el acusador particular el delito tuvo como autor al ahora procesado, y por causa al reclamo de un teléfono portable. Las circunstancias constitutivas de delito –dice– son la alevosía, el ensañamiento, aumentar el dolor de la víctima de manera inhumana, lo que llevaría a ajustarse el acto a la descripción del asesinato y la imposición de la pena de privación de libertad de 25 años.
- La defensa técnica del procesado planteó que el recurrente se resguardó de un ataque que no motivó; y, que su situación es la de una persona que ha obrado en legítima defensa.
- La Fiscalía ratificó la argumentación que el procesado cometió delito de homicidio simple, conforme lo sostuvo en su acusación ante el tribunal del juicio.

#### La decisión del Tribunal de Apelaciones fue:

"En este contexto, Edgardo Donna exige tres elementos concurrentes para tipificar la alevosía: a) indefensión de la víctima; b) abuso de confianza; c) expresión de una actitud elevada de hostilidad hacia la víctima, asimismo, el citado tratadista, también expone los supuestos históricos sobre los que se ha ido construyendo la alevosía, y que son: "a) El homicidio proditorio, en el cual al acto de matar precede el apostamiento, el acecho, la trampa, la emboscada, que aseguran una ejecución sin riesgo, ya que la víctima está desprevenida; b) el ímpetu o sorpresa, que es una agresión súbita, inopinada, inesperada ocultando el ataque; c) el aprovechamiento de una situación de indefensión del ofendido no provocada por el ataque". También acota el profesor argentino que "(...) la alevosía se da cuando el estado o situación de la víctima ha sido buscada o aprovechada, lo cual supone una elección de parte del actor (...)". Por último, Edgardo Donna, en torno al ensañamiento, dice: "Es un modo cruel de matar. Es el deliberado propósito del autor de matar haciendo sufrir, o dicho de otra forma, haciendo padecer sufrimientos físicos o psíquicos innecesarios a la víctima. Es posible cuando la víctima no está en condiciones de defenderse, con lo cual se mata complaciéndose con la agonía y por ende alargándola. El ensañamiento tiene lugar durante la ejecución del hecho. Se trata de una crueldad deliberada, de modo que castiga la innecesariedad

G

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.



del daño". (...) Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos)". Del texto legal citado, se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) Que las circunstancias constitutivas del injusto penal de asesinato relativas a la alevosía, estado de indefensión de la víctima y ensañamiento, están íntimamente relacionadas entre sí, por tanto, tienen que ser analizadas de manera unificada y no separadamente, pues si concurre alevosía o ensañamiento, también el estado de indefensión de la víctima; b) Que las circunstancias 1, 4 y 5 del artículo 450 del Código Penal, no tienen una connotación simple, como arguyó el acusador particular al sostener por ejemplo que alevosía se configura "por el simple hecho de asegurar el fondo u objeto de lo que quiere el agresor, sin correr riesgos", sino que por el contrario, tienen dentro de su acepción, alcance y límites, varias aristas complejas que para el Juzgador resulta imprescindible no solo desentrañarlas, sino además, analizarlas y razonarlas a fin de determinar si concurrió o no tal circunstancia constitutiva del ilícito de asesinato; c) Que la configuración de la alevosía, tiene un sin número de elementos que deben ser probados objetivamente en la Audiencia de Juzgamiento, tales como: fuera de riña o pelea; de improviso (con cautela, tomando desprevenido a la víctima, a traición); utilizando la confianza que la víctima depositó en el autor, con abuso de superioridad; al acecho (con trampa, en emboscada); estado o situación de la víctima buscada o aprovechada por el actor; todo lo que se traduce en la exigencia de al menos tres elementos concurrentes, a saber: indefensión de la víctima; abuso de confianza; (este elemento más bien fue utilizado por la víctima en procura de apoderarse del teléfono celular que le pertenecía al acusado); expresión de una actitud elevada de hostilidad hacia la víctima; y, d) Que los principales elementos para que concurra el ensañamiento, son los siguientes: crueldad; haciendo padecer sufrimientos físicos o psíquicos innecesarios a la víctima; matar complaciéndose con la agonía; tortura, simulación de padecimientos a seres queridos; elementos de dichas circunstancias constitutivas del delito de asesinato, que no se verificaron dentro del caso sub júdice, pues los hechos relativos a que el acusado haya seguido o no a la víctima más de cien metros, o que le haya propinado tres heridas por la espalda, como lo sostuvo la acusación particular, no necesariamente implica la concurrencia de los elementos que las configuran, pues

se reitera, el fallecimiento de la víctima, se produjo en el contexto de una riña de la que fueron partícipes Óscar Vaca Ortiz y Carlos Dávila Bravo, en la que ambos estaban armados con armas blancas (cuchillo) y tuvieron posibilidades reales de defenderse; tan es así que la víctima también tenía en su poder un arma blanca según se desprende de los testimonios rendidos por Eddy Mena Herrera, José Játiva Játiva y Martha Durán Arcos e inclusive por el perito Fabián Pólit Macías, quien le realizó el examen médico legal al acusado y observó, entre otras cosas, que éste tenía una escoriación en el torso de la mano derecha, "por deslizamiento de un objeto cortante"; en otras palabras, el ahora occiso estaba prevenido del ataque con arma blanca que podía recibir por parte del acusado y de ahí que resulta imposible que Óscar Vaca Ortiz haya buscado el estado o situación de indefensión de Carlos Dávila Bravo para matarlo, tal como lo exige, entre otras cosas, el maestro Edgardo Donna, o peor aún, que el acusado haya mostrado crueldad alguna al ocasionar la muerte a la víctima. Empero, tampoco se pudo demostrar que en el caso que nos ocupa, Óscar Vaca Ortiz haya obrado en legítima defensa, o lo que la escuela finalista conoce como causa de exclusión de la categoría dogmática del delito relativa a la antijuridicidad por la concurrencia de un error de prohibición, pues no se cumplieron al menos dos de los presupuestos establecidos en el artículo 19 del Código Penal, esto es, necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión (el acusado propinó tres heridas a la víctima, al menos una mortal, de acuerdo al testimonio y actuación del perito Edgar Ramos Pilco, quien realizó el acta de protocolo de autopsia de quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, lo cual no tiene equivalencia con la herida con objeto cortante que recibió el procesado en el torso de la mano derecha, producto de la cual, se le determinó una incapacidad laboral de 4 a 8 días, según se desprende del testimonio del perito Fabián Pólit Macías, quien le realizó el examen médico legal); y, tampoco pudo acreditarse con suficiencia el tercero de los requisitos de la legítima defensa, esto es, falta de provocación suficiente de parte del que se defiende (el acusado pudo evitar la gresca suscitada con la víctima, pues si le dejaba que este último huya y se apodere de su teléfono celular, no se hubiese producido la riña, pero al perseguirlo en pos de su objeto, se produjo la pelea, con la fatal consecuencia, es decir, con el deceso de quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo).- Por consiguiente,



el tipo penal en el que incurrió Óscar Vaca Ortiz es el de homicidio simple tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, y en este sentido, el Tribunal de Mérito arribó a tal inequívoca conclusión, valorando todo el acervo probatorio, para lo cual, aplicó correctamente las reglas de la sana crítica, que no son sino el análisis racional y lógico de la prueba, en palabras del jurista Jaime Azula Camacho, en su obra Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas judiciales; y, no de manera sesgada o confusa como desacertadamente propuso el acusador particular.- También, resulta digno de resaltar la labor emprendida tanto por el Dr. Vicente Reinoso, Fiscal de Pichincha, como por el acusador particular Dr. Remigio Dávila Del Salto, para el develamiento del principio de verdad procesal consagrado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, no así, la labor de los miembros policiales que intervinieron el día de los hechos, esto es, el 10 de agosto de 2012, pues su inoperancia e inacción, sin duda alguna, coadyuvó para que el ahora occiso, quien en vida se llamó Carlos Dávila Bravo, no haya sido trasladado con la prontitud que el caso ameritaba, hacia una casa de salud, lo que hubiese incidido para que tenga un margen de vida, así lo advirtió el perito Edgar Ramos Pilco; además, dicha inacción, incidió también para que la víctima haya permanecido identificado en la morgue como NN alrededor de 14 días, sin que se conozca su verdadero nombre, manteniendo a sus familiares en zozobra y sin que puedan emprender las diligencias pertinentes, por tanto, se dispone oficiar al Comandante General de la Policía Nacional, así como al Jefe de la Policial Judicial de Pichincha, a fin de que se inicien los correspondientes expedientes administrativos en contra de los miembros policiales que intervinieron en el aludido día y de ser el caso, se apliquen las sanciones respectivas.- Por último, cabe mencionar que la pena modificada que aplicó el Tribunal Juzgador, cumple con los principios de legalidad y de proporcionalidad, esto es, que se ciñe a lo dispuesto en los artículos 449, 29 y 72 del Código Penal, pues la defensa del acusado justificó las atenuantes contempladas en el artículo 29, numerales 6 y 7 ibídem; y, no hubo ninguna circunstancia agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción de las señaladas en el artículo 30 del cuerpo legal citado".

Rechazando la Sala de la Corte de Apelación los recursos de las partes procesales.

Para la fundamentación del recurso de casación las

posiciones de las partes procesada y Fiscalía, han variado:

- El acusador particular mantiene que el delito tuvo como autor al ahora procesado, y por causa al reclamo de un teléfono portable. Las circunstancias constitutivas de delito –dice- son la alevosía, el ensañamiento, aumentar el dolor de la víctima de manera inhumana, lo que llevaría a ajustarse el acto a la descripción del asesinato y la imposición de la pena de privación de libertad de 25 años.
- La defensa técnica del procesado planteó dos posibilidades: que la sentencia del Tribunal de Apelaciones está motivada y en consecuencia la calificación jurídica corresponde a homicidio simple; y, que su defendido se defendió de un ataque que no motivó; por tanto la situación de su defendido es la de una persona que ha obrado en legítima defensa.
- La Fiscalía ratificó la argumentación de la acusación particular, que el procesado cometió delito de asesinato, abandonando su pretensión inicial de un homicidio simple.

Corresponde analizar si se justifican las alegaciones expuestas y, de ser así, si estas trasgreden derechos de la víctima, que es el acusador particular; o los del procesado, susceptibles de repararse por vía de casación

# Reflexiones del Tribunal de Casación con respecto a la objeción de la parte procesada.

El planteamiento de la defensa técnica es contradictorio, va de la causa de justificación que se prevé en el artículo 19 del Código Penal, legítima defensa, y que convierte al acto violento en legalmente justificado por tanto no punible, a la aceptación que el Tribunal de Apelaciones obró correctamente al subsumir los actos en el tipo penal de homicidio simple, y por tanto punible según el artículo 449 del Código Penal.

Para que exista legítima defensa, según el Código Penal, deben existir los requisitos que prevé en su artículo 19:

**Art. 19.-** No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

Ninguno de tales elementos consta se hayan aceptado en la sentencia ahora reprochada, es más expresamente se niega tal posibilidad, y que no los





encontramos de la verdad procesal que contiene la sentencia recurrida.

Sobre la posibilidad de que la sentencia reprochada por vía de casación sea lógica entre los hechos que admite y la norma que selecciona para subsumirlos, aplicamos como válido lo que razonamos respecto de la posición de la parte acusadora particular.

Por lo que no encontramos justificada la pretensión del acusado.

Esto no puede ser considerado una defensa indebida que perjudica el derecho del procesado a una defensa eficiente como lo garantiza la Constitución en los artículos 75, cuando reconoce el acceso a la justicia y proscribe la indefensión, 76.7, a, b, al prohibir toda forma de privación del derecho a la defensa y garantizar que esta se llevará a cabo en toda etapa procesal.

Respecto a la objeción de la acusación particular Está constituida sobre el razonamiento construido para llegar a la calificación jurídica de los hechos.

La calificación jurídica del acto está prevista en la ley, es lo que en su aspecto formal, expresa al principio de legalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala; y en el caso Señor Mohamed Vs Argentina, dijo que en respeto al principio de congruencia, la calificación jurídica corresponde a la autoridad jurisdiccional, que la decisión judicial debe atender a la descripción material de la conducta imputada, pues respecto de ella se defiende el acusado, y la calificación de la misma puede ser modificada durante el proceso, pero no pueden cambiarse los hechos ni al tiempo de la audiencia de juzgamiento ni al dictar sentencia.<sup>11</sup>

La Constitución ecuatoriana cuando se refiere a la motivación garantiza, como expresión del debido proceso, el derecho de las personas al debido proceso, que como mínimo asegurará "Las resoluciones

"a) Principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia.

67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

68. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención.

70. En el presente caso, la imposición de la pena de muerte por parte del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente se basó en la aplicación del artículo 132 del Código Penal de Guatemala, que tipifica y sanciona el asesinato. La sentencia fue dictada luego de un debate oral y público, posterior a la acusación formulada contra el señor Fermín Ramírez por el delito de violación calificada, previsto en el artículo 175 del Código Penal y sancionado con pena privativa de libertad de hasta 50 años de prisión. Esta imputación sirvió de base para el inicio del juicio oral y público ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Durante el primer día de debate, el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del delito, pero no especificó a qué delito pudiera dirigirse el cambio, lo cual no es irrelevante, en modo alguno, para el ejercicio de la defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable. En sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia Penal resolvió, invocando el artículo 388 del Código Procesal Penal, que "del análisis de la prueba producida en el debate [...] el Tribunal estima que el hecho delictivo imputado al procesado encuadra en la figura contemplada en el artículo 132 del Código Penal, [... p]or lo que, por imperativo legal debe cambiarse la tipificación jurídica formulada en la acusación y en el auto de la apertura de juicio, de violación calificada al delito de asesinato". En consecuencia, condenó al señor Fermín Ramírez a la pena de muerte (supra párrs. 54.5 a 54.18).

71. Al evacuar pruebas durante el juicio oral es posible que se acredite la existencia de nuevos hechos o circunstancias no previstos en la acusación. En tal hipótesis, el Ministerio Público puede formular la "Acusación alternativa" o la "Ampliación de la acusación", mencionadas anteriormente (supra párr. 54.10 y 54.11), a fin de promover la modificación del objeto del proceso.

72. En el caso al que se refiere esta sentencia ocurrieron ciertas inadvertencias y omisiones. Luego de que la acusación formulada por el Ministerio Público calificó la acción del imputado como violación agravada, el órgano acusador solicitó al tribunal que cambiara esa calificación jurídica y condenara al imputado a la pena de muerte, pero no ejerció la facultad de presentar una "Acusación alternativa" o una "Ampliación de la acusación", conforme a los artículos 333 y 373 del Código Procesal Penal guatemalteco, respectivamente (supra párrs. 54.10, 54.11 y 71), sino se limitó a solicitar en sus conclusiones, al final del debate, que se condenara al acusado por el delito de asesinato y se le impusiera la pena de muerte. En su alegato de conclusión, la defensa no se refirió a esa solicitud del Ministerio Público, sino pidió que se

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala:



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 servidoras o servidores responsables serán sancionados." Para motivar una decisión judicial en nuestro actual sistema legal procesal penal se ha establecido a la sana crítica, herramienta que permite aplicar reglas de la lógica, de la experiencia, del conocimiento de la o del juzgador, al caso sometido a resolución judicial, con base a la verdad procesal y con aplicación de la ley que contiene a los hechos. La autoridad judicial debe encontrarse en estado de certeza cuando emite su decisión.

El delito de asesinato está descrito en la legislación penal ecuatoriana en el artículo 450, así:

**Art. 450.-** Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Con alevosía;

2a.- Por precio o promesa remuneratoria;

3a.- Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento:

4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;

5a.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;

6a.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;

7a.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;

8a.- Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; y,

9a.- Como medio de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.

10. Con odio o desprecio en razón de raza,

dictara sentencia absolutoria, en virtud de que a su juicio existió una duda razonable. Por su parte, el presidente del Tribunal de Sentencia no dispuso "recibir una nueva declaración" del señor Fermín Ramírez, ni informó a las partes que tenían "derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su intervención", lo cual debió haber realizado de oficio según los términos de los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal (supra párrs. 54.11

Correspondía al tribunal penal, en todo caso, conducir el proceso de acuerdo con las garantías consagradas en la legislación interna y en la Convención.

73. El Tribunal de Sentencia fundó su actuación en el artículo 374 del Código Procesal Penal, que prevé la "advertencia de oficio" sobre una "modificación posible de la calificación jurídica". Ahora bien, el presidente del Tribunal se limitó a advertir a las partes que "en el momento oportuno" podía darse una calificación jurídica distinta de la contemplada en la acusación y en el auto de apertura a juicio, pero no especificó cual sería esa nueva calificación legal, y mucho menos se refirió a la posibilidad de que el cambio de calificación proviniera, en realidad, de una modificación en la base fáctica del proceso y, en su hora, de la sentencia. El presidente del Tribunal de Sentencia no ofreció al inculpado la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron.

Estas omisiones privaron a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados (artículo 8.2.b) de la Convención) y, en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, en los términos del artículo 8.2.c) de la Convención.

75. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia.

76. Se pasó de la calificación de Violación Agravada a la calificación de Asesinato.

No coincide la dirección del dolo en ambos supuestos: en el primero, el animus es de mantener acceso carnal, del que resulta la muerte del sujeto pasivo; en el segundo, es de matar, en alguna de las formas o a través de alguno de los medios que la ley prevé a título de agravantes. El Tribunal de Sentencia dio por demostrados hechos no contenidos en la acusación: la muerte dolosa producida por "asfixia mediante estrangulamiento" y la posibilidad del acceso carnal posterior a la muerte. No podría entenderse que esto significa un simple cambio en la calificación jurídica del delito, sino implica hechos diferentes de los que constituyen Violación Agravada (artículo 175 del Código Penal). Así, se modificó la base fáctica establecida en la acusación, sin que el señor Fermín Ramírez pudiera ejercer defensa alguna al respecto. Esta modificación sustancial trajo consigo la posibilidad de imponer, como efectivamente se hizo, la pena capital.

79. En el presente caso, al haber desconocido las garantías del debido proceso, en particular el derecho de defensa, el Estado transgredió las reglas procesales de estricta y necesaria observancia en supuestos de imposición de pena de muerte. En consecuencia, la condena del señor Fermín Ramírez a la pena capital fue arbitraria por haber incumplido limitaciones infranqueables para la imposición de dicha pena en los países que aún la preservan.

80. Por todo lo anterior, la Corte estima que las faltas procesales en que incurrieron las autoridades judiciales implican violación al artículo 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma."



Número 14



religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima.

11. Si ha sido cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales o jueces de garantías penales, en el desempeño de sus funciones.

Esta figura penal se integra de un homicidio, matar intencionalmente a otra persona, acto que se agrava, en lo fundamental, por la concurrencia de alguna de las circunstancias expresadas en la norma trascrita, que pasa a constituirlo.

Para que exista la causal 1, prevista para el delito de asesinato, debe actuarse con alevosía, esto es a traición, sobre seguro. De los relatos expuestos al Juez de Apelaciones el de la acusación particular contiene una descripción que se ajusta a tal situación, de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones se encuentra que admite probada la existencia de tres heridas cuya forma de aplicación, por la espalda, e infligidas dos de las heridas cuando la víctima, desarmada, pretendía huir, llevan a la certeza que el acto fue aleve; sin embargo, cuando el juez pluripersonal de segunda instancia concluye lo hace en contra de tal verdad procesal, aplicando para calificar el acto una norma que no le corresponde: la del artículo 449 que describe al homicidio simple, y que lo reprime con pena menor a la del asesinato. Por víctima se entiende a la persona que recibe el daño directamente, en el presente caso, el señor Carlos Alberto Dávila Bravo, a quien se le privó de la vida, así como aquellas personas que sufren con el daño, para el caso la familia del hoy occiso, sus padres, su viuda, sus huérfanos.

Las víctimas tienen derechos que están reconocidos en nuestra Constitución:

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia 0001-09-SEN-CC, dic-

tada en el caso 0002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, 1 de Junio del 2009, sobre los derechos de las víctimas, dijo:

"Derechos de las víctimas

La incorporación y desarrollo de estos derechos fue un logro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que surgen como consecuencia de la impunidad degenerada en la región latinoamericana a finales del siglo XX, entre 1960 y 1990, específicamente de hechos que impidieron a las víctimas el acceso a la verdad y justicia. Estos hechos, específicamente, se relacionan con las detenciones sin proceso, las ejecuciones sumarias, la tortura y la desaparición forzada de personas que, en sí, constituyen graves e intolerables violaciones a los derechos humanos, calificados en el Estatuto de Roma como delitos de lesa humanidad.

En ese sentido, se creó el derecho a la verdad como un derecho de las víctimas que exigen, en el caso concreto, que se haga justicia. Sin duda alguna ha generado tensiones con los sistemas de justicia internos, ya que los procesos judiciales lejos de proporcionar justicia, sacramentan la mera legalidad, sin que necesariamente determinen resultados justos, ya que mediante providencias y autos definitivos, ponen fin a los procesos, obstaculizando el conocimiento de la verdad de los hechos.

Al respecto, es menester identificar este desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para incorporar al bloque de constitucionalidad, que es un instrumento que se pone de relieve en la Constitución en los artículos 10, 11.3. 11.7, 57, 93, 156, 172, 416, 417, 426 y 436.1, normas que buscan generar una interrelación con los derechos desarrollados en latitudes reconocidas por el sistema internacional de Derechos Humanos y en los tratados e instrumentos internacionales de la misma naturaleza, de los cuales el Ecuador es parte. En ese sentido, se permite incorporar al nivel de la Constitución los desarrollos normativos o normas establecidas en el sistema universal o regional de protección de los Derechos Humanos, como es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se deja claro que en ningún caso significa que todos los tratados internacionales formen parte del bloque, sino aquellas normas que no existen en la Constitución o desarrollos normativos que tienen la finalidad de mantener la fisonomía indiscutible de la Constitución. Debe existir remisión expresa a normas superiores y que su contenido material permita realizar una protección a un derecho. Así,



se incorpora el desarrollo del Derecho a la Verdad, a fin que forme parte de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana (...)"

No sancionar los delitos, de manera proporcional, es una forma de trasgredir los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, y de generar impunidad. Es lo que ocurre en la sentencia reprochada. Por lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE REPÚ-

**BLICA** este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal; Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional Justicia, por unanimidad, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara procedente el recurso de casación planteado por el ciudadano Dávila Del Salto Remigio Aníbal, al existir trasgresión a la ley por la indebida aplicación del artículo 449 del Código Penal; para corregir tal yerro, casa la sentencia impugnada y declara que el ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz, cuyas generalidades constan en el expediente, es autor responsable del delito de asesinato, cometido en la persona de quien en vida fue el señor Carlos Alberto Dávila Bravo, delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1 del Código Penal, imponiéndole pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial. Consideramos que en el caso no hay circunstancias agravantes de la pena, por lo que cabe aplicar las atenuantes que ha reconocido el Tribunal de Apelaciones, en la sentencia reprochada, esto es, las circunstancias no constitutivas previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 29 del

Código Penal, las que producen el efecto del artículo 72 ibídem, modificar la pena privativa de libertad a doce años de reclusión mayor extraordinaria, que deberá cumplir el condenado en el Centro de Rehabilitación Social Regional 3 de Latacunga. Se declara con lugar la reparación integral de las víctimas conforme el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, reparación integral que considerará la suma establecida en ocho mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, por daños y perjuicios.

De conformidad con los artículos 56 y 60 del Código Penal, se ordena la interdicción civil y política del sentenciado por el tiempo de duración de la pena.

Por no existir mérito legal, se declara improcedente el recurso de casación que ha planteado el procesado.

Ejecutoriada la sentencia se devolverá el expediente a la autoridad de origen para los efectos de ley.

Téngase en cuenta la casilla judicial No. 265 y la casilla electrónica narvaezfernando@hotmail.com que designa el ciudadano Oscar Leonardo Vaca Ortiz, que corresponde a su nuevo defensor doctor Fernando Narváez Garcés, hágase conocer de esta sustitución a su anterior defensa.

Actúe en calidad de secretaria encargada la señora Martha Villarroel Villegas. **Notifíquese y Cúmplase.** 

f) Dr. Vicente Robalino Villafuerte Juez Nacional Ponente Dra. Mariana Yumbay Yallico Jueza Nacional Dra. Gladys E. Terán Sierra Jueza Nacional.



Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



### Resolución nro. 008-2014 Juicio nro. 540-2012

Juicio de Trabajo que sigue Valero Salazar Cruz, en contra de las empresas INFORQUIN CIA LTDA, LANGOSTARSA S.A. y MISANSA S.A.

#### SÍNTESIS

En el juicio de trabajo que sigue el señor Valero Salazar Cruz, por despido intempestivo y otros rubros impagos, en contra de las empresas INFORQUIN CIA LTDA, LANGOSTARSA S.A. y MISANSA S.A.. - Aduciendo que laboró para cada una de ellas y que por su responsabilidad solidaria, se les condene al pago de cada uno de los rubros que constan en la demanda, procesalmente no se ha probado las circunstancias de tiempo, lugar y modo que el vínculo laboral haya concluido por decisión unilateral del empleador, así mismo no hay pruebas que ha laborado horas extraordinarias ni suplementarias, con estos elementos el Juzgado Séptimo de Trabajo del Guayas, declara parcialmente la demanda, ordenando a las empresas demandadas cancelen al actor el pago de la decimotercera remuneración, decimocuarta remuneración y vacaciones desde el 5 de junio del año 1994 hasta el 7 de abril del 2008, pago de la última semana laborada del mes de diciembre del 2007, sin lugar los demás reclamados.- En desacuerdo con este pronunciamiento, el demandado interpone recurso de apelación y de la adhesión del actor, analizada que fue la sentencia de primera instancia consta un documento de finiquito en la se tratara de una encubierta indemnización por despido intempestivo, por lo que en atención a las Jurisprudencias (Gaceta Judicial. Año CII Serie XVII Nro. 6 Página 1711), y en atención a la jurisprudencia antes transcrita, evidenciándose que las relaciones laborales terminaron por decisión unilateral del empleador, lo que este Tribunal de Segunda instancia procede a ordenar el pago por despido intempestivo y bonificación por desahucio de acuerdo al Art. 188 y 185 del Código del Trabajo.- Inconforme con el pronunciamiento del Tribunal de Apelación, el actor interpone recurso de casación, impugnando las actas de finiquito, analizado el proceso este Tribunal de Casación de la Corte Nacional casa la sentencia, y dispone la reforma del dictamen, ordenando a los demandados y sus representantes legales, como lo dispone el Art. 36 ibídem pagar al actor la bonificación e indemnización previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, para lo cual se tendrá como tiempo de servicios desde el 5 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre del 2007 y como sueldo mensual la cantidad de \$ 200.00.

#### PRIMERA INSTANCIA

**JUEZ SÉPTIMO ORAL DEL TRABAJO DEL** GUAYAS. Guayaquil, abril 04 de 2011; a las 11h20.

**VISTOS:** El presente proceso ha sido puesto para su despacho por parte del Acuario Titular de la Judicatura, el día jueves 13 de marzo del 2011. A fojas 1 del proceso comparece VALERO SALA-ZAR CRUZ, quien manifiesta que viene prestando sus servicios lícitos y personales en su calidad de estibador de sacos de carbonato de calcio desde

el 5 de junio de 1994, hasta el 31 de junio de 1997 para CODEMET S.A., sin que durante todo ese tiempo sus empleadores le afiliaran al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ya el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de noviembre del 2000 lo afiliaron al IESS para la Compañía IN-FORQUIN CIA. LTDA. laborando bajo la orden y dirección de los señores FERNANDO IDRO-VO TRIVIÑO, LEONARDO FEREDICO AVEIGA ALMEIDA Y ALEX EDUARDO



CONZALEZ PEZO, luego sus referidos empleadores lo pasaron a laborar desde el 1 de diciembre del 2000 hasta el 30 de abril del 2003 a la Compañía LANGOSTARSA S.A.; de allí desde el 1 de mayo del 2003 hasta el 31 de mayo del 2007 sorpresivamente lo pasaron a laborar sus empleadores antes mencionados a la Compañía TEDEX S.A. y por último desde el 1 de junio del 2007 hasta el 31 de diciembre del 2007 nuevamente sus antes nombrados empleadores lo pasaron a laborar en esta ocasión para la Compañía MI-SANSA (Minas San Antonio S.A.), todos estos cambios fueron dándose simultáneamente en todo el tiempo laborado motivo por el cual su salud se quebrantaba cada día más, primero a consecuencia de las cargas su columna vertebral no resistía peso, luego los meniscos de sus piernas se le destrozaron totalmente, por lo que no podía seguir con sus labores de estibador. Debe manifestar que su empleador LEONARDO FEDERI-CO AVEIGA ALMEIDA, aprovechándose de su analfabetismo, de ser una persona que no cabe leer ni escribir, el 31 de mayo del 2007 le hizo poner la huella digital del pulgar derecho en un papel en blanco, que presuntamente era para hacerle atender de sus dolencias en sus rodillas por las consecuencias del estibo de cargas sacos de carbonato de calcio en sus empresas por un valor de \$210,67 siendo que resultó luego ser un acta de finiquito, ante su queja, su empleador antes indicado supo decirle que siga laborando que no pasaba nada. Luego de haberle hecho atender, optó en regresar a su trabajo el 31 de diciembre del 2007 siendo aproximadamente las 17h00, en circunstancias que se iba a cambiar de ropa, su empleador le pidió la libreta del seguro social y le dijo que luego se la devolvía. Así siguió laborando desde el 1 de enero del 2008 hasta el día lunes 7 de abril del 2008 pero ya sin salir en los roles de pagos, siendo que en esta última fecha 7 de abril del 2008 aproximadamente las 08h00 en circunstancias que se disponía a laborar, se le apareció su empleador LEONARDO FEDERICO AVEIGA y en presencia de varias personas que se encontraban allí, entre ellos volqueteros y traileros con sus oficiales, su empleador le dijo "Valero tú ya no puedes seguir aquí vas a trabajar como guardia en la noche, tómalo o está fuera", le dijo que tiene derecho a su liquidación contestándole, ya fuiste liquidado hace rato y sin darle mayor detalle se embarcó en su vehículo y se fue siendo despedido intempestivamente de su puesto de trabajo, sin

haberle reconocido su última semana laborada. Mas luego de haber sido despedido, en los días siguientes se fue al seguro hacerse atender y su sorpresa es que no lo podían atender porque la novedad y sorpresa es que le informaron que él había salido de sus labores el 31 de diciembre del 2007. Debe agregar que él no sabe leer ni escribir, siendo su sorpresa que se ha enterado que ha puesto su huella digital en una acta de finiquito y que ha puesto su renuncia voluntaria en un documento expresando que él pone su huella digital en papeles en blanco porque creyó que la empresa le reconocía las atenciones médicas que necesitaba, por lo que aquellos papeles en blanco con su huella digital, han sido llenados a gusto y sabor de su empleadora quienes se aprovecharon de su analfabetismo con la finalidad de no reconocerle su real liquidación por los años de servicios prestados a todas estas empresas dirigidas y administradas por los demandados, por lo que desde ya impugna en caso de existir alguna acta de finiquito y alguna renuncia voluntaria por los motivos señalados anteriormente. Con los antecedentes expuestos concurre a demandar como en efecto demanda a las compañías INFORQUIN CIA. Ltda., LANGOSTARSA S. A. TEDEX S.A. y a MISANSA S.A. (Minas San Antonio S.A.), en las interpuestas personas de los señores FERNAN-DO IDROVO TRIVIÑO, LEONARDO FE-DERICO AVEIGA ALMEIDA Y ALEX EDUARDO GONZÁLEZ PEZO, por sus propios derechos y por las funciones de dirección y administración y por la responsabilidad solidaria, para que en sentencia se los condene al pago de cada uno de los rubros que detalla en su demanda. Radicada la competencia por sorteo de Ley, se admitió la demanda al trámite y se dispuso citar a la parte demandada, lo cual obra de fojas 14 a 22 del proceso. Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación y formulación de pruebas, esta se llevó a efecto en el día y dentro de la hora señalada, con la concurrencia de las partes. No habiendo conciliación y habiéndose formulado las pruebas, se convocó a la audiencia definitiva ésta se llevó a efecto dentro del día y la hora señalada en la que se practicaron las pruebas que procedían en el referido acto; y siendo el estado de esta causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: A la causa se le ha dado el trámite legal correspondiente, observando las solemnidades que se prescriben para estos casos, razón por la cual se declara expresamente su validez.





**SEGUNDO:** Al tenor de lo prescrito en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que alega excepto los que se presume conforme a la Ley. TERCERO: La existencia de la relación laboral no es motivo de controversia, ya que no ha sido negada por la parte demandada. En cuanto a las distintas renuncias voluntarias que constan en el proceso así como también las actas de finiquito suscrita ante el Inspector de Trabajo y al haber sido impugnadas y negadas por el accionante mediante el acta de reconocimiento que consta a fojas 61 autos, ya que además esos documentos debían haber sido firmados con tres testigos para que tengan plena validez, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil. En cuanto a la duración de la misma y su remuneración se estará con la confesión ficta del demandado y el juramento deferido por el actor en la audiencia definitiva, a falta de otra prueba capaz y suficiente. **CUARTO:** Evidenciando el vínculo laboral existente entre los litigantes, fue obligación procesal del demandado justificar el pago de los beneficios sociales reclamados, esto es decimotercera, decimocuarta remuneración, y las vacaciones por todo el tiempo laborado, y no habiendo constancia procesal de dichos pagos, procede su solución con el recargo del interés legal correspondiente. QUINTO: La controversia en la presente causa se traba en la forma que concluyó la relación laboral, a pesar de que el actor alega que fue despedido el 7 de abril del 2008, en el juicio no se ha probado fehacientemente en circunstancias de tiempo lugar y modo que el vínculo laboral haya concluido por decisión unilateral del empleador; demás con las confesiones ficta no aportan en nada ya que no se formula la pregunta directa a los demandados, sino una opinión de cómo es verdad y le consta en consecuencia no es procedente disponer el pago de la indemnización del artículo 188 y bonificación del art. 185 del Código de Trabajo. SEXTO: En el proceso no hay prueba que acrediten que el actor haya laborado horas suplementarias y extraordinarias, además tampoco las especifica cuando y cuantas horas las trabajó, por los que se desechan todos estos reclamos. **SÉPTIMO:** Referente el reclamo de la última semana laborada del mes de diciembre del 2007 no pagadas, el accionado no ha demostrado que las haya pagado, por lo tanto es procedente

ordenar su pago con el recargo del interés legal correspondiente. Por lo anteriormente expuesto, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", el suscrito Juez Séptimo de Trabajo del Guayas, declara parcialmente con lugar la demanda y dispone que la parte demandada, esto es las companías INFORQUIN CÍA. LTDA. LANGOSTAR-SA S.A., TEDEX S.A. y a MISANSA S.A. (Minas San Antonio S.A.) en las interpuestas personas de los señores FERNANDO IDROVO TRIVIÑO, LEONARDO FEDERICO AVEIGA ALMEI-DA Y ALEX EDUARDO CONZÁLEZ PEZO, por sus propios derechos y por las funciones de dirección y administración y por la responsabilidad solidaria, paguen al actor los haberes determinados en los Considerandos Cuarto y Quinto del presente fallo y de conformidad con la resolución expedida por la Corte Suprema de Justicia, el 03 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial nro. 138 del 01 de marzo de 1999, los valores mandados a pagar son los siguientes: por decimotercera remuneración desde el 5 de junio del año 1994 hasta 7 abril del 2008: \$ 1.175,11; por decimocuarta remuneración desde el 5 de junio del año 1994 hasta 7 de abril del 2008, \$ 1.175,11; por vacaciones desde el 5 de junio del año 1994 hasta 7 de abril del 2008; \$587,55. El pago de la última semana laborada del mes de diciembre del año 2007: \$ 42,50 x 3= \$127,50 lo que da un valor de \$ 3.065,27 (TRES MIL SE-SENTA Y INCO DÓLARES CON VEINTE Y SIETE CENTAVOS DE DÓLRES, DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA), que es el valor que adeuda los demandados al actor. Sin lugar los demás reclamos. Con costas, regulase en el 10% del monto final a pagarse los honorarios del abogado patrocinador del demandante de lo cual se descontará el 5% para el Colegio de Abogados del Guayas. Cúmplase con lo establecido en el art. 277 del Código de Procedimiento Civil. De haber mora en el despacho a partir de la presente diligencia, esta será de exclusiva responsabilidad del Secretario de la Judicatura (art. 127 del Código Orgánico de la Función Judicial). Notifiquese.

f) Dr. César E. Andrade O., Juez Séptimo Oral del Trabajo del Guayas.



#### APELACIÓN

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ, ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 07 de noviembre de 2011, a las 16h18

VISTOS: La presente causa llega a conocimiento de esta Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado ILDEFONSO ALBERTO BOHORQUEZ TRIVIÑO, por los derechos que representa en su calidad de PRE-SIDENTE y representante legal de la compañía LABORATORIOS INFORQUIM C. LTDA., Y SAHARA EMILIA MOLINA VELOZ, por los derechos que representa en su calidad de Gerente y representante legal de la compañía LANGOS-TARSA S.A., y de la adhesión del actor CRUZ VALERO SALAZAR, de la sentencia expedida el 04 de Abril del 2011, por la Juez Séptimo Oral del Trabajo del Guayas, que declara parcialmente con lugar la demanda. Sorteada la causa, recayó su conocimiento en esta Sala, quien para resolver, considera: PRIMERO: El proceso es válido, pues no existe violación de trámite, ni omisión de solemnidad que lo afecte. **SEGUNDO:** Valero Salazar Cruz, afirma en libelo inicial que vino prestando sus servicios lícitos y personales en su calidad de estibador de sacos de carbonato de calcio desde el 5 de junio de 1994 hasta el día 31 de junio de 1997 para CODEMET S.A., sin que durante todo ese tiempo sus empleadores le afiliaran al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el 1ro. de julio de 1997 hasta el 30 de noviembre del 2000 le afiliaron al IESS para la compañía INFORQUIN CIA. LTDA., laborando bajo la orden dirección de los señores Fernando Hidrovo Triviño, Leonardo Federico Aveiga Almeida y Alex Eduardo González Pezo, luego sus referidos empleadores le pasaron a laborar desde el 1ro. de diciembre del 2000, hasta el 30 de abril del 2003 a la compañía LANGOS-TARSA S.A., de allí el 1ro. de mayo del 2003 hasta el 31 de mayo del 2007 sorpresivamente le pasaron a laborar su empleadora antes prenombrados a la Compañía TEDEX S.A., y por último desde el 1ro. de junio del 2007 hasta el 31 de diciembre del 2007 nuevamente sus antes nombrados empleadores le pasaron a laborar en esta ocasión para la compañía MISANSA (minas San Antonio S.A. ), todos estos cambios fueron dándose simultáneamente en todo el tiempo laborado motivo por el cual su salud se quebrantaba cada día más, primero a consecuencia de las cargas su columna vertebral

no resistía peso, luego los meniscos de sus piernas se le destrozaron totalmente, por lo que no podía seguir con sus labores de estibador. Que su empleador aprovechándose de su analfabetismo de ser una persona que no sabe leer ni escribir, el 31 de mayo del 2007 le hizo poner la huella digital del pulgar derecho en su papel blanco, que presuntamente era para hacerse atender de sus dolencias en sus rodillas por la consecuencia del estivo diario de cargar sacos de carbonato de calcio por un valor de \$290.67, siendo que resultó luego ser un acta de finiquito, ante su queja, su empleador le supo decir que siga laborando que no pasaba nada. Luego de hacerse atender regresó a su trabajo el 31 de diciembre del 2007 siendo aproximadamente las 17h00, en circunstancias que se iba a cambiar de ropa su empleador le pidió la libreta del seguro y le dijo que luego se la devolvería, así siguió laborando desde el 1ro. de enero del 2008 hasta el día lunes 7 de abril del 2008, pero sin salir en los roles de pago, siendo que en esta última fecha 7 de abril del 2008, aproximadamente las 08h00 en circunstancias que se disponía a laborar se le apareció su empleador Leonardo Federico Aveiga y en presencia de varias personas que se encontraban allí, le dijo: "VALERO TU YA NO PUEDES SEGUIR AQUÍ, VAS TRABAJAR COMO GUARDIA EN LA NOCHE, TÓMALO ESTAS FUERA, le dijo que tenía derecho a su liquidación contestándole ya fuiste liquidado hace rato, y sin dar mayor detalle se embarcó en su vehículo y se fue siendo despedido intempestivamente de su puesto de trabajo, sin habérsele reconocido la última semana laborada, por lo que ocurre a demandar para que en sentencia sean condenados al pago de los rubros que detalla en su acción. TERCERO: Citados legalmente los demandados, quienes en la audiencia preliminar manifiestan negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda incoada, improcedencia de la demanda, falta de derecho del actor, por su parte el actor impugna y rechaza de manera expresa y categórica los fundamentos de hecho y de derecho que ha presentado la parte demandada. En audiencia preliminar los demandados aceptan la relación laboral. CUARTO: Acreditada que se encuentra la relación laboral entre actor y demandado era obligación del accionado probar haber cumplido con lo dispuesto en el art. 42 del Código Obrero, esto es el pago de los décimo tercero y cuarto sueldo, así como las vacaciones (a fs. 42) y





existiendo constancia de su cancelación no se ordena su pago. QUINTO: No se ordena el pago de las horas suplementarias y extraordinarias por no haberse probado en el proceso que efectivamente las haya laborado. **SEXTO**: En cuanto al despido intempestivo alegado, revisada el acta de finiquito de fs. 42, se observa que la ex empleadora sin existir justificación razonable ha entregado al ex trabajador como bonificación la cantidad de Ud.\$ 160.50. En casos análogos al presente, la ex Excma. Corte Suprema ha resuelto, en los siguientes términos"...El hecho de que en el acta de finiquito conste una bonificación otorgada por el empleador al trabajador, permite concluir que la relación contractual terminó por voluntad unilateral del empleador; toda vez que no se halla una razonable justificación para que se entregue al trabajador una bonificación por beneficencia o generosidad, sino que se trata de una encubierta indemnización por despido intempestivo..." (Gaceta Judicial. Año CII Serie XVII nro. 6 página 1711. Por lo que en atención a la jurisprudencia antes transcrita, evidenciándose que las relaciones laborales terminaron por decisión unilateral de la empleadora, procede el pago de bonificación y la indemnización contempladas en los arts. 185 y 188 del Código de trabajo, de la liquidación se descontarán el valor recibido a fs. 42 del proceso. **SÉPTIMO:** El tiempo

de servicio se estará desde el 1 de junio del 2007 al 31 de octubre del 2007 y la remuneración percibida se estará a la cantidad de \$200.00 dólares. Sin otras consideraciones, esta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, reforma la sentencia venida en grado disponiendo que los demandados señores IDEL-FONSO ALBERTO BOHORQUEZ TRIVIÑO, por los derechos que representa en su calidad de PRESIDENTE y representante legal de la compañía LABORATORIOS INFORQUIM C. LTDA. Y SAHARA EMILIA MOLINA VELOZ, por los derechos que representa en su calidad de Gerente y representante legal de la compañía LANGOS-TARSA S.A., pague al actor por despido intempestivo: \$800-\$160.50 (fs. 42)- \$639.50 dólares, que es lo que se le adeuda al actor. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia. Publíquese y notifíquese.

f). Dr. Rodrigo Saltos Espinoza, Juez de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez, Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Ab. Geny Peralta, Conjueza, Dr. Guillermo Timm Freire, Juez.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 540-2012

Juicio laboral propuesto Salazar Crux Balero en contra de Inforquin Cía Ltda, Langostalsa S.A., Tedex S.A.

Jueza ponente: Dra. Mariana Yumbay Yallico

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL.** Quito, 06 de enero de 2014, las 10h35.

VISTOS: ANTECEDENTES: El actor Valero Salazar Cruz, presenta recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de noviembre de 2011, a las 16h18, que reforma la dictada por el Juez *a quo*, en el juicio de trabajo que sigue en contra las empresas INFORQUIN CÍA, LTDA.; LANGOSTARSA S.A.; TEDEX A.A.; Y, MI-SANSA S.A., en las interpuestas personas de: Fernando Idrovo Triviño, Leonardo Federico Aveiga Almeida y Alex Eduardo González Pezo, por sus

propios derechos y por las funciones de dirección y administración y por la responsabilidad solidaria en concordancia a lo dispuesto en los arts. 36 y 41 del Código de Trabajo. Encontrándose el juicio para resolver, se considera: PRIMERO: JURIS-DICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso en virtud de la previsto en el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; art. 613 del Código del Trabajo; art. 1 de la Ley de Casación; Resoluciones de integración de la Salas; y, al sorteo de causas realizado el 6 de agosto de 2013. SEGUNDO: FUNDAMENTOS



**DEL RECURSO:** El casacionista fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del art. 3 de la Ley de Casación y refiere que el fallo del Tribunal a quem, infringe las siguientes normas de derecho: arts. 326 numeral 3, 327, 424 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 4, 5, 7, 36, 41, 69, 111, 113, 581 último inciso del Código de Trabajo; y, art. 115 del Código de Procedimiento Civil. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de este Tribunal en virtud del artículo 184,1 de la Constitución de la República. TERCERO: VICIOS ALEGADOS. Por lo manifestado anteriormente, del análisis del recurso de casación interpuesto, se colige que son dos las acusaciones concretas: 1. Ataca las actas de finiquito, expresando que han sido prefabricadas a voluntad de la empleadora, en conspiración con los Inspectores de Trabajo, manifestando que por su analfabetismo no deberían constituir prueba, evidenciándose una mala interpretación de las mismas, lo que ha determinado que no se considere el verdadero tiempo laborado, y que por lo tanto, no se le reconozcan los beneficios de ley; y, 2. Que la sentencia impugnada no toma en consideración la confesión judicial solicitada, y que por la falta de comparecencia de los accionados, debía haberse tenido como confesión ficta o tácita, lo que ha influido en la decisión final. CUARTO: DEL RECURSO DE CASACIÓN: "La casación significa realizar el control del derecho en la actividad de los jueces, que éstos en el desempeño de sus actividades específicas de administrar justicia, actúen con estricto sometimiento al ordenamiento legal" con el objeto fundamental de evitar arbitrariedades que puedan cometer los juzgadores. Además, Humberto Murcio Ballén señala que "La casación es un recurso limitado, por lo que la ley lo reserva para impugnar por medio de él sólo determinadas sentencias; es un recurso formalista; es decir, que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustenta, observar todas las exigencias de la técnica de la casación a tal punto que el olvido o desprecio de ellas, conduce a la frustración del recurso y aun al rechazo in limine del correspondiente libelo.

No es una tercera instancia"<sup>2</sup> En tal virtud, el objeto fundamental de este recurso, es atacar la sentencia para invalidarla por los vicios de forma o de fondo de los que pueda adolecer, por ello para perfeccionarse requiere del cumplimiento estricto de las disposiciones de la ley de la materia, debiendo el recurrente determinar con exactitud las causales en las que fundamenta su acción, así como los cargos que se hacen a las normas consideradas quebrantadas. QUINTO: MOTIVACIÓN. El artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que: "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 consideraran nulos". La motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.3 En virtud de la garantía constitucional mencionada, este Tribunal fundamenta su resolución de conformidad con la doctrina y jurisprudencia, en consecuencia, analiza en primer lugar, las causales corresponden a los vicios "in procedendo" que puedan afectar a la validez de la causa y si su violación determina la nulidad del proceso ya sea en forma parcial o total; en segundo lugar, cabe analizar las causales por errores "in iudicando" que son errores de juzgamiento, los mismos que se producen por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables en la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas. SEXTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. Del análisis del recurso interpuesto, respetando el

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo" vs. Venezuela, párrafo 77.



ANDRADE UBIDIA Santiago, La Casación Civil en el Ecuador. Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.
 MURCIA BALLÉN, Humberto. Recurso de Casación Civil. Sexta edición. Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ Bogotá



orden que debe primar en el examen de los cargos de casación, por razones lógica y de técnica jurídica, este Tribunal empieza el estudio por la causal tercera, la cual procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". Esta causal conocida por la doctrina, como de violación indirecta de la norma, abarca tres vicios de juzgamiento: aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas atinentes a la valoración de la prueba, vicios que inexorablemente, deben dan lugar a la concurrencia de dos infracciones sucesivas que generan como consecuencia jurídica: la aplicación de las normas de derecho en el fallo impugnado. Debiéndose aceptar el error en la valoración de la prueba, solamente, cuando sea producto de la violación de los preceptos jurídicos que lo regulan. Para que progrese la casación por esta causal, el recurso debe cumplir con los siguientes requisitos: 1. Identificar la norma procesal que sirve de fundamento para la interposición del recurso; 2. Demostrar en qué forma se han violado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; 3. Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no aplicada como efecto del error de valoración probatoria. 6.1. El casacionista impugna la sentencia, argumentando que se ha infringido el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a que: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas". Al efecto, este Tribunal, puede comprobar los siguientes recaudos procesales: a) (Fs. 41, 42, 43), renuncia del actor de 10 de octubre de 2007, acta de finiquito entre Leonardo Federico Aveiga Almeida, en calidad de gerente y representante legal de la empresa MISANSA S.A., y Valero Salazar Cruz, suscrita el 31 de octubre de 2007; **b**) (Fs. 48,49), renuncia del actor de 30 de abril de 2003, acta de finiquito entre Leonardo Federico Aveiga Almeida, en calidad de Gerente y representante legal de la empresa LANGOSTARSA S.A., y Valero Salazar Cruz, suscrita el 9 de mayo de 2003; c) (Fs. 50, 51, 52), renuncia del actor de 30 de noviembre de 2000, acta de finiquito entre Leonardo Federico Aveiga Almeida, en calidad de Presidente y representante legal de la empresa INFORQUIN CÍA. LTDA., y Valero Salazar Cruz, suscrita el 30 de noviembre de 2000; d) (Fs. 71, 72, 73), renuncia del actor de 31 de mayo de 2007, acta de finiquito entre Leonardo Federico Aveiga Almeida, en calidad de Gerente y representante legal de la empresa TEDEX S.A., v Valero Salazar Cruz, suscrita el 31 de mayo de 2007. e) (Fs. 55 a 59), carnet de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el cual consta el nexo laborar con las empresas demandadas: IN-FORQUIN CÍA. LTDA., fecha de ingreso 1 de julio de 1997, fecha de salida 30 de noviembre de 2000, período trabajado, 3 años, 5 meses; LAN-GOSTARSA S.A., fecha de ingreso 1 de diciembre de 2000, fecha de salida 30 de abril de 2003, período trabajado, 2 años, 5 meses; TEDEX S.A., fecha de ingreso 1 de mayo de 2003, fecha de salida 31 de mayo de 2003, fecha de salida 31 de mayo de 2007, período trabajado, 4 años, 1 mes; MISANSA S.A., fecha de ingreso 1 de junio de 2007, período trabajado, 6 meses. **6.1.2.** De lo anotado, se desprende con absoluta certeza que con el ánimo de evadir responsabilidades patronales, las empresas demandadas, ilegalmente, procedían de manera simultánea con tres hechos censurables: renuncia, acta de finiquito y nuevo contrato de trabajo con otra empresa, pero con el mismo representante legal, lo cual configura de manera inequívoca, un ilegal proceder en perjuicio de la parte accionante, notándose hechos fácticos, que otorgan elementos de juicio y convicción a este Tribunal, que permiten determinar que, tanto las renuncias, cuanto las actas de finiquito, fueron simuladas, subrepticias para encubrir el tiempo de servicios de trabajador para un mismo empleador, aprovechándose del analfabetismo del actor, ya que conforme se verifica de las copias de la cédula (fs. 5 primer cuerpo y 11 tercer cuerpo), no se encuentra firma alguna, lo que denota el ánimo de eludir las obligaciones patronales en claro perjuicio del trabajador, con la complicidad reiterada de la autoridad administrativa que incumplió su obligación plasmada en el art. 5 del Código de Trabajo. En consonancia a lo antedicho, se constata que en todas las actas de finiquito, comparece Leonardo Federico Aveiga Almeida, como Gerente y Presidente, y como tal representante legal de las empresas demandadas, coligiéndose que se tratan de empresas vinculadas, tanto más que, las citaciones, se realizan en la misma dirección, esto es



Kennedy Norte Av. Nahín Isaías nro. 2002 y calle 2 edificio CODEMET. (fs. 14 a 22) y (fs. 30 a 38), lo que sin lugar a duda, demuestra que, el Tribunal ad quem, no ha dado la correcta valoración de los hechos ciertamente verificados, esto es, la continuidad de renuncias y suscripción de actas de finiquito, así como la incorporación a día seguido bajo la dependencia del mismo representante legal. En abundamiento de lo expresado, el trabajador para demostrar que fue víctima del despido intempestivo, solicitó la confusión judicial de los demandados quienes fueron declarados confesos al tenor del interrogatorio presentado y esta confesión ficta hace prueba plena sobre el despido intempestivo, conforme lo prescribe el último inciso del artículo 581 del Código del Trabajo en relación con el art. 131 del Código de Procedimiento Civil; en tal sentido se ha pronunciado la Ex Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración y por ende de aplicación obligatoria, tales como: Juicio nro. 41-99; 325-98; y, 349-98, publicados en la Gaceta Judicial nro. 14 serie XVI; sin dejar de considerar además, que el trabajo, es un derecho y un deber social que goza de la protección del Estado, así lo determina el artículo 33 de la Constitución de la República. A la luz de la sana crítica, basado en la convicción del juzgador, para la valoración de la prueba, pero con sujeción a la Constitución y la ley, en el cual, debe prevalecer el cargo alegado. SÉPTIMO: Por lo que de conformidad con la disposición del art. 16 de la Ley de Casación, se dicta la sentencia en los siguientes términos: el actor Cruz Valero Salazar, comparece a fs. 1 indicando que viene prestando sus servicios lícitos y personales en calidad de estibador de sacos de carbono de calcio desde el 5 de junio de 1994 hasta el 31 de junio de 1997 para CODEMET S.A., sin que durante ese tiempo le hayan afiliado al IESS; posteriormente, desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2000 para la Compañía INFORQUIN CÍA. LTDA.; luego desde el 1 de diciembre de 2000 hasta el 30 de abril de 2003 para la Compañía LANGOS-TARSA. S.A.; a continuación desde el 1 de mayo de 2003 hasta el 31 de mayo de 2007 para la Compañía TEDEX S.A., y, por último, desde el 1 de junio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007 para la Compañía MISANSA (Minas San Antonio S.A.). Que fue despedido de su trabajo el 7 de abril de 2008 por su empleador Leonardo Federico Aveiga, por lo que demanda el pago de las indemnizaciones que constan en ella. 7.1. No se ha omitido solemnidad sustancial alguna ni violado el trámite por lo que se declara la validez procesal. 7.2. La existencia de la relación laboral no es motivo de controversia, por lo que, al invertirse la carga de la prueba, correspondió a los accionados demostrar el cumplimiento de sus obligaciones constantes el art. 42 del Código del Trabajo a más de los rubros concernientes al despido intempestivo del que ha sido objeto. Consecuentemente, las personas jurídicas demandadas y sus representantes legales, conforme lo dispuesto en el art. 36 ibídem deben pagar al actor la bonificación e indemnización previstas en los arts. 185 y 188 del Código de Trabajo, para lo cual, se tendrá como tiempo de servicios desde el 5 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2007 y como sueldo mensual la cantidad de USD. 200, según el juramento deferido; correspondiendo lo siguiente: art. 185 (50x13 = USD. 650) art. 188 del Código del Trabajo (200 x14=USD2.800). Por las consideraciones anotadas, resulta inoficioso analizar el otro cargo propuesto, en consecuencia, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSIT-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de noviembre de 2011, las 16H18, disponiendo que las personas jurídicas demandadas y sus representantes legales, por sus propios derechos y por los que representan: INFORQUÍN CÍA. LTDA., LAN-GOSTARSA S.A., TEDEX S.A., MISANSA S.A., en las interpuestas personas de Leonardo Federico Aveiga Almeida, Ildefonso Alberto Bohórquez Triviño, Sahara Emilia Molina Veloz, Alex Eduardo González Pezo y Fernando Idrovo Triviño, paguen, al actor Valero Salazar Cruz, la cantidad de USD. 3.450. Notifiquese y devuélvase.

f)Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueza Nacional, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional.





### Juicio nro. 646-2012

Jucio laboral propuesto por Marcos Williams Rojas Torres en contra de la compañía Andes Petroleum Ecuador

#### SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral por reclamaciones laborales, impugnación del acta de finiquito y despido intempestivo del trabajador que constituye y pertenece a un sindicato (artículos 187 y 455 del Código de Trabajo), el juzgador acoge las excepciones deducidas por la parte demandada y rechaza la demanda por improcedente, pues considera que el acta de finiquito es válida, eficaz y en ella constan, de forma pormenorizada, la liquidación de haberes por varios conceptos, entre ellos, la indemnización por despido intempestivo. Además, se añade que el derecho que prevé el artículo 187 de la norma en mención nace cuando el ex trabajador demuestra que, al momento de despido, este ejerce o funge como miembro o dirigente sindical. El tribunal de alzada resuelve en mérito al proceso aceptar el recurso de apelación interpuesto por el actor, revocar la sentencia de primer nivel y aceptar parcialmente la demanda en la que se dispone que el demandado paque al actor la indemnización que prevé el artículo 455 del Código del Trabajo mas no la del artículo 187 por no tener el accionante la calidad de dirigente sindical. La Corte Nacional de Justicia desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada fundamentado en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y no casa la sentencia del tribunal de segunda instancia por considerar que dicho tribunal no demuestra que al dictar la sentencia incurrió en falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil sino que, por el contrario, se intenta que el Tribunal de Casación revise el proceso de valoración de la prueba actuada. Tampoco se justifica la errónea interpretación del artículo 452 del Código del Trabajo, pues la garantía de inamovilidad de guienes constituyen sindicatos y otras organizaciones prevista en la norma indicada debe realizarse conforme una interpretación integral; ello significa que rige desde la fecha en que la" directiva provisional" notifica al inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general y concluye hasta que se integre la " primera directiva", la cual se elige luego de que se aprueben y registren los estatutos en el Ministerio de Trabajo y no como la interpretan los impugnantes.

#### PRIMERA INSTANCIA

**JUZGADO QUINTO DE TRABAJO DE PICHINCHA**. Quito, lunes 28 de noviembre del 2011, las 10h17.

**VISTOS:** MARCOS WILLIAMS ROJAS TO-RRES, a fojas 5 y 6 del proceso comparece y manifiesta que con fecha primero de julio del año 2000 fue contratado por la compañía Andes Petroleum para el cargo de asistente de materiales, con la finalidad de que trabaje en el Oriente ecuatoriano en el campo de Kupi con la modalidad de 14 días de trabajo y 14 días de descanso, siendo su última remuneración de USD \$ 1.611.00; que

con varios compañeros tomaron la decisión de agruparse y formar un sindicato con la finalidad de precautelar todos sus derechos que estaban siendo mancillados por el empleador y es así que se constituyó el Sindicato de Trabajadores SIN-TRAAPET mediante acuerdo ministerial 00236 de 16 de diciembre de 2010, en donde el Ministerio de Relaciones Laborales, concede personería jurídica a su sindicato; que la conformación de este sindicato de trabajadores, no le gustó al empleador motivo por el cual a todas las personas que son parte del sindicato fueron objeto de



despido intempestivo por parte del empleador, en su caso concreto, y sin que exista alguno con fecha 17 de enero de 2011 se procede a despedirle intempestivamente, habiendo su empleador enviado el acta de finiquito al Ministerio del Trabajo; que lo curioso del caso es que esta acta de finiquito no se ajusta a lo que dispone los artículos 187 y 455 del Código de Trabajo, perjudicando una vez tanto a su persona como al resto de compañeros que en forma arbitraria fueron despedidos por Andes Petroleum, aclarando que con fecha 10 de enero del año en curso 2001, el Director Regional de Trabajo, convocó a una audiencia a la parte empleadora y a los trabajadores que fueron objeto de despido intempestivo por Andes Petroleum a fin de buscar un entendimiento en lo que respecta a sus liquidaciones pero la empresa no quiso reconocer las liquidaciones que les correspondían conforme el art. 455 del Código del Trabajo; que al haber recibido al liquidación la misma que adjunta, no está de acuerdo con dicha liquidación por cuanto no se ha considerado varios rubros tales como horas extras, vacaciones, utilidades, etc. Que por este motivo demanda al Dr. ZHANG XING por sus propios derechos y como presidente ejecutivo de la Compañía Andes Petroleum, al pago de los rubros que señala en su demanda. Fija la cuantía en USD \$ 25.000.00. Citado el demandado, comparecen a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas (fojas 33 de autos), por una parte, el actor acompañado de su abogado defensor Dr. Jhen Rivadeneira; y por otra, el Dr. Agustín Hurtado, en calidad de Procurador Judicial de la Empresa demandada. Insinuadas las partes para una conciliación no es posible la misma, por lo que la demandada contesta la demanda y opone las siguientes excepciones: negativa de los fundamentos de la demanda; improcedencia de la demanda; falta de derecho del actor para reclamar valor alguno relacionado con pago de horas extraordinarias o suplementarias, vacaciones, días, festivos o utilidades de ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA., puesto que los haberes a que el actor tenía derecho le fueron debidamente pagados tal y como lo reconoce en el acta de finiquito suscrita con su representada y que no ha sido impugnada por el actor; falta de derecho del actor a reclamar las indemnizaciones especiales establecidas en el artículo 187 y 455 del Código Laboral, puesto que la mencionada organización sindical no es legal, y en el supuesto

de que lo fuera, los presupuestos de hecho deducidos por el actor no cacen en las premisas de derecho contempladas en dichas normas; litis pendencia, puesto que mientras no se resuelva la legalidad o ilegalidad de la mencionada organización sindical en el proceso que se está sustanciando en el Juzgado Tercero de Trabajo, no puede resolverse lo reclamado por el actor en este juicio; falta de legítimo contradictor. La audiencia definitiva se realizó el 28 de julio de 2011 a las 08h39, a la que concurren, por una pare, el actor acompañado de su abogado defensor Dr. Jhen Rivadeneira; y por otra, el Dr. Pablo Palacios, en calidad de Procurador Judicial de la Empresa demandada Trabada la litis, correspondió a las partes aportar prueba al proceso en los términos de los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil. Para resolver lo que corresponda se considera: **PRIMERO:** De conformidad con lo previsto en el art. 568 del Código de Trabajo, el suscrito Juez es competente para conocer y resolver la presente causa. SE-**GUNDO:** A la causa se le hadado el trámite de procedimiento oral, previsto en el art. 575 del Código del Trabajo, y en el no se advierte omisión de solemnidad substancial que influya en su decisión por lo que se declara su validez. TERCE-RO: La relación laboral no es motivo de discusión en virtud de haber sido reconocida expresamente por la demandada al contestar la demanda, lo que se corrobora con la prueba documental que obra del proceso, entre ellas, el acta de finiquito. CUARTO: El actor en su libelo inicial pretende el pago de lo que dispone el Art. 187 y 455 del Código del Trabajo, normas legales que en su orden disponen: "el empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva, de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período para el cual fue elegido. Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más y protegerá, por igual, a los dirigentes de las organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa, como a los de las constituidas por trabajadores de diferente empresas, siempre que en este último caso el empleador sea notificado, por medio del inspector del trabajo, de la elección del dirigente, que trabaje bajo su dependencia". A su vez el art. 455, dispone: El empleador que contraviniere la





prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador desahuciado o despedido con un suma equivalente al sueldo o salario de un año"; por su parte el art. 452 ibídem, señala que, "Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva". A fojas 181 del proceso, consta el acta de finiquito suscrita entre el actor Marcos Rojas Torres y la empresa demandada Andes Petroleum, el 22 de diciembre de 2010, ante el Inspector del Trabajo de Pichincha, mediante la cual se da por terminada la relación laboral existente entre las partes procesales, y en la que consta la liquidación de haberes o valores por varios conceptos, entre ellos, por indemnización por despido intempestivo o, acta de finiquito que no ha sido impugnada por el demandante en el libelo inicial de demanda conforme correspondía, y conforme así lo ha resuelto la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución nro. 822-2010 de fecha 1 de diciembre de 2010 a las 08h30, en la que en lo pertinente "...esta Sala considera que el momento oportuno para impugnar el acta de finiquito es cuando esta impugnación se hace en el escrito de demanda y que el hecho de no haberla impugnado al momento de su suscripción (del acto) no impide su impugnación en un acto posterior (en la demanda)..." (paréntesis no corresponde al texto). De conformidad con lo previsto en el art. 595 del Código de Trabajo, el documento de finiquito suscrito por el trabajador podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiere sido practicada ante el inspector del trabajo, quien cuidará de que sea pormenorizada. Conforme se ha dicho, de autos consta el ACTA DE FINI-QUITO suscrita ante el Inspector del Trabajo de Pichincha, de la que se desprende que efectivamente la relación laboral concluyó por despido intempestivo y por lo cual se ha efectuado la liquidación de haberes respectiva, recibiendo el actor la cantidad allí establecida. Esta acta de finiquito tiene plena validez jurídica y por tanto hace

prueba irrefutable, es un documento por medio del cual un trabajador acepta la liquidación de sus haberes pendientes de pago, y si fuere del caso las indemnizaciones a que tiene derecho. Los criterios que determinan que el acta de finiquito es impugnable de conformidad con lo previsto en el art. 595 del Código de Trabajo, se asientan en varias hipótesis: i) No haber sido suscrita ante el Inspector del Trabajo; ii) que aunque suscrita ante la autoridad competente, no ha sido pormenorizada; y iii) aunque este pormenorizada y el acta haya sido suscrita ante el Inspector de Trabajo, contenga un evidente error de cálculo y se trate de corregirlo, o que implique renuncia a los derechos del trabajador. Así mismo las actas de finiquito son susceptibles de impugnación, si se demuestra que el empleado fue coaccionado para firmar, por lo que en caso de que el trabajador voluntariamente haya firmado dicha acta, terminando así la relación laboral, no cabe el pago de indemnización adicional por parte del empleador. En la especie, el acta de finiquito ha sido suscrita ante autoridad competente, es pormenorizada, no contiene error de cálculo, tampoco se ha demostrado coacción al suscribirla, ni contiene renuncia de derechos del trabajador, ya que el derecho del actor que prevé el artículo 187 del Código del Trabajo, hubiese nacido si el extrabajador hubiere demostrado en el proceso que al momento o fecha del despido ejercía o fungía como miembro o dirigente sindical conforme lo exige dicha norma legal, por el contrario a fojas 43 y 44 de autos consta el acta constitutiva del sindicato de trabajadores SINTRAAPET de fecha 25 de noviembre del 2010, en la que consta al detalle la designación de la directiva del referido Sindicato, dentro de la cual no aparece el nombre del demandante como miembro de la mencionada directiva, por lo que el acta de finiquito antes mencionada, mantiene su validez y eficacia probatoria de conformidad con el art. 166 del Código Adjetivo Civil. Por las consideraciones expuestas, AD-MINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LAS CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la demanda por falta de prueba y por tanto improcedente. Sin costas ni honorarios profesionales que regular. Notifíquese.

f) Dr. Freddy Macías Navarrete, Juez Adjunto.



#### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio laboral oral nro. 0002(1)-2012-MCH.

Juez ponente: Dr. Fabián Jaramillo Tamayo.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PI-CHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO LABO-RAL, DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, jueves 22 de marzo del 2012, las 10h03.

**VISTOS.** Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, de la sentencia dictada por el Juez Adjunto Quinto del Trabajo de Pichincha, dentro del juicio de procedimiento oral seguido por MARCOS WILLIAMS ROJAS TORRES en contra del Dr. Zhang Xing en su calidad de presidente ejecutivo de la compañía ANDES PETRO-LEUM ECUADOR LTDA., se considera: PRI-**MERO:** El actor, MARCOS WILLIAMS ROJAS TORRES, en su libelo inicial, manifiesta: Que con fecha 1 de julio de 2000 fue contratado por la Compañía Andes Petroleum para el cargo de asistente de materiales, con la finalidad de que trabaje en el Oriente ecuatoriano en el campo de Kupi, con la modalidad de 14 días de trabajo y 14 días de descanso, siendo su última remuneración de \$ 1.611,00 dólares, tiempo en el cual ha demostrado eficiencia a las tareas que la Empresa le encomendó, nunca ha tenido de parte de la Empresa reclamo alguno a sus funciones de trabajo. Que con varios compañeros tomaron la decisión de agruparse y formar un sindicato con la finalidad de precautelar todos sus derechos que estaban siendo mancillados por el empleador y esa así, que se constituyó el sindicato de trabajadores SIN-TRAAPET mediante acuerdo ministerial 00236 de 16 de diciembre de 2010, en donde el Ministerio de Relaciones Laborales concede personería jurídica al sindicato. Que la conformación del sindicato de trabajadores, no le gustó al empleador motivo por el cual, todas las personas que son parte del sindicato fueron objeto de un despido intempestivo por parte del empleador, en caso concreto sin que exista motivo alguno con fecha 17 de enero del 2011 se procede a despedirle intempestivamente es decir, la terminación de trabajo en forma unilateral por parte de la empresa, habiendo Andes Petroleum enviado el acta de finiquito al Ministerio de Relaciones Laborales. Que el acta de finiquito no se ajusta a lo que dispone los arts. 187 y 455 del Código de Trabajo, perjudicando una vez tanto a su persona como al resto de sus compañeros que en forma arbitraria fueron despedidos por Andes

Petroleum, que con fecha 10 de enero del año en curso el Sr. Director Regional de Trabajo convocó a una audiencia a la parte empleadora y a los trabajadores que fueron objeto de despido por Andes Petroleum a fin de buscar un entendimiento en lo que respecta a las liquidaciones pero lastimosamente la Empresa debido a su tozudez, negligencia y mala fe no quisieron reconocer las liquidaciones que les corresponde conforme lo dispone el art. 455 del Código de Trabajo, que dice "el empleador que contraviniere la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador desahuciado o despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año" es decir, esta Compañía extranjera lo que hace es una vez más abusar de los trabajadores. Que al haber recibido la liquidación la misma que se adjunta, no está de acuerdo con dicha liquidación por cuanto, no se han considerado varios rubros tales como: horas extras, vacaciones, utilidades, etc. Por este motivo, presenta la demanda en contra de Dr. ZHANG XING por sus propios derechos y como presidente ejecutivo de la compañía Andes Petroleum y reclama los rubros indicados en 5 literales. Que las indemnizaciones que reclama, serán con los respectivos intereses y recargos, fundamenta la demanda en lo que dispone el art. 575 del Código de Trabajo. El trámite a darse a la demanda es de procedimiento especial oral, fija la cuantía en \$ 25.000,00 dólares donde están incluidos los rubros que la empresa no le ha cancelado. Admitida trámite (sic) la demanda y cumplida la solemnidad de la citación tiene lugar la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de prueba el 31 de mayo de 2011 (fojas 33 vuelta) que se realiza con la comparecencia del actor acompañado de su abogado defensor Dr. Jhen Rivadeneira Paz; y, por otra parte el Dr. Agustín Hurtado Larrea en calidad de procurador judicial de la parte demandada. Fracasada la conciliación insinuada por el Juez se concede la palabra a la parte demandada quien a través de su abogado defensor contesta la demanda por escrito (fojas 34 a 35 vuelta) en el que, (sic) en lo principal manifiesta que en cuanto a los valores no cancelados que niega pura y simplemente que su representada le adeude al actor valor alguno, es importante que se tenga en cuenta que la falta de





precisión en relación con las injustificadas pretensiones del actor, debería ser más que suficiente razón para desecharlas de plano, pues el actor ni que ni siquiera ha señalado de que períodos, meses o años supuestamente le son debidos valores relacionados con horas extras, vacaciones, días festivos o utilidades. Que en lo que se refiere a la indemnización sindical de la cual el actor afirma haber sido miembro fuese legal y legítima, el Sindicato nunca eligió ni inscribió la directiva definitiva, es más ni siquiera aprobó, conforme lo debió hacer el reglamente de elecciones y por lo tanto, mal podría aspirar a la garantía contempladas en el art. 187 del Código de Trabajo, además la organización sindical es ilegal. Luego de lo manifestado deduce las siguientes excepciones: salvo lo expresamente admitido, niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y derecho de la acción propuesta; improcedencia o inadmisibilidad de la demanda porque la misma carece de los requisitos legales exigidos en el art. 67 del C. P. C., pues el actor no ha fundamentado de manera alguna, ni en los hechos ni en derecho las cuatro primeras pretensiones de su demanda; falta de derecho del accionante a reclamar valor alguno relacionado con horas extraordinarias o suplementarias, vacaciones, días festivos o utilidades de ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA., ya que todos los haberes a que el actor tenía derecho le fueron debidamente pagados; falta de derecho del actor a reclamar las indemnizaciones especiales establecidas en el art. 187 y 455 del Código Laboral; litis pendencia; falta de legítimo contradictor; no se allana a los vicios de nulidad. Las partes formulan pruebas y el Juzgado dispone se practiquen dentro de los momentos procesales oportunos a la vez que señala día y hora para la audiencia definitiva (fojas 189 y vuelta) que tiene lugar con la comparecencia del actor con su defensor el Dr. José Villarruel y el Dr. Pablo Palacios Riofrío, en su calidad de procurador judicial del demandado: el actor rinde confesión judicial y juramento deferido. Las partes alegan en derecho y, concluida la sustanciación se dicta sentencia en la que se rechaza la demanda por falta de prueba y por tanto improcedente. Sin costas ni honorarios que regular; fallo que apelado por el actor, permite que los autos accedan a esta Sala Especializada que es la competente para conocer y resolver la causa en razón de la materia y por el sorteo correspondiente. SEGUNDO: Por la apelación del actor y en virtud del sorteo correspondiente los autos acceden a esta Sala Especializadas radicándose así las

competencias. Por falta de apelación, el fallo de primer nivel se ejecutorió para la demandada, correspondiendo analizar lo que pudiere ser perjudicial al actor apelante. TERCERO: En la sustanciación del proceso no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión, por lo que se declara la validez de lo actuado. CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, correspondió a cada una de las partes la prueba de sus respectivas afirmaciones. QUINTO: La relación laboral no es materia de discusión, ha sido aceptada en forma expresa al contestar la demanda, y deviene de los demás recaudos procesales, especialmente del acta de finiquito agregada a los autos. SEXTO: El accionante en su escrito de demanda reclama en los literales a, b y c, el pago de las horas extraordinarias y suplementarias, vacaciones y días festivos trabajados, sin precisar los períodos por lo que pretende el reconocimiento; a fojas 1 y vuelta, consta el acta de finiquito suscrita el 17 de enero del 2011 entro los ahora litigantes ante la inspectora del trabajo de Pichincha Rosa Mery Guillén Ordóñez, documento que no ha sido impugnado expresamente, sin embargo se procede a su revisión, encontrándose que en él se registran los rubros antes nombrados y están liquidados correctamente, esto es, no existe perjuicio a los derechos del actor, omisiones o error de cálculo y por tanto se desestiman las pretensiones a las que se refiere este considerando. SÉPTI-MO. En cuanto a los requerimientos de las indemnizaciones contempladas en los arts. 187 y 455 se fundamenta: 1 DISPOSICIONES LEGALES: "Art. 187. Garantías para dirigentes sindicales. El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva, de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año..." "Art. 455. Indemnización por desahucio y despido ilegales. El empleador que contraviniere la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador desahuciado o despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año" "Art. 452. Prohibición de desahucio y de despido. Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que estos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta



que se integre la primera directiva". Art. 442. Personería jurídica de las asociaciones profesionales o sindicatos. Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constaren el registro (sic) que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo". Art. 447. Contenido de los estatutos. Los estatutos deberán contener:... 3. Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción;..." 2. TRÁ-MITE DE CONSTITUCIÓN DEL SINDICA-TO: a) A fojas 70 consta el oficio 019-SIN-TRAAPET-29-11-2010 de 29 de noviembre de 2010 mediante el cual el señor Giuseppe Alejandro Zambonino Campoverde, en su calidad de secretario general provisional de la directiva del Sindicato de Andes Petroleum hace conocer al Director Regional del Ministerio de Relaciones Laborales, de la constitución de esa organización laboral. Esta comunicación es recibida en ese Ministerio el 9 de diciembre del 2010. b) Con acuerdo nro. 00236 de 16 de diciembre del 2010, se aprueban los Estatutos del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Petroleum denominada Ltda. TRAAPET (fojas 61). c) A fojas 153 consta la comunicación de 28 de abril del 2011 dirigida al Ministro de Relaciones Laborales, con la que se le hace conocer la integración de la Directiva definitiva del Sindicato. OCTAVO: De lo expuesto en el considerando anterior se concluye que el tiempo de vigencia de la garantía contemplada en el art. 452 C. T., operó del 29 de noviembre del 2010 al 28 de abril del 2011, fecha en que fue integrada la primera directiva y si el actor fue despedido

intempestivamente el 21 de diciembre del 2010, como consta en el acta de finiquito, tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 455 del Código de Trabajo. En lo que hace referencia a la indemnización del art. 187 ibídem, no consta en el proceso que el accionante haya tenido la calidad de dirigente sindical, por lo que no ha lugar a deferir favorablemente a este reclamo. NOVENO: Se confirma como tiempo de servicio del 1 de julio del 2000 al 17 de enero de 2011 y como última remuneración \$ 1.611.00, según último rol de pagos. Lo que da un total por el ítem reconocido en el considerando noveno de \$ 19.332.00. Por lo expuesto: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA", se acepta el recurso de apelación interpuesto por el actor, se acepta parcialmente la demanda y se revoca la sentencia venida en grado, disponiendo en consecuencia que Andes Petroleum, por intermedio de Zhang Xing, en la forma que ha sido requerido, pague al actor Marcos Williams Rojas Torres, la suma de diecinueve mil trescientos treinta y dos dólares (USD 19.332.00), monto al que asciende el rubro concedido en el considerando noveno de este fallo. Con costas y se regula el honorarios de la defensa del actor en el 5% del monto que se dispone pagar. Actúan los doctores José Luis Viteri y Luis Arellano Cisneros, Conjuez y Secretario encargado, respectivamente, por licencia de sus titulares. Notifíquese.

f) Dr. Luis Araujo Pino, Juez Presidente. Dr. Fabián Jaramillo Tamayo. Dr. José Luis Viteri Conjuez.

### CASACIÓN

Juicio nro. 646-2012

Jucio laboral propuesto por Marcos Williams Rojas Torres en contra de la compañía Andes Petroleum Ecuador LTD.

Juez ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.** Quito, 20 de enero de 2014

VISTOS: El Dr. Agustín Hurtado Larrea, en calidad de Procurador Judicial de la demandada, compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, expedida el 22 de marzo del 2012, a las 10h03, dentro del juicio laboral, que en su contra sigue Marcos Williams Rojas Torres, misma que acoge el recurso de apelación interpuesto por el actor, acepta parcialmente la demanda revocando





la sentencia subida en grado, disponiendo que la empresa Andes Petroleum por intermedio del Dr. Zang Xing en la forma que ha sido requerido pague al actor, la suma de \$19.332.00 USD; por lo que encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO.- JURISDICCIÓN **COMPETENCIA**: Esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de casación en razón de que el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012, de 25 de enero del 2012, designó como juezas y jueces a quienes en la actualidad conformamos la Corte Nacional de Justicia, cuya posesión se cumplió el 26 de enero del mismo año; y dado que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución 03-2013, en sesión de 22 de julio del 2013 en la que resolvió reformar las Resoluciones Nos. 01-2012, 04-2012 y 10-2012 en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia del modo que consta en la indicada Resolución; por lo que en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento de la presente causa, al amparo de lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República; 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 1 de la Ley de Casación, Art. 613 del Código del Trabajo y el resorteo realizado cuya razón obra de autos. Calificado el recurso interpuesto por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha sido admitido a trámite por cumplir con los requisitos formales previstos en el Art. 6 de la Ley de Casación.- SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El casacionista fundamenta su recurso en el Art. 3 causal número 1 de la Ley de Casación, por cuanto considera que existe errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo y en el Art. 3 causal número 3 por considerar que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil. TERCERO .- ALGUNAS CON-SIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN: Tomando en cuenta algunos criterios de la doctrina se advierte: que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: "... el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas..." (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Véscovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación, expresa: "Luego de una evolución histórica en la que se ha producido alguna alteración en sus finalidades iniciales (Supra Cap. I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p. 25). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: "La función de la Casación es construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública...". (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge "... como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como nomofilaquia, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial, y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso..." (La Casación, estudio sobre la Ley No. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p. 45).



Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que juezas y jueces debamos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia No. 66-10-CEP-CC, caso No. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento No. 364, de 17 de enero del 2011, p. 53 que, "El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y /o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...". CUARTO.-ANALISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRE-SENTADAS: Confrontado el contenido del recurso de casación con el fallo cuestionado, se observa que el recurrente fundamentado en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación acusa, haberse producido errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo, y falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 115, 165, y 166 del Código de Procedimiento Civil, por lo que siguiendo el orden lógico de resolución de las mismas se analizará en primer lugar la causal tercera y luego la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. **PRIMERA ACUSA-CION:** Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 115, 165, y 166 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Al respecto ser advierte: 1.- Las normas acusadas se refieren a los medios de prueba; efectos de los instrumentos públicos y contra quienes causan dichos efectos. Esta causal acusa de "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas

de derecho en la sentencia o auto". Por tanto, no corresponde al tribunal de casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que sirvieron en el proceso de convicción del tribunal ad quem para dictar el fallo, en este sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia expresó: "La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia transgresión de normas sustantivas o materiales. El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1.- Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar las piezas agregadas al proceso. "Lo que no está en el proceso no está en el mundo". 2.- Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3.- Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es, con trasgresión del Art. 121 del Código Procedimiento Civil." (...) Para que sea tomado en cuenta el cargo por tal causal, el recurrente en su formulación debe cumplir éstos requisitos: 1.- Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar "y siguiente". 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado. 4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que





como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada...""1. 2.- En la especie, el recurrente acusa falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil, al fundamentar esta acusación entre otros aspectos sostiene: "...al no apreciar en conjunto los elementos que se desprenden de la copia certificada del Acta Constitutiva del Sindicato de Trabajadores SINTRAAPET, (fojas 42 a 47) ni tampoco expresar la valoración que el Tribunal dio a la Directiva Provisional del Sindicato; nominada, elegida y posesionada en la Asamblea General y cuya existencia está probada en la mencionada copia certificada del Acta Constitutiva". El recurrente expresa además que: "Adicionalmente, la Sentencia adolece de una falta de aplicación de los preceptos jurídicos que regulan la valoración de la prueba contenidos en el Art. 166 del Código de Procedimiento Civil; al no haber determinado que el instrumento público consistente en la copia certificada del Acta Constitutiva debe hacer fe en cuanto a su contenido, en contra de la propia parte actora, puesto que tal documento contiene afirmaciones efectuadas por los propios miembros del Sindicato, entre ellos el actor. En otras palabras, tal documento en el que consta la firma del actor evidenciando la nominación, elección y posesión de la Directiva Provisional, debe hacer fe contra él"". Apreciaciones que a criterio del casacionista se evidencia "...la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los citados artículos 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento civil han conducido a una equivocada aplicación del artículo 452 del Código Laboral en la sentencia". Luego sostiene que si la Sala hubiese valorado la prueba en su conjunto ""...dándole a la copia certificada del Acta Constitutiva del Sindicato su verdadero valor jurídico como un instrumento público que prueba inequívocamente que la primera directiva del Sindicato fue la directiva provisional elegida en dicha asamblea constitutiva, la Sala hubiera necesariamente llegado a la conclusión que el período de protección establecido en el artículo 452 del Código de Trabajo debió concluir el 16 de diciembre del 2010, fecha en la cual dicha Directiva Pro-

visional quedó legalizada con la aprobación del Sindicato.""; criterios sobre los cuales expresa que la Sala ha incurrido en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. 2.1.- Por lo expuesto de la revisión de la sentencia recurrida y los cargos formulados se infiere que el casacionista trata de que este Tribunal revise el proceso de valoración de la prueba actuada en el presente caso, lo cual no le está permitido a este Tribunal de casación, por cuanto esta es una atribución jurisdiccional propia de los jueces y tribunales de instancia, quienes de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: "...son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (...) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".2 De todo lo cual se observa que analizada la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no se advierte que en ella contenga proposiciones absurdas, contradictorias, que transgredan algunas de las reglas de la lógica formal o de la ciencia en el análisis de valoración de la prueba que con autonomía e independencia ha realizado el órgano jurisdiccional indicado, a consecuencia de lo cual, no se ha demostrado que el tribunal ad quem al dictar el fallo respectivo haya incurrido en falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil como sostiene el recurrente en el recurso de casación. SEGUNDA ACUSACIÓN: El recurrente con fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación acusa, haberse producido una errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo. Del análisis respectivo se

La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito- Ecuador, 2005, pp. 157-158

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1958, pp. 270 – 271



observa que la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación expresa: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva". Por tanto, se trata de tres diferentes tipos de trasgresión, esto es, a) Aplicación indebida: que ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; b) Falta de aplicación: se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgando; y, c) Errónea interpretación: tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. En el caso sub judice, el recurrente alega el tercer presupuesto de la norma en referencia esto es errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo; y plantea como acusaciones principales las siguientes: a) Que en el Considerando Séptimo de la sentencia el tribunal ad quem menciona lo siguiente; "c) A fojas 153 consta la comunicación de 28 de abril del 2011, dirigida al Ministro de Relaciones Laborales, con la que se le hace conocer la integración de la Directiva definitiva del Sindicato", en forma seguida indica en el Considerando Octavo de la sentencia se expresa lo siguiente: "De lo expuesto en el considerando anterior se concluye que el tiempo de vigencia de la garantía contemplada en el Art. 452 del Código de Trabajo operó del 29 de noviembre del 2010 al 28 de abril de 2011, fecha en que fue integrada la **primera directiva** y si el actor fue despedido intempestivamente el 21 de diciembre de 2010, como consta en el Acta de Finiquito, tiene derecho a la indemnización prevista en el Articulo 455 del Código de Trabajo". b) Que del texto de la sentencia citada se desprende que "... toma como fecha de inicio de la protección establecida en el artículo 452, el 29 de noviembre del 2010, que corresponde a la fecha del "oficio No. 019-SINTRAAPET-29-11-2010, mediante cual señor Giuseppe Alejandro Zambonino Campoverde, en su calidad de Secretario General Provisional de la Directiva del Sindicato Andes Petroelum hace conocer al Director Regional del Ministerio de Relaciones Laborales, de la constitución de esa organización laboral..." y como fecha de terminación del periodo de protección

establecido en el citado artículo 452, el 28 de abril del 2011, fecha en la cual el secretario general del Sindicato hace conocer al Director Regional del Trabajo con la integración de la denominada "directiva definitiva" del Sindicato (fs. 153)""; c) El recurrente en el punto 2.9 del Recurso de Casación sostiene: "En nuestra opinión y como lo fundamentaremos a continuación no hay lugar a duda que la "Directiva Provisional" que cobró vida el 16 de diciembre del 2010 con la expedición del Acuerdo Ministerial No. 236, debe ser considerada como la "primera directiva" para efectos del artículo 452 del Código de Trabajo y por lo tanto la que debe tenerse en cuenta para determinar la duración del período de protección contemplado en dicha norma legal. 2.10 Desde el punto de vista jurídico, es claro para nosotros que la intención del legislador en el artículo 452 fue la de establecer un período de protección definido, determinado, limitado, que se iniciaba el día en que los trabajadores notificaban a la autoridad administrativa que se habían reunido en asamblea general con la intención de formar un sindicato y terminaba el día en que quedaba integrada la "primera directiva" (salvo la excepción contenida en el artículo 453 que comentaremos más adelante). (...) 2.23 f) Que, por lo tanto la correcta y única interpretación posible del artículo 452 del Código del Trabajo, en armonía y en concordancia con las demás normas antes citadas, es interpretando el término "primera directiva" como equivalente a "directiva provisional" (...) 2.27 Como lo hemos manifestado repetidamente en este escrito, el término "primera directiva" debe interpretarse en su sentido natural y obvio que es el que denota la directiva que cronológicamente se nominó y aprobó primero; y además en el sentido en que haya armonía y correspondencia con el resto de artículos del Código de Trabajo en los cuales se trata sobre las directivas. Este sentido es aquel en que los términos "directiva provisional" y "primera directiva" son equivalentes. 2.28 Como se puede apreciar en la lectura de la sentencia, la Sala interpreta el artículo 452 del Código del Trabajo totalmente fuera de su contexto jurídico incurriendo en la causal 1ra del Art. 3 de la Ley de Casación, y al hacerlo provoca que la sentencia le otorgue indebidamente al actor un derecho que jurídicamente no le corresponde"". Por lo expuesto, corresponde dilucidar sobre la fundamentación efectuada y las acusaciones que se realizan en el presente caso: 1.- El Art. 1 de la Constitución





estableció: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico...". Definición de estado Constitucional que a decir de Carlos Bernal Pulido, la principal ley que rige su construcción como tal: "...es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales...". (El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia, 2005, p. 149). En ese contexto el Art. 172 ibídem, señala: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley....". Así mismo el Art. 417 prescribe: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución"; y de conformidad con el Art. 425 de la misma Carta Fundamental "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Normativa ésta que mantiene conexidad con lo dispuesto en el Art. 11 de la Carta Fundamental que aborda sobre los principios que rigen para el ejercicio de los derechos, entre otros lo constante en el numeral 5, que dice: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia". El Art. 326 numeral 7 de la Constitución establece como uno de los principios del derecho al trabajo el de que: "Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores". En concordancia con esta norma de rango constitucional el inciso primero del Art. 440 del Código de Trabajo al referirse a la libertad de asociación expresa: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna

distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones...". A su vez, el Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo relativo a libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación en los siguientes artículos expresa: Artículo 2: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Artículo 3: "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2 Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Artículo 7: "La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio." Artículo 8: "1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menos cabe las garantías previstas por el presente Convenio." Artículo 11 "Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación". De modo similar, el convenio 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva en el artículo 1 garantiza: "1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el



empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo". Por tanto, la interpretación que se realice de las normas de carácter legal en el ámbito laboral, de nuestro ordenamiento jurídico debe hacerse teniendo en cuenta los principios relativos sobre el derecho de organización y más normas conexas constantes en la Constitución, en los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y más estándares internacionales relacionados con el derecho de organización. 2.- El Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional de Trabajo realizó una publicación sobre "UTILIZACIÓN DEL DERE-CHO INTERNACIONAL POR PARTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES, RECOPI-LACIÓN DE SENTENCIAS", agosto 2009, -Programa de las normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - En esta publicación constan sentencias de tribunales nacionales de distintos países del mundo, en las que se han utilizado elementos del Derecho Internacional para la resolución de los litigios, entre ellas se halla una sentencia de la "Corte de Apelación del Trabajo, Hugo Humberto Rodríguez Rojas y otros v. Wackenhut de Honduras S.A. de C.V. s/ demanda ordinaria laboral, 10 de octubre de 2006", sobre un tema de libertad sindical, sentencia en la cual se emite un criterio que para el caso es ilustrativo al decir: "En éste sentido, desestima los argumentos de la empresa sosteniendo que conforme al Convenio N° 87 de OIT la constitución de una entidad sindical no queda sometida a ningún tipo de reconocimiento estatal existiendo dicha entidad desde que se conforma la voluntad colectiva de los trabajadores organizados y generándose la tutela especial a sus dirigentes otorgada por el Convenio N° 98 de OIT desde el mismo momento de la constitución del ente sindical. Por lo tanto, el argumento que el sindicato constituido en la empresa aún no había obtenido su registro estatal no es suficiente para negar la existencia del ente sindical ni la protección sindical a sus representantes y/o a los trabajadores que intervinieron en su constitución..." (p. 117). 3.- El recurrente al acusar la errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo, realiza a partir de

su concepción un análisis e interpretación de la norma en referencia, del modo que consta en el recurso de casación a causa de lo cual es necesario dilucidar sobre los aspectos más importantes que se contienen en ella y se lo hace del modo que sigue: 3.1.- Según José Luis Ugarte Cataldo, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile e investigador y profesor del Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales, al tratar sobre el ámbito protegido de los derechos fundamentales del trabajador y la interpretación constitucional manifiesta entre otros aspectos, que el juez de trabajo al momento de resolver cuál será el ámbito protegido de un derecho fundamental debe efectuar una operación de interpretación en la que puede utilizar las reglas, cánones interpretativos o tópicos argumentativos provenientes de tres vertientes distintas: 1.- "Las reglas tradicionales de interpretación. La aplicación de la regla gramatical o semántica (debe estarse en el sentido de las palabras usadas por la Constitución), teleológica (la finalidad perseguida por la norma constitucional), sistemática (la debida correspondencia de la interpretación propuesta con las demás normas constitucionales) e histórica (la historia oficial o fidedigna de las normas constitucionales) forman parte de la tarea de determinar los deslindes de un derecho fundamental, sea en un juicio constitucional o uno laboral con implicancia constitucional como el de tutela (...) 2.-"Las reglas de interpretación constitucional. Dicánones, principios y reglas interpretación constitucional son, entre otros, el de unidad constitucional (debe interpretarse respetando la unidad y armonía de todos sus preceptos), el de máxima eficacia (deben preferirse las interpretaciones que den la mayor efectividad y utilidad a las normas constitucionales), el de fuerza normativa de la Constitución (las normas constitucionales deben interpretarse para que produzcan efectos jurídicos o vinculantes) y el de concordancia práctica (debe buscarse la máxima compatibilidad entre las normas constitucionales y evitarse interpretaciones que sacrifiquen una norma constitucional en favor de otra) (...) 3.-"Las reglas de interpretación propias de los derechos fundamentales (...) a) Principio "Pro Homine". Se trata sin lugar a duda del principio estrella de la interpretación de los derechos fundamentales y que la doctrina lo reconoce en múltiples tratados internacionales (...) se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los





derecho humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos (...) b) Principio de la posición preferente de los derechos fundamentales. En la resolución de soluciones vinculadas a los derechos fundamentales, la doctrina ha apuntado como criterio interpretativo central lo que ha denominado "posición preferente de los derecho fundamentales", y que implica sostener que en razonamiento jurídico del operador encargado en aplicar el derecho debe tener un lugar prenominante las razones fundadas en derechos fundamentales, desplazando de ser necesario, en casos de conflictos o tensión, a las razones normativas no iusfundamentales o de naturaleza infraconstitucional (...) c) Principio de progresividad de los derechos fundamentales. Esta directiva interpretativa exige dar la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales atendida la fuente constitucional que los establece. "como la ley suprema esta llamada a regular normativamente la realidad política y social, los operador jurídicos estatales (legislativos, administrativos y jurisdiccionales) deben procurar dar a sus disposiciones la máxima efectividad posible para que incidan en el sentido de la conducta humana". De esta manera, como explica la doctrina, "el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello la dignidad de la persona; principio ampliamente reconocido en el derecho internacional como en el artículo 52 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en el artículo 4º del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales..."" (Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, Derecho Laboral, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, Editorial Temis, Varios Autores, pp. 161-171). 3.2.- Javier Pérez Royo, al analizar sobre la contribución de las reglas tradicionales de la interpretación jurídica a la interpretación constitucional expresa que tales reglas son en el número de cuatro en el modo que lo formulará Savigny en el siglo pasado y que son: "1° La interpretación gramatical que se basa en el texto de la norma, en su dicción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador.

2º La interpretación sistemática que acude a la conexión del precepto que se tiene que interpretar con el derecho en que se inserta. 3º La interpretación teleológica, que atiende a la finalidad perseguida por la norma. 4º La Interpretación histórica que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida. Estos cuatro criterios no son alternativos, es decir, no tienen por qué conducir a resultados interpretativos distintos, aunque puede ocurrir que así sea...". 4.- El Art. 452 del Código de Trabajo prescribe: "Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral. Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores. Las asambleas generales para la organización de las restantes asociaciones de trabajadores, no están sujetas al requisito del cincuenta por ciento, a que se refiere el inciso anterior". 4.1. La norma laboral en referencia tiene varios componentes: De una parte, en forma enfática señala que de haberse notificado al inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, la vía sigue expedita si un trabajador siendo parte de la organización sindical se halla incurso en causal de visto bueno. De otra, teniendo en cuenta el contenido de los incisos primero y segundo de la norma en referencia, el empleador no podrá desahuciar ni despedir a ninguno de sus trabajadores. Así mismo, la norma en análisis fija un período de tiempo de garantía de inamovilidad lo que en doctrina se conoce como fuero sindical en el cual el empleador está prohibido de desahuciar o despedir a las o los trabajadores que se hallen en la circunstancia antes indicada al decir: "...desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de



trabajadores..." y "...hasta que se integre la primera directiva...", momentos éstos de inicio y terminación de la tutela de carácter organizacional, cuya transgresión está regulada del modo previsto en el Art. 455 del Código de la Materia, que en concepto del recurrente, en su calidad de procurador judicial de la parte accionada ha emitido sus criterios al respecto tal como consta en el recurso de casación; lo cual exige el análisis que corresponde en estos casos. 4.1.1.- En cuanto a la fecha de inicio de la garantía de inamovilidad según el Art. 452 del Código de Trabajo, como quedó indicado de manera textual señala: el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, "...desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores", "...hasta que se integre la primera directiva...". Por tanto, teniendo en cuenta las reglas tradicionales de interpretación jurídica según Savigny, que mantienen concordancia con las reglas de interpretación judicial de la ley constantes en el Art. 18 del Código Civil y más reglas de interpretación, entre otras como las propias de los derechos fundamentales, la norma en referencia ha señalado el momento de inicio y el de la terminación de la garantía de inamovilidad, sin embargo de lo cual la parte demandada ha emitido sus propios criterios, por lo cual corresponde precisar: 4.1.1.1. – El Dr. Julio César Trujillo al abordar sobre la constitución de las organizaciones profesionales y de manera concreta sobre los requisitos para la constitución de las asociaciones indica que deben cumplirse, de una parte, los requisitos de fondo y de otra los de forma. Entre los requisitos de forma hace referencia al requisito de la "Asamblea General Constituyente" y sobre ésta indica: "Este acto jurídico por el que deciden constituir el sindicato debe expresarse en una reunión de todos los trabajadores u empleadores que deseen constituirlo y esta reunión recibe el nombre de "asamblea general para constituir un sindicato". La ley no precisa cómo y qué ha de hacer esta asamblea general pero tácitamente dispone que ha de nominar una directiva provisional que dirija las deliberaciones y realice las diligencias y gestiones necesarias para la legal constitución del sindicato; la misma asamblea ha de decidir si se constituye o no el sindicato y, de pronunciarse por la constitución se levantará "un acta constitutiva", esta será firmada por todos los concurrentes quienes no sepan

firmar dejaran impresa la huella digital, Art. 439 N°1" (actual 443 N°1 C.T.). Como segundo requisito de forma el tratadista señala que debe cumplirse la notificación al Inspector de Trabajo y sobre ésta sostiene: " El primer acto oficial de la directiva provisional será notificar al Inspector de Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato, ya que desde el momento que el Inspector de Trabajo recibe la notificación todos los trabajadores gozan de la inamovilidad en sus empleos y, de acuerdo al Art. 448 del Código de Trabajo, el empleador no podrá desahuciar ni despedir del trabajo salvo por las causas previstas en el Art. 171 y previó el visto bueno. Si es que los trabajadores dejaren de notificar de estos particulares al Inspector de Trabajo, ello no sería óbice para continuar con los trámites para constituir el sindicato, pero los trabajadores no gozarían de la inamovilidad antedicha. La notificación debe hacerse por escrito a fin de que el Inspector de Trabajo a su vez, pueda poner en conocimiento del hecho al empleador, lo que hará en las veinticuatro horas subsiguientes; pero la garantía de la inamovilidad comienza a regir no desde que el empleador se ha informado, sino desde el momento en que se lo notifica al Inspector de Trabajo; en consecuencia el empleador no puede excusarse alegando no haber conocido la notificación del Inspector de Trabajo o no haberla recibido dentro de las veinticuatro horas. Cuando hay peligro de represalias del empleador se acostumbra a invitar al Inspector del Trabajo a la asamblea general constituyente y notificarle, por tanto en el mismo acto...". (Art. 448, actual 452; Art. 171 actual 172, fs. 131-133) 4.1.1.2.- La regulación de orden legal sobre las asociaciones de trabajadores se regula en el Título V, Capítulo I, del Código de Trabajo, en este Capítulo, entre otros aspectos se trata sobre los siguientes: El Art. 442, precisa: "Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constar en el registro que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo. Se probará la existencia de la asociación profesional o sindicato mediante certificado que extienda dicha dependencia". En concordancia con la norma citada, el Art. 443, fija los requisitos para la constitución de asociaciones profesionales o sindicatos, del siguiente modo: "Para los efectos contemplados en el artículo anterior los fundadores, en número no menor de treinta al tratarse de trabajadores, o de tres al tratarse de empleadores,





deben remitir al Ministerio de Trabajo y Empleo, en papel simple, los siguientes documentos: 1. Copia del acta constitutiva con las firmas autógrafas de los concurrentes. Los que no supieren firmar dejarán impresa la huella digital; 2. Dos copias del acta determinada en el ordinal anterior, autenticadas por el secretario de la directiva provisional; 3. Tres ejemplares de los estatutos del sindicato o asociación profesional, autenticados asimismo por el secretario de la directiva provisional, con determinación de las sesiones en que se los haya discutido y aprobado; 4. Nómina de la directiva provisional, por duplicado, con indicación de la nacionalidad, sexo, profesión, oficio o especialidad, lugar o centro del trabajo y domicilio de cada uno de ellos; y, 5. Nómina de todos los que se hubieren incorporado al sindicato, asociación profesional o comité de empresa, con posterioridad a la asamblea general reunida para constituirlos, con especificación del lugar de su residencia, la profesión, oficio o especialidad y el lugar de trabajo de los integrantes"; y, el Art. 444 al normar sobre el registro de asociaciones profesionales o sindicatos determina: "Recibida la documentación en el Ministerio de Trabajo y Empleo, el Ministro, en el plazo máximo de treinta días, ordenará el registro del nombre y características del sindicato o asociación profesional en el libro correspondiente de la Dirección Regional del Trabajo. En caso de que el Ministro no hubiere cumplido con lo dispuesto en el inciso anterior, o en el artículo siguiente, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato o asociación profesional". Así mismo, el Art. 447 fija el contenido que deben tener los estatutos y precisa: "Los estatutos deberán contener disposiciones relativas a las siguientes materias: 1. Denominación social y domicilio de la asociación profesional o sindicato; 2. Representación legal del mismo; 3. Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción; 4. Obligaciones y derechos de los afiliados; 5. Condiciones para la admisión de nuevos socios; 6. Procedimiento para la fijación de cuotas o contribuciones ordinarias y extraordinarias, forma de pago y determinación del objeto de las primeras; 7. La cuota mínima que deberá pagar cada trabajador, que no podrá ser inferior al uno por ciento de su remuneración. En las empresas donde exista la asociación profesional o sindicato formado de

acuerdo a la ley, aun los trabajadores no sindicalizados estarán obligados a pagar esta cuota mínima. De existir más de un sindicato o asociación profesional, la cuota de estos trabajadores será entregada a la organización que designare el trabajador; 8. Sanciones disciplinarias, motivos y procedimientos de expulsión con audiencia, en todo caso, del o de los inculpados. Se garantiza el ingreso de todos los trabajadores a las respectivas organizaciones laborales y su permanencia en ellas. La exclusión de dichas organizaciones tendrá apelación por parte del trabajador ante el respectivo inspector de trabajo; Frecuencia mínima de las reuniones ordinarias de la asamblea general y requisitos para convocar a reuniones ordinarias y extraordinarias; 10. Fondos sindicales, bienes, su adquisición, administración y enajenación, reglas para la expedición y ejecución del presupuesto y presentación de cuentas; 11. Prohibición al sindicato o asociación profesional de intervenir en actos de política partidista o religiosa, y de obligar a sus miembros a intervenir en ellos; 12. Casos de extinción del sindicato o asociación profesional y modo de efectuar su liquidación; y, 13. Las demás que determinen las leyes pertinentes o lo que resuelva la asamblea". En este contexto el Art. 453, expresa "El proceso de discusión y aprobación de los estatutos de una organización de trabajadores y de designación de la primera directiva no podrá durar más de treinta días contados desde la fecha en que se hubiere verificado la notificación al inspector de trabajo, salvo el caso de que el Ministerio de Trabajo y Empleo no hubiere procedido al registro de los estatutos dentro de este plazo. Si esto sucediere, el tiempo de protección se extenderá hasta cinco días después de aquel en que se aprueben los estatutos"; el Art. 454 señala; que "Recibida la notificación a la que se refiere el artículo 452 de este Código, el inspector del trabajo la notificará a su vez al empleador, dentro de veinticuatro horas de haberla recibido y sólo con fines informativos"; y, el Art. 456 de manera categórica prescribe: "Aprobados los estatutos, se anotará el nombre y características de la asociación en el correspondiente registro de la respectiva Dirección Regional del Trabajo". En este sentido el Dr. julio César Trujillo considera que el plazo de treinta días al que se hace referencia en el Art. 444; como el de los treinta días que contempla el Art. 453 del Código Laboral, de una parte "...son diversos..." y de otra, que si en los plazos indicados no se ha producido el registro de los estatutos o negada su



inscripción, "...automáticamente a su vencimiento si es que el Ministro nada ha resuelto, se tiene por registrados los estatutos y el sindicato desde ese momento goza de personalidad o personería jurídicas, Art. 440" (actual Art. 444- p. 136 de la obra citada). Por tanto el efecto jurídico de los plazos contemplados en las normas referidas debe tenerse en cuenta para que se cumpla con la efectivización del derecho de organización contemplado en la Constitución y en los instrumentos internacionales, sin que se observe en las indicadas normas y en otras que su incumplimiento afecte el derecho de organización indicado. 4.1.1.3.- De lo expuesto, realizando una interpretación integral del Art. 452 del Código del Trabajo se advierte que la fecha de inicio para ser beneficiario (a) de la garantía de inamovilidad prevista en la norma indicada es aquella que corresponde a la fecha en la cual la directiva provisional, a través de quien la represente notifique al Inspector del Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato, comité de empresa u otra clase de organización de trabajadores; y, concluye el período de protección de inamovilidad, como se regula en la propia norma en análisis al decir "...hasta que se integre la primera directiva...", frase esta sobre la cual las partes procesales tienen sus propias conceptualizaciones y que por ello es necesario también dilucidar sobre la misma y por lo cual se lo hace del modo siguiente: Como quedó indicado según la disposición constante en el Art. 452 del Código del Trabajo en análisis, el período de tutela de quienes han decidido constituir la organización sindical es "...hasta que se integre la primera directiva..." (lo resaltado pertenece al Tribunal). Al respecto, corresponde para la comprensión de este texto de orden legal en el ámbito del derecho laboral, tener en cuenta la diferencia que existe entre "directiva provisional" y "...primera directiva...".- En cuanto a la directiva provisional, la Ley no define su rol a cumplir, por lo cual es necesario determinar sobre su naturaleza jurídica y sobre ello se debe tener presente, que se nombra esta directiva de una parte, para dar cumplimiento con las disposiciones legales contenidas en los Arts. 443.3, en tanto corresponde al Secretario de esta directiva, autenticar los tres ejemplares de estatutos a los que hace referencia la norma mencionada y más certificaciones de la organización en formación; y de otra, cumplir con el envío de la nómina de la directiva provisional, por duplicado conforme lo dispuesto en el Art. 443.4 ibídem, a

más de aquello, corresponde a esta directiva, dirigir las discusiones tanto en la asamblea constitutiva de la organización como las que se convoquen posteriormente, ejecutar los mandatos de la o las asambleas y de manera especial la de realizar todos los trámites propios de la formación de una organización sindical en el marco de la Constitución, los instrumentos internacionales y la Ley, hasta la aprobación de los estatutos, la obtención de la personería jurídica y la elección de "...la primera directiva", como dispone el Art. 452 del Código Laboral. En relación a la integración de la "...primera directiva...", El Art. 447.3 del Código del Trabajo, establece como una de las disposiciones que forman parte de los estatutos de las organizaciones sindicales en formación es la relacionada con la: "Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción", por tanto la "...primera directiva...", no puede ser otra que aquella que se elige luego de haberse aprobado y registrado los estatutos de la asociación en la "Dirección Regional del Trabajo", como dispone el Art. 456 del Código Laboral y que en acatamiento a lo regulado en el estatuto de cada organización sindical debe procederse a la integración de la "primera directiva", de la organización en proceso de formación, directiva ésta que a partir del registro correspondiente del Ministerio de Relaciones Laborales, reemplaza a la "directiva provisional", primera directiva que efectivizará el derecho de organización y sus facultades, entre otras, el derecho a la negociación del contrato colectivo ante la inexistencia de un comité de empresa y otras. 5.- En la especie: 5.1.- Obra de autos (fs. 70 del cuaderno de primera instancia) el Oficio No. 019-SINTRAAPET -29-11-2010 de fecha 29 de noviembre 2010, emitida por el señor Giuseppe Alejandro Zambonino Campoverde, en calidad de Secretario General Provisional de la Directiva del Sindicato de Trabajadores Andes Petroleum, dirigida al señor Pablo Naranjo, documento en el cual solicita el registro del nombre y características del proyecto de estatuto **SINDICATO DE** TRABAJADORES DE ANDES PETROLEUM CIA. LTDA., para cuyo efecto acompaña la documentación respectiva", documento y texto del cual se desprende que con la indicada fecha, esto es 29 de noviembre de 2010, la directiva provisional de la organización en formación ha dado cumplimiento con lo previsto en los Arts. 452 y 453





del Código de Trabajo, es decir "...la notificación a la inspección de trabajo...", que se han reunido en asamblea general "... para constituir un sindicato...". 5.2.- Consta del proceso (fs. 48 a 67 del cuaderno de primera instancia) el estatuto del Sindicato de Trabajadores de la empresa Andes Petroleum LTDA. denominada "SINTRAAPET", y en el Art. 41 del estatuto en referencia señala "Para cada proceso eleccionario interno o votación que se realice, se constituirá un órgano calificador de las elecciones, denominado Comité eleccionario, conformada por tres socios del Sindicato SIN-TRAAPET elegidos por mayoría, con sus suplentes de los presentes en Asamblea extraordinaria. Este órgano estará encargado de implementar la elección y/o votación, coordinar la asistencia de un ministro de fe, ejecutar el acto eleccionario y certificar los resultados del mismo, sin perjuicio de aquellos actos en que la Ley requiera la presencia de un ministro de fe de los contemplados en ella.", norma contractual de carácter colectivo laboral que regula cómo ha de elegirse la primera directiva y las directivas posteriores del sindicato antes indicado y que en la especie no obra del proceso que en observancia a la norma contractual laboral se haya dado cumplimiento con aquello. 5.3.- De lo expuesto el periodo de la garantía de inamovilidad de quienes integran el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Andes Petroleum Ltda. denominada SINTRAAPET, se halla comprendido desde que estos han notificado al inspector de trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato en referencia, esto es, desde el 29 de noviembre de 2010 como consta en el Considerando Cuarto, acusación segunda número 5.1; hasta que se integré la "primera directiva" del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Andes Petroleum Ltda. SINTRAAPET. Por lo expuesto el criterio del recurrente constante en el punto 2 que corresponde a los fundamentos y causales en que apoya el recurso de casación y precisa en el punto 2.9 "En nuestra opinión y como lo fundamentaremos a continuación, no hay lugar a duda que la "Directiva Provisional" que cobró vida el 16 de diciembre de 2010 con la expedición del Acuerdo Ministerial No. 236 debe ser considerada como la "primera directiva" para efectos del artículo 452 del Código del Trabajo y por lo tanto la que debe tenerse en cuenta para determinar la duración del período de protección contemplado en dicha norma legal"", a la luz de los Arts. 1 y 326.7 de la Constitución de la República del Ecuador; y, los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo que tutelan el derecho a la libertad sindical, a la protección del derecho de sindicación y a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, no se enmarcan en el ámbito de tutela que generan los estándares internacionales referidos por lo que la acusación de errónea interpretación del Art. 452 del Código de Trabajo por parte del recurrente en el escrito de casación es contrario a la normativa referida y por lo cual no tiene ningún fundamento tal acusación. En virtud de lo expuesto este Tribunal, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.- Notifíquese y Devuélvase.

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia Juez Nacional. Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.



# **III**Juicio nro. 2013-2012

Juicio de Trabajo que por despido intempestivo sigue Andrés Varas en contra de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "La Dolorosa"

#### SÍNTESIS

Andrés Adolfo Varas Gaitán comparece señalando que fue notificado con un ilegal desahucio laboral que no procedía porque había transcurrido más de un año desde que celebró su contrato de trabajo y por tanto se había convertido en contrato a tiempo indefinido. Al ser impedido de ingresar a su puesto de trabajo se ha configurado un despido intempestivo. El Juez de primera instancia acoge las alegaciones del actor y dispone el pago de las indemnizaciones correspondientes. El Tribunal de alzada ratifica la sentencia dictada por el juez inferior así como la liquidación practicada. De esta sentencia el demandado interpone recurso de casación, fundamentado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.. La Corte Nacional de Justicia casa la sentencia en cuanto al monto de indemnización que se debe pagar.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio laboral nro. 2010-0668

**JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO DE GUAYAS.** Guayaquil, viernes 16 de septiembre del 2011, las 08h47.

VISTOS: Comparece con su demanda de fojas 2, 3 y 6 de los autos ANDRÉS ADOLFO VARAS GAITÁN, para manifestar que ingresó a laborar para la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉ-DITO LA DOLOROSA LTDA., el 1 de abril del 2008, en calidad de Jefe de Negocios, encargado del área de Crédito y Cobranza, función que desempeñó hasta el 18 de febrero de 2010, día en que fue despedido intempestivamente de su puesto de trabajo. Un mes antes del despido, una señora de aproximadamente 40 años de edad, que dijo trabajar para el abogado Jorge Patiño Morán. Inspector Provincial del Trabajo del Guayas, me notificó con el ilegal e improcedente desahucio laboral que en mi contra había solicitado mi ex empleadora. Dicho desahucio no procedía, porque a la fecha de su notificación habían transcurrido 1 año 9 meses 18 días, desde que ingresé a trabajar para mi empleadora, y en mi contrato individual de trabajo, en su cláusula Cuarta "Plazo y Período de Prueba", dice textualmente "El contrato es el plazo fijo por un año y se pacta como período de prueba 90 días contados a partir del 1 de abril del 2008, durante este plazo tanto el empleador como el empleado (a)

podrán dar por terminado este contrato, en cualquier momento en forma unilateral sin que haya lugar a desahucio. En el caso que ninguna de las partes exprese su voluntad de dar por concluida la relación laboral con 30 días de anticipación a la terminación del presente contrato este se entenderá tácitamente renovado sin período de prueba". Si mi empleadora quisiera entender que la parte final de la cláusula Cuarta de mi contrato individual de trabajo, que se refiere a renovación tácita, se refiere a renovación con igual plazo, es decir, estabilidad de un año más, esta parte del contrato deberá ser considerada como no escrita, por expresa disposición del artículo 37 del Código del Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 15 del mismo Código, toda vez que según lo manda la ley, el contrato de trabajo a prueba, una vez vencido el plazo probatorio, automáticamente se entiende que continúa en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año y tal contrato no podrá celebrarse sino una vez entre las mismas partes, es decir pasado el año, adquirí estabilidad indefinida, por lo que no procedía ninguna notificación de desahucio en mi contra. Si mi empleadora quisiera alegar que, amparado yo en el Contrato Colectivo de Trabajo, que me da estabilidad por dos años, esto haya producido que mi estabilidad fijada en el





contrato individual "ipso jure" se extendiera por el tiempo establecido en el contrato colectivo que me ampara, igual se produjo el despido intempestivo, porque los dos años de trabajo se hubieran cumplido recién el 18 de febrero de 2010 a las 8h05, es decir un mes y doce días antes de que se cumplan los dos años de trabajo. Por lo que luego de ser notificado con el ilegal desahucio, advertí de tal ilegalidad al respectivo Inspector del Trabajo y continué trabajando hasta el 18 de febrero del 2010, cuando a las 8h05, hora acostumbrada de mi ingreso a laborar, fui impedido de ingresar a mi puesto de trabajo por el señor Pascual Delgado Morales, quien me indicó que por orden de la Jefe de Recursos Humanos, la Psicóloga Ana Intriago, ya no podía ingresar a laborar. Como yo lo suponía que esto iba a suceder, ese día, al momento ingresar a laborar pedí que me acompañaran dos personas, los señores Nixon Pinto Vivas y Nicky Medina Grunauer, quienes no son mis parientes, ni son dependientes, ni son amigos íntimos y constataron mi despido Incluso es ese momento se encontraba presente el señor Santiago Arana Luque, quien labora en la Cooperativa en el Departamento Legal y que esa fecha se desempeñaba como Presidente de la Asociación de Empleados de la Cooperativa. Luego de Producido el despido intempestivo, el señor Gene Omar Alcívar Guzmán, Gerente General de la Cooperativa, me indicó que había consignado mi liquidación en la Inspectoría del Trabajo del Guayas, donde se me exigió que para entregarme el cheque era necesario que firme el "Acta de Finiquito", que había dejado elaborada mi ex empleadora, y como mi única fuente de ingresos es mi trabajo, y mi familia y yo tenemos necesidad de comer, no tuve otra alterativa que firmarla. Que lo hice bajo protesto de impugnación que dejé asentada. Que con los antecedentes expuestos, acude ante esta Autoridad a demandar en juicio oral a la COOPERA-TIVA DE AHORRO Y CRÉDITO LA DOLO-ROSA LTDA., en las interpuestas personas de GENE OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, PASCUAL DELGADO MORALES y FILEMÓN SEVILLA ALCÍVAR, por sus propios derechos y por los que representan, para que en sentencia se lo condene al pago de los rubros que detalla en su libelo inicial. Calificada la demanda y admitida a trámite de Ley, se dispuso citar a la parte demandada, mediante el correspondiente deprecatorio librado al señor Juez de lo Civil del Cantón Durán, lo cual se efectuó, conforme se desprende de las razones que obran a fojas 15 y vuelta del proceso. Compareció al nivel

(sic) los demandados con su escrito que obra a fojas 8, en el que señaló casilla judicial para futuras notificaciones y autorizó a sus defensores. Se señaló para el 28 de enero del 2011, a las 16h20, a audiencia preliminar, llevándose a cabo dentro del día y hora señalada, con la concurrencia de la Ab. Johana Almeida López, a nombre y representación del codemandado: Pascual Delgado Morales; del Ab. Pedro Bajaña, a nombre de la Cooperativa La Dolorosa, representada por Gene Omar Alcívar Guzmán; de Filemón Sevilla Alcívar y de Pascual Delgado Morales, ofreciendo poder o ratificación de gestiones, las mismas que se cumplieron a fojas 77, 78 y 79, quienes contestaron la demanda en los términos ahí expuestos y presentó sus pruebas; y, del actor en compañía del Ab. Xavier Larrea Nowak, quien se ratificó en los fundamentos de la demanda y presentó sus pruebas; se convocó para el 15 de febrero del 2011, a las 10h30, efectuándose dentro del día y hora señalada, con la concurrencia de los accionados acompañado de su defensor Ab. Ricardo Jaramillo y del accionante en compañía del Ab. Xavier Larrea Nowak. La causa se encuentra en estado de dictar sentencia, y para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** Al presente juicio se lo ha tramitado por la vía oral; corresponde al infrascrito pronunciarse sobre la excepción de incompetencia del Juzgado en razón del territorio. Para lo cual nos remitimos al Contrato de Trabajo, celebrado entre los hoy debatientes y que corre de fojas 101 y 102 del proceso, la que se observa en la cláusula OCTAVA, en la que claramente se dicen que se someten a la Jurisdicción de Trabajo de la Provincia del Guayas, por lo que no tiene cabida esta excepción y se declara que el juicio es válido. SEGUNDO: Cada parte estaba obligada a probar los hechos propuestos, excepto los que se presumen conforme a la ley, de acuerdo a lo estipulado en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil. TER-**CERO:** La relación laboral entre los contendientes no es motivo de controversia, puesto que se encuentra aceptada en la audiencia preliminar (fojas 190 y 191); además, se robustece con el acta de finiquito que obra a fojas 74; y, con la documentación que 40 y 41, (sic) su inconformidad al expresar "Firmo bajo protesto la presente acta de finiquito, la misma que no contempla el despido intempestivo de que he sido objeto por lo que además lo impugno". No tiene efecto de cosa juzgada y el suscrito tiene la potestad de analizar el presente caso. Por lo que se procede a examinar el trámite administrativo de desahucio, obrando de fojas 63 a



fojas 74 vuelta. Pudiendo constatar que en la petición de desahucio, se fundamenta su derecho en el artículo 169 del Código del Trabajo y su fundamento de hecho se basa que el contrato fue celebrado el día 1 de abril del 2008 y siendo la última remuneración la de \$ 1.450,00. Sin que exista base fundamental en la solicitud que se refiera al contrato que origine que sea válido este desahucio. El mismo que el (sic) de Trabajo que sustanció no debió dar trámite, vulneró la protección del trabajador. El contrato de trabajo celebrado entre los contendientes que consta de folios 47 y 48, en su cláusula IV que se refiere a PLAZO Y PERÍODO DE PRUEBA: Se manifiesta que es de plazo fijo por un año y se pacta como período de prueba 90 días, contados a partir del 1 de abril del 2008, durante este plazo tanto el empleador como el empleado (a) podrán dar por terminado este contrato, en cualquier momento en forma unilateral y sin que haya lugar a desahucio. En caso que ninguna de las partes exprese su voluntad de dar por concluida la relación laboral con 30 días de anticipación a la terminación del presente contrato este se entenderá tácitamente renovado sin período de prueba. El actor de la presente litis, fue notificado con el desahucio el día 18 de enero del 2010, según boleta de fojas 63 por cuanto dentro del expediente administrativo, no existe razón asentada de aquella diligencia. Cuando el accionante había cumplido 1 año, 9 meses 17 días. Por lo que se torna improcedente este desahucio así como la consecuencia de pagar la indemnización por este hecho ilegal y arbitrario. QUINTO: En cuanto al beneficio del contrato colectivo de trabajo, obran de folios 127 a 131, liquidaciones de sueldos extendido por la accionada de las mensualidades que percibía el actor, entre los débitos se encuentra a la Asociación que debe entenderse que se refiere a los Empleados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "La Dolorosa Ltda." Constando esta Asociación en vigencia tal como se justifica a fojas 148, 149 y 150. Por o que siendo el accionante sujeto de obligaciones,

también lo es de derecho. En mérito de lo expuesto ha lugar el pago del beneficio contractual. Debiéndose imputar lo percibido en el acta de servicio por concepto de bonificación aprobado por gerencia. **SEXTO:** Tiempo deservicio y la última remuneración percibida se estará a lo descrito en el acta de finiquito. **SÉPTIMO:** De conformidad con la Resolución expedida por la Corte Suprema de Justicia, el 3 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial nro. 138 del 1 de marzo de 1999, se procede a liquidar lo siguiente: Tiempo de servicio: 1. Abr. 2008 – 18. Feb. 2010. Última remuneración: \$ 1,450,00.

Art. 188 Código de Trabajo: \$1.450.00 x 3 = \$4.350,00.

Indemnización Art. 5 del Contrato Colectivo: \$ 1.450,00 x 12 = \$ 17.400,00.

Menos recibido en Acta de Finiquito por bonificación: \$ 1.450,00.

TOTAL: \$ 20.300,00 (VEINTE MIL TRES-CIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS). Por las consideraciones que anteceden, el suscrito Juez, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara con lugar la demanda, y dispone que la COOPERATIVA LA DOLORO-SA LTDA., en la interpuesta persona del ING. RENÉ OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, por sus propios derechos y por los que representa, pague al actor ANDRÉS ADOLFO VARAS GAITÁN, la cantidad de \$ 20.300,00 (VEINTE MIL TRES-CIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), conforme se determina en el considerando SEPTI-MO de este fallo. Con costas, se fijan en el 2,5 % de lo mandado a satisfacer, los honorarios del abogado defensor del accionante, de los que se descontará el porcentaje legal para el Colegio de Abogados del Guayas. Cúmplase con lo dispuesto en el art. 277 del Código de Procedimiento Civil. Notifiquese.

f) Ab. Félix Camposano Robalino

#### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio nro. 0089-12-2

**CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS, SE-GUNDA SALA DE LO LABORAL.** Guayaquil 05 de marzo del 2012, las 11h22.

**VISTOS.-** Consta el presente juicio en esta instancia de 4 fojas, se identifica en el primer nivel con

el número 668-2010, y sube a esta Sala por apelación interpuesta por GENE OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, en su calidad de representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito la Dolorosa Ltda., de la sentencia dictada por el Juez del





Juzgado Segundo Laboral de Procedimiento Oral, que declaró con lugar la demanda, propuesta por ANDRÉS ADOLFO VARAS GAITÁN, con las generales de ley que señala en fojas 2 a 3 del expediente de la primera instancia, comparece para manifestar que ingresó a laborar para la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Dolorosa Ltda., el 1 de abril del 2008, en calidad de Jefe de Negocios, encargado del are ad e Crédito y Cobranzas, (sic.) función que desempeño hasta el 18 de febrero del 2010, su última remuneración fue la de \$ 1.450.00 dólares, que sus empleadores le notificaron con un desahucio, el cual no procedía porque ya habían transcurrido 1 año 9 meses y 18 días, desde que ingresó a trabajar para su empleadora, y en su contrato individual de trabajo, en la cláusula cuarta textualmente dice que su contrato es el plazo fijo de un año; que luego del despido el señor GENE OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, Gerente General de la Cooperativa le indicó que había consignado su liquidación en la Inspectoría del Trabajo del Guayas, por lo que acudió a retirar el cheque, que el acta de finiquito la firmó bajo protesta, con estos antecedentes y demás que constan en autos demanda a su ex empleadores sal (sic) pago de los rubros que enlista en su libelo inicial. Calificada que fue la demanda se ordenó citar a los demandados COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉ-DITO LA DOLOROSA LTDA., en la persona de su Gerente General, y los señores GENE OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, PASCUAL DELGADO MORALES Y FILEMÓN SEVILLA ALCÍVAR, y habiendo comparecido a juicio y señalando domicilio legal para sus notificaciones lo cual obra a fojas 8 de los autos, luego de lo cual se convocó a las respectivas audiencia preliminar y definitiva las mismas que se realizaron como se narra a fojas 188 a 192 y 193 a 199 del mismo cuaderno de la primera instancia. Las partes aportaron las respectivas pruebas por lo tanto siendo el estado de la causa el de resolver se considera; PRIME-RO.- Los accionados al contestar la demanda propuso sus excepciones: a) Negativa pura y simple de las pretensiones del actor; b) Acción declinatoria y nulidad por incompetencia del Juez por razón de territorio, de conformidad con el contrato de trabajo celebrado con la parte actora, el lugar de trabajo se encontraba en las oficinas de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Dolorosa Ltda., en la ciudad de Durán; c) Transacción y cosa juzgadas según el trámite de desahucio 093-2010, que se sustancia en la Inspectoría del Trabajo del Guayas,

la relación laboral del trabo (sic) terminó por el desahucio concedido por el Inspector del Trabajo; d) Inexistencia del despido; SEGUNDO: Respecto de la nulidad por falta de competencia en razón de la materia, se niega, por cuanto el contrato de trabajo celebrado entre las partes litigantes (fojas 49), estas se someten a la jurisdicción de los Jueces de la Provincia del Guavas, en consecuencia la Sala es competente en razón de la materia y del sorteo realizado para conocer de este proceso y como se ha cumplido en las solemnidades sustanciales es válido; TERCERO:-Cada parte está obligada a probar los hechos que alega excepto los que presume de conformidad con lo que dispone el art. 114 del Código Procedimiento Civil; CUARTO.- La relación laboral no es materia de controversia se encuentra aceptada por la parte demanda, (sic) y se robustece con la prueba documental que consta incorporado al proceso; QUINTO: El punto principal de la litis es establecer como terminaron las relaciones laborales, para lo cual la Sala hace el siguiente análisis; 5.1).- La relación laboral según el contrato de trabajo que obra a fojas 46 celebrado entre los litigantes empezó el 18 de marzo del 2008; 5.2) Con fecha 14 de enero del 2010, GENE OMAR ALCÍVAR GUZMÁN, por los derecho que representa de la Cooperativa de Ahorro y Crédito LA DOLOROSA LTDA., solicita el desahucio para dar por terminadas las relaciones laborales con el hoy accionante; 5.3) A fojas 73 el acta de finiquito de fecha 18 de febrero del 2010; 5.4) Del contenido del contrato de trabajo en la cláusula CUARTA, PLAZO Y PERÍODO DE PRUE-BA, dice "El contrato es el plazo fijo por un año y se pactó como período de prueba de NOVENTA DÍAS, contados a partir del 1 de abril del 2008, durante este plazo tanto el empleador como el empleado (a) podrán dar por terminado este contrato, en cualquier momento en forma unilateral y sin que haya lugar al desahucio. En el caso de que ninguna de las partes expresa su voluntad de dar por concluida la relación laboral con treinta días de anticipación a la terminación del presente contrato este se entenderá tácitamente renovado sin período de prueba"; 5.5) El art. 184 del Código del Trabajo señala "Desahucio es el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato"; 5.6) De lo antes relatado, dentro de la ilegal solicitud de desahucio, el mismo no procedía, por cuanto el hoy accionante gozaba de estabilidad, pues las partes podrían solicitar el desahucio dentro del tiempo establecido



en el contrato de trabajo, siendo solicitado extemporáneamente carece de valor legal, en consecuencia ha lugar al pago de las indemnizaciones por despido intempestivo; **SEXTO.**- Es procedente ordenar el pago de lo estipulado en el art. 5 del Tercer Contrato Colectivo de trabajo, (fojas 103), que indica "La cooperativa concede a favor de sus empleados, una estabilidad de dos años, en caso de despido se le reconocerá la correspondiente a UN (1) año de su último sueldo"; **SÉPTIMO.**- Con las consideraciones que preceden, amparada esta resolución en los arts. 325 y 326 numerales 2, 3, 4, 5 de la Constitución de la República, esta Segunda

Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA; confirma la sentencia dicada por el Juez del nivel anterior, así como la liquidación practicada. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Publíquese y Notifíquese.

f) Dr. Edison Vélez Cabrera, Juez. Dr. Rodrigo Saltos Espinoza, Juez. Dr. Guillermo Timm Freire, Juez.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 2013-2012

Andrés Varas vs Coop. Ahorro y Crédito la Dolorosa

Juez ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO LABORAL. Quito, 31 de enero de 2014; las 11h24

VISTOS.- En virtud del sorteo realizado, avocamos conocimiento de la presente causa, este Tribunal integrado legalmente por el Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente, Dr. Jorge Blum Carcelén y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueces y Jueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

#### PRIMERO: COMPETENCIA.-

Este Tribunal de la Sala de lo Laboral tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación, por la Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición nro. 004 de 26 de enero de 2012 y art. 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38, de 17 de julio de 2013 y por disposición de los arts. 184.1, 76.7. k) de la Constitución de la República; arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y 613 del Código del Trabajo.

#### **SEGUNDO: ANTECEDENTES.-**

Comparece Andrés Adolfo Varas Gaitán, manifestando que ingresó a trabajar para la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Dolorosa Ltda. El 01 de abril del 2008 como Jefe de Negocios, encargado del área de crédito y cobranzas, hasta el día 18 de febrero de 2010, fecha en la que fue despedido intempestivamente, su última remuneración fue

de 1.450 dólares. Sustanciada la causa el Juez Segundo de Trabajo del Guayas dicta sentencia declarando con lugar la demanda, disponiendo que la Institución demandada pague la cantidad de USD\$ 20.300,00 inconforme con esta resolución la accionada propone oportunamente recurso de apelación, radicándose la competencia en la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Agotado el trámite, el Tribunal de Alzada, desechando la apelación formulada confirma en todas sus partes la sentencia apelada. A esta resolución se interponen el recurso de casación, el cual es admitido a trámite mediante auto de enero 30 de 2013, las 09h38, por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

## TERCERO: ENUNCIACIÓN DE CAUSALES Y NORMAS INFRINGIDAS

La Institución casacionista en el escrito de su recurso alega falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, la Resolución s/n de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 650 de 6 de agosto de 2009. Fundamenta su recurso en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación.

# CUARTO: ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO Y ANÁLISIS DE LAS IMPUGNACIONES 4.1. Del recurso de casación.

La casación es un recurso de carácter extraordinario, limitado y formalista. Procede contra las sentencias ejecutoriadas de mérito que contengan





vicios de fondo o forma, posibilitando la reparación jurídica y material de la insatisfacción ocasionada al agraviado; pues, lo que el recurso de casación busca es la correcta aplicación de la ley, la protección del sistema legal existente y la unificación de la jurisprudencia.

#### 4.2. Cargo invocado por la recurrente.

Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, manifiesta que el vicio en el que ha incurrido el Tribunal de Alzada, se reduce a la falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios (la resolución s/n de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 650 de agosto 6 de 2009), que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia. Manifiesta que el Tercer Contrato Colectivo fue celebrado el 16 de julio de 1997 y que acorde al párrafo 4° de su contenido, su plazo de duración era de dos años contados a partir de la fecha de suscripción, "luego al 2010, fecha del despido, dicho contrato no estaba vigente"; que si bien la parte final del párrafo 4º prevé que no se ha revisado el contrato este continuará vigente, la Corte Nacional de Justicia reiteradamente se ha pronunciado en sus sentencias, considerando que un contrato colectivo de trabajo es de plazo fijo y no puede tener una vigencia indefinida, por lo que lo llevó a establecer como precedente jurisprudencial obligatorio, "...el plazo de duración de un contrato colectivo, determina la vigencia de sus efectos jurídicos sin que pueda considerarse que un contrato de tal naturaleza jurídica, pueda entenderse como de tiempo indefinido" por lo tanto las normas del Tercer Contrato Colectivo no podían ser aplicadas, pues habían dejado de tener vigencia por el vencimiento del plazo, y en consecuencia no podía ser condenada a pagar 12 meses de remuneración por violación de una estabilidad contractual que ya no estaba vigente, razón por la que no está obligado a pagar una indemnización de 12 meses de estabilidad. **4.2.1.-** La causal primera del artículo 3 de la Ley Casación contiene un vicio in iudicando, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado, de darse un caso así y si la sentencia viola los conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay un error de juicio. Lo que se trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho, de la Constitución y de cualquier Código o ley vigente, y los preceptos jurisprudenciales obligatorios. Esta es una forma de violación directa de la ley que obliga al recurrente a

señalar cuál de las tres circunstancias de quebranto de la ley acusa: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. 4.2.2.- A este efecto, la recurrente acusa la falta de aplicación del precedente jurisprudencia obligatorio, esto es, la resolución s/n de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 650 de agosto 6 de 2009) al respecto debemos anotar que si bien es cierto que la resolución de la Corte Nacional a la que se hace referencia establece: "PRIMERO: En aplicación del artículo 35 numeral 12 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, que garantiza la contratación colectiva (artículo 326.13 de la Constitución de la República del Ecuador vigente) y prohíbe su desconocimiento, modificación o menoscabo en forma unilateral, el plazo de duración de un contrato colectivo, determina la vigencia de sus efectos jurídicos sin que pueda considerarse que un contrato de tal naturaleza jurídica, pueda entenderse como de tiempo indefinido. SEGUNDO: En aplicación del mismo principio constitucional, el plazo de estabilidad que se señale en el contrato colectivo, se entenderá que corre a partir de la fecha de vigencia de dicho instrumento contractual, y por lo tanto si dentro de dicho plazo se produjere el despido intempestivo, la indemnización que deberá pagarse al trabajador, será igual al tiempo que falta para que se cumpla dicha garantía, excepto cuando el mismo contrato colectivo expresamente dispusiere otro efecto, en cuyo caso deberá pre*ferirse éste a aquel*, (las negrillas son del Tribunal). 4.2.3. En el sub lite, el numeral 5 del Tercer Contrato Colectivo, indica: "La Cooperativa concede a favor de sus empleados, una estabilidad de DOS años, en caso de despido se le reconocerá lo correspondiente a UN (1) año de su último sueldo", de la lectura de la primera parte de la norma en mención, respecto a la estabilidad, fácilmente se advierte, que lo expresado en la resolución a la que alude la recurrente, es aplicable en el presente caso, pues, esta garantía estipulada es de dos años, por lo tanto, desde el principio de la vigencia del contrato colectivo hasta que transcurrieron los dos años se encontraba en plena vigencia, luego, a la fecha del despido había transcurrido en exceso el plazo de la estabilidad, en consecuencia no procede el pago por este rubro; más cuando se establece a continuación, en la segunda parte de la norma, "en caso de despido se le reconocerá lo correspondiente a UN (1) año de su último sueldo"; aquello por ser ajeno e independiente de la estabilidad, resulta aplicable: por una parte, por así encontrarse previsto en el Tercer Contrato Colectivo vigente al momento de la terminación



de la relación laboral, documento que constituyéndose en acuerdo entre las partes con preeminencia por sobre los contratos individuales y que tiene por objeto mejorar las condiciones laborales mínimas previstas en la legislación laboral en favor de la clase trabajadora, es de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, los derechos y beneficios estipulados en el contrato colectivo invocado deben ser reconocidos y respetados; y por otra, porque este beneficio del contrato es superior al previsto en el art. 188 del Código del Trabajo, correspondiendo su pago en lugar de lo previsto en la norma citada en la línea anterior, en razón de la resolución adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de justicia, en la sesión ordinaria del día martes treinta de junio de 2009, en aplicación del inciso octavo del art. 188 del Código del Trabajo que prescribe: "Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes..." y de las cláusulas de los contratos colectivos, resolviendo que "La acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo procede siempre que la ley así lo disponga expresamente o cuando en el contrato individual o colectivo así se haya convenido por las partes integrantes de la relación laboral, es decir, que no es pertinente que a la sanción contemplada en la contratación colectiva se deba añadir la sanción contemplada por la ley. Así mismo, no implica que necesariamente debe existir una norma que determine expresamente la improcedencia de la acumulación de las dos indemnizaciones". Resolución que constituye precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria, como lo establece el art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial. 4.2.4. Respecto a la vigencia del Tercer Contrato Colectivo, no amerita mayor análisis, pues del mismo contrato se desprende en el numeral 4, que "tendrá un plazo de duración de dos años contados partir de la fecha de suscripción. Será revisado (sic) total o parcialmente al finalizar el plazo convenido. En el caso de no hacerlo seguirá vigente".

**QUINTO: RESOLUCIÓN.** Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en los términos de este fallo, debiendo por lo tanto la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Dolorosa pagar al señor Andrés Adolfo Varas Gaitán, lo correspondiente a la remuneración de un año USD \$ 17.400,00 menos el valor cancelado en acta de finiquito por bonificación por desahucio USD \$ 725,00 debiendo recibir la suma de USD \$ 16.675,00. Entréguese el 50% del valor de la caución al actor y el 50% devuélvase a la demandada. Notifíquese y devuélvase.

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional. Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc., Juez Nacional. Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueza Nacional.





## IV Juicio nro. 898-12

Juicio laboral propuesto por María Teresa López Armendáriz contra Fundación de Ayuda a la Educación Media-FUNDEM (COPEI)

#### SÍNTESIS

En su demanda propone que se le cancele el despido intempestivo y el tiempo de estabilidad de acuerdo a lo que dispone el Mandato Constituyente Nro. 8. El Juez de primera instancia declara parcialmente la demanda y ordena que los señores Representantes de la FUNDACIÓN DE AYUDA A LA EDUCACIÓN MEDIA FUNDAEM (COPIE) y al Administrador por sus propios derechos y por ejercer funciones de dirección y administración paguen a la actora los siguientes valores: Por despido intempestivo; por la estabilidad del Mandato Constituyente nro. 8, por parte proporcional de la décima tercera remuneración: Dic/07 – julio/08; por décima cuarta remuneración abril/08 – julio/08, por vacaciones, más los intereses legales a los rubros que los genera.- Con costas. En el 6% de los valores ordenados pagar se regulan los honorarios de su abogado defensor.- Inconforme con este Resolución, la parte actora interpone Recurso de Apelación, con la adhesión de la parte demandada, el Tribunal de la Primera Sala Provincial de Justicia del Guayas, quien confirma en todas sus partes el fallo subido en grado.- Inconforme de esta apelación la actora interpone recurso de casación y el Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia casa parcialmente la sentencia en los términos constantes en el numeral 4.1.4 de esta sentencia y ordena que la demandada en la forma en que fue requerida, paque a la actora además del valor que se ordena pagar en la sentencia de segunda instancia la cantidad de USD 4.699.80: lo que da un total de ONCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES DOLARES CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (USD 11.473.58): más los interese previstos en el art. 614 del Código del Trabajo en los rubros que los generan de conformidad con esta disposición.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 1736-09

JUZGADO TERCERO DE TRABAJO. Guayaquil, julio 06 de 2010. Las 14h30.

**VISTOS:** MARÍA TERESA LÓPEZ ARMEN-DARIS comparece a fojas una, dos para manifestar lo siguiente: desde el 1° de septiembre de 2003 fue contratada y ha venido prestando sus servicios lícitos y personales en calidad de profesora de inglés para su patrono LA FUNDACIÓN DE AYUDA A LA EDUCACIÓN MEDIA FUNDAEM (CO-PEI) siempre bajo la modalidad de contratación por horas, siendo su remuneración percibida en el mes de junio del 2008 por la cantidad de \$391,65. En efecto y a raíz del mandato Constituyente 8 se eliminó la tercerización y la contratación por horas sin embargo y pese a la promulgación de este mandato siguió laborando bajo esa modalidad. Es así y

ante esta y otras de las irregularidades y abusos patronales, tanto la compareciente como un grupo de compañeros profesores decidieron voluntariamente constituirse en Asociación Sindical por lo que con fecha miércoles 09 de julio del 2008 a las 16h31 presentaron en el Ministerio de Trabajo su solicitud para conformar la Asociación Sindical de profesores y trabajadores de la Fundación de Ayuda a la Educación Media Fundaem (COPEI). Como era de esperarse su patrono con fecha miércoles 16 de junio del 2008 a las 16h00 había impartido también la orden de no dejarlos pasar, suerte idéntica a la corrida por otro grupo de compañeros sindicalistas al igual que ellos se había dado la orden directa de parte de los directivos de FUNDAEM de no dejarlos ingresar a sus puestos



de trabajo, hasta existía un listado en el que se encontraba su nombre junto con otros compañeros miembros del sindicato entre ellos mujeres embarazadas y dirigentes sindicales. Situación que fue constatada en situ por el inspector de trabajo Ab. Jorge Patiño Moran tanto el 11 de julio del 2008 como el 21 de julio del 2008 donde pudo constatar este hecho. Diligencia en la cual fue recibido por el señor José Luis Rosado Caicedo en su calidad de Administrador del COPEI quien ratificó que la orden de no dejarlos entrar a sus puestos de trabajo había sido impartida por el representante legal y Rector del Colegio Politécnico Máster Mario Luces Noboa y así se lo manifestó al Inspector de Trabajo quien tomó lista de los compañeros despedidos. Por lo expuesto concurre a demandar a la FUNDACIÓN DE AYUDA A LA EDUCA-CIÓN MEDIA FUDAEM (COPEI) en las personas de sus representantes legales Máster MARIO LUCES NOBOA, MOISÉS TACLE GALÁRRA-GA así como JOSÉ LUIS ROSADO CAICEDO en su calidad de Administrador del COPEI y a todos ellos por sus propios derechos y por la responsabilidad solidaria y por ejercer funciones de dirección y administración, para que en sentencia sean condenados a pagarle los valores que detalla en la demanda. Sorteada la causa y radicada la competencia, se procedió a calificar la demanda ordenándose sea citada a los accionados y al señor Procurador General del Estado en la persona del Director Regional 1, diligencias que van de fojas 20-31 compareciendo a juicio señalando domicilio para sus notificaciones. Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas para el día 19 de junio de 2009; a las 15h00 diligencia a la que concurrieron la actora con su defensor abogado Walter Haro Garcés, por los accionados en calidad de procurador judicial lo hace el abogado Carlos Coello Vera y por la Procuraduría General del Estado lo hace la abogada Martha Manzur Castañeda. Diligencia en la que las partes no arribaron a conciliación alguna, concediéndole la palabra al procurador de las acciones quien a nombre de sus representados dedujo las excepciones que constan en autos. Que el señor Rosado Caicedo no es representante legal de la Fundación y que la Institución le agradeció sus servicios el 16 de julio del 2008. Que la actora rinda confesión judicial personalmente. Por los accionados Moisés Tacle Galárraga y Mario Luces Noboa dedujo las excepciones que constan en el acta de fojas 181-183. Pidieron

confesión judicial para el actor, que se oficie a la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo, a la contadora de la Institución en los sentidos pedidos. La abogada interviniente por la Procuraduría General del Estado se adhirió a las excepciones propuestas por los accionados y finalmente la actora a través de su abogado defensor se ratificó en los fundamentos de la demanda, agregó documentos y pidió oficiar al Servicio de Rentas Internas, al Instituto de Seguridad Social. Que los accionados Lucio Noboa, Moisés Tacle y José Rosado rindan confesiones judiciales así como declaren los testigos Tomas Andrés Peñafiel Sánchez, Erick Jiménez Fran-Karina Chávez Garcés, Katia Vásconez Miranda, Cinthia Ocaza Oleas, Jenny Montenegro Ponce, que la actora rinda juramento deferido. Proveídas las peticiones de prueba de actora y accionados, convocó a las partes a la audiencia definitiva para el día 29 de octubre de 2009; a las 09h00 la misma que no se realizó, convocándola para el día 25 de febrero de 2010; a las 16h00, diligencia a la que concurrieron la actora María López Armendáriz acompañada de su abogado defensor Walter Haro Garcés, por la parte demandada los señores Mario Luces Noboa y Luis Rosado Caicedo con su defensor abogado Carlos Alberto Zambrano Pin y por la Procuraduría General del Estado la abogada Martha Manzur Castañeda, diligencia en la que se receptaron las confesiones judiciales de actora y demandados, declaraciones de testigos y los abogados comparecientes a nombre de sus representados alegaron en derecho. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera. PRIMERO: Se ha tramitado la causa de conformidad con lo que determina el art. 575 del Código del Trabajo. No hay nulidad que declarar. **SEGUNDO:** La suscrita Juez es competente para conocer el presente caso por tratarse de un conflicto individual de trabajo. **TERCERO:** La relación laboral no es materia de la controversia tanto por haber sido aceptada por los accionados como por la documentación agregada al proceso. **CUARTO:** La parte demandada acepta el despido intempestivo que ha sido objeto María López Armendáriz por lo que se ordena el pago de las indemnizaciones del art. 188 del Código del Trabajo y la bonificación del art. 185 del mismo cuerpo legal. Pero no se ordena el pago de lo dispuesto en el art. 184 del Código del Trabajo porque a la fecha de ocurrido el despido la actora ni siquiera estaba segura de su embarazo tanto más que ha presentado un eco realizado el 18 de julio del 2008 esto es posterior a





ocurrido el despido. Por lo tanto el empleador desconocía este hecho. QUINTO: La parte empleadora sostiene que la actora fue despedida el 10 de julio del 2008 fecha en la que se notificó en su domicilio el despido, haciéndole conocer tal decisión. La actora en su demanda dice: "Como era de esperarse su patrono con fecha 16 de julio del 2008 a las 16h00 había impartido también la orden de no dejarlos entrar... y existía un listado en el que constaba su nombre lo cual establece el despido cuya indemnización está determinada en el art. 188 del Código del Trabajo pero no en cuanto a los dispuesto en el art. 452 del Código de la materia el que se lo desecha. SEXTO: Es procedente en lo que respecta al pago de lo que dispone el Mandato 8 por lo que tiene derecho al pago del tiempo que falta para completar el año de estabilidad considerando como ingreso el mes de junio del 2008. No se ordena pagos de la multa impuesta al empleador en el Mandato Constituyente nro. 8 por cuanto la misma es una sanción administrativa, como tampoco se ordena el pago de la indemnización señalada en el numeral 6 del art. 172 del Código del Trabajo, por cuanto la actora se haya afiliada (sic) al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y porque tampoco hay prueba justificativa que la denuncia que ha presentado la actora generó su despido intempestivo, lo cual la actora se encarga de demostrarlo al decir que fue despedida por la confirmación de un sindicato. SÉPTIMO: No se ordenan pagos de fondos de reserva, por encontrarse la actora afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. OCTAVO: Corresponde ordenar los pagos de las partes proporcionales de la décima tercera y cuarta remuneraciones, vacaciones.

**NOVENO:** El tiempo de servicio se tendrá el de juramento deferido de la actora y la remuneración percibida \$391,65. Por lo expuesto la suscrita Juez Cuarto de Trabajo del Guayas ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTO-RIDAD DE LA, Y DE LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, declara parcialmente con lugar la demanda y ordena que los señores MOISÉS TACLE GALÁRRAGA Y MARIO LUCES NOBOA por sus propios derechos y por los que representan de la FUNDACIÓN DE AYUDA A LA EDUCA-CIÓN MEDIA FUNDAEM (COPEI) y señor JOSÉ LUIS ROSADO CAICEDO en su calidad de Administrador por sus propios derechos y por ejercer funciones de dirección y administración, paguen a la actora los siguientes valores: Por despido intempestivo; art. 188 C.T. \$391,65 x 5 = \$1.958,25; por el art. 185 C.T. \$391,65 x 25% x 4 = \$391,65; por la estabilidad del Mandato Constituyente nro. 8 \$391,65 x 10 meses = \$3.916,50, por parte proporcional de la décima tercera remuneración: Dic/07 – julio/08 \$261,10; por décima cuarta remuneración abril/08 - julio/08 \$66,67, por vacaciones \$179,61 lo cual suma \$6.773,78 más los intereses legales a los rubros que los genera. Sin lugar los demás reclamos. Con costas. En el 6% de los valores ordenados pagar se regulan los honorarios de su abogado defensor. Intervenga la Dra. Elida Viejó de Rodríguez, Secretaria del Juzgado Tercero de Trabajo (e) por licencia del Secretario de esta Judicatura. PUBLÍQUESE. Notifiquese y consúltese.

f) Ab. Olga Campos de Bermeo, Jueza Cuarta de Procedimiento Oral del Trabajo del Guayas.

#### **APELACIÓN**

Juicio nro. 689-10

Juez ponente: Dr. Efraín Duque Ruiz

PRIMERA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 02 de diciembre del 2011; las 16h54.

VISTOS: El proceso ha subido a conocimiento de esta Corte Provincial en virtud del recurso de apelación que dedujera la actora con la adhesión de la parte demandada de la sentencia de fs. 337 a 339 y vta. de los autos, dictada por la Jueza Cuarta de Procedimiento Oral del Trabajo del Guayas,

Ab. Olga Campos de Bermeo, que declara con lugar la demanda propuesta por MARÍA TERESA LÓPEZ ARMENDARIS en contra de MARIO LUCES NOBOA, MOISÉS TAGLE GALÁRRAGA (sic) y JOSÉ LUIS ROSADO CAICEDO, por sus propios derechos y por los que representan de LA FUNDACIÓN DE AYUDA A LA EDUCACIÓN MEDIA FUNDAEM COPEI. Radicada la competencia en esta Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia por el correspondiente



sorteo, según consta de la razón actuarial que obra de autos y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera. PRIMERO: No se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad al proceso, el que se ha tramitado de conformidad con el art. 575 y siguientes del Código del Trabajo, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** La relación procesal se constituyó con la negativa expresa de los demandados a los fundamentos de la acción en la audiencia preliminar de fs. 182 a 183 del proceso, actuación que colocó a los contendientes en la obligación de probar los hechos que afirmativamente han alegado, de conformidad con lo que dispone el art. 114 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** La relación de dependencia laboral en los términos previstos en el art. 8 del Código del Trabajo, fluye de la contestación a la demanda y de la documentación que obra del proceso, por lo que la traba de la *litis* se concreta en establecer de qué manera terminó la relación contractual entre los contendientes, toda vez que los accionados alegaron en la contestación a la demanda que la actora laboró bajo la modalidad de contrato por horas y que de acuerdo con el art. 2 del reglamento para la contratación por horas, en la remuneración percibida se le cancelaron todos sus derechos. Al respecto, el art. 19, literal j), del Código del Trabajo, establecía que los contratos que se pacten por horas obligatoriamente deben celebrarse por escrito. En la especie, no hay constancia procesal que entre los litigantes hayan celebrado contrato obligatorio por horas, conforme lo establece la disposición antes señalada; consecuentemente, las labores que desempeñaba la accionante como profesora de inglés, gozaba de la protección y garantía de estabilidad del art. 14 ibidem, por lo que procede ordenar el pago de la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por tiempo de servicios

previstas en los arts. 188 y 185 del Código del Trabajo. CUARTO: En cuanto a las indemnizaciones contempladas en los arts. 187 y 233 del Código del Trabajo, cabe señalar que el art. 452 del Código de la materia determina que, salvo en los casos del artículo 172, el empleador no podrá despedir o desahuciar a ninguno de sus trabajadores desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva y que esta prohibición ampara a todos los trabajadores hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. En la especie, de los instrumentos de fs. 140 a 166 consta el Proyecto de Constitución de la Asociación Sindical de Profesores y Trabajadores de la Fundación de Ayuda a la Educación Media, pero en el proceso no consta que la empleadora haya sido notificada por el inspector del trabajo, respecto de la conformación de la asociación sindical, por lo que no procede ordenar el pago de la indemnización contemplada en el art. 233 del Código del Trabajo. QUINTO: Ha lugar al pago de las partes proporcionales de los beneficios sociales de ley de décimo tercero, décimo cuarto sueldos y las vacaciones, con los intereses legales que señala el art. 614 del Código del Trabajo. SEXTO: Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERADO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, confirma en todas sus partes el fallo subido en grado. Publíquese. Notifiquese.

f) Dr. Efraín Duque Ruiz (ponente); Dr. Francisco Garcés; Dr. Luis Riofrío Terán (voto salvado)

#### **VOTO SALVADO**

Juicio nro. 689-10

Juez ponente: Dr. Luis Riofrío Terán

PRIMERA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PRO-VINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 02 de diciembre del 2011; las 16h54.

VISTOS: El proceso laboral, originalmente nro. 595-2008, iniciado en el Juzgado Quinto del

Trabajo en esta ciudad por MARÍA TERESA LÓPEZ ARMENDARIS, en contra de FUNDA-CIÓN DE AYUDA A LA EDUCACIÓN ME-DIA FUNDAEM (COPEI) ha subido a esta instancia por el recurso de apelación interpuesto por la accionante y por el Director Regional 1 de la





Procuraduría General del Estado, con la adhesión en la entidad accionada, de la sentencia dictada por el Juez a quo, que declara parcialmente con lugar la demanda. Radicada la competencia en esta Sala, para resolver se considera. PRIMERO: El proceso es válido. **SEGUNDO:** La relación de trabajo no es objeto de controversia ya que se encuentra probada fehacientemente con la instrumentación constante en autos y ha sido aceptada por la demandada; sin embargo, no se ha probado de parte de la accionada el pago de los beneficios sociales reclamados por la actora, por lo que procede ordenar su solución con los intereses legales pertinentes. (sic). CUARTO: En la audiencia de conciliación celebrada en esta causa, el demandado admitió el despido intempestivo afirmado que se decidió dar por terminada la relación laboral con la actora, por lo que procede disponer el pago de la indemnización por despido consagrada en el art. 188 del Código del Trabajo, además de la bonificación por desahucio señalada en el art. 185 ibídem. QUINTO: Con los instrumentos agregados al proceso se ha probado fehacientemente que al momento de la realización del despido intempestivo acusado, los trabajadores de la entidad demandada se habían reunido en asamblea general para constituir la Asociación Sindical de Profesores y Trabajadores de la Fundación de Ayuda a la Educación Media FUNDAEM (COPEI), por lo que es procedente ordenar el pago de la indemnización contenida en el art. 452 del Código del Trabajo, con el recargo legal pertinente. **SEXTO:** Igualmente, con los instrumentos constantes en autos se ha probado que la accionante, al momento de sufrir el despido intempestivo demostrado, se encontraba en estado de embarazo, por lo que procede ordenar el pago de la indemnización contenida en el art. 154 del Código del Trabajo. SÉPTIMO: Para este Tribunal es procedente el reclamo fundamentado en el Mandato Constituyente nro. 8, debido a que el mismo obligaba a las empresas que tenían trabajadores contratados por horas o tercerizados, como es el caso presente, a asumirlos directamente por las empresas accionadas, garantizándoles una estabilidad de un año, estabilidad que no ha cumplido la accionada por cuanto ha despedido a la accionante a los dos meses de dicha orden, por lo que procede disponer el pago de los meses incumplidos. OCTAVO: Se rechaza el reclamo fundamentado en el art. 233 del Código del Trabajo, en vista de que no

se ha probado que la organización sindical haya presentado al inspector del trabajo proyecto de contrato colectivo alguno. Sin embargo, se considera procedente el reclamo por no normado en el art. 172, numeral 6, del Código del Trabajo por cuanto la denuncia de la accionante hace relación a la falta de afiliación al IESS desde el inicio de la relación laboral, lo que evidentemente constituye un incumplimiento de las obligaciones de la accionada respecto de esa entidad, convirtiéndose en justificada la denuncia de la actora. De otro lado, no se ha probado el trabajo de la accionante en jornada extraordinaria o suplementaria, por lo que se rechaza dicha pretensión. NO-**VENO:** Para efectos de cálculo se estará a la información del tiempo de servicios presentada en el juramento deferido rendido por la accionante en la audiencia definitiva y como remuneración percibida la cantidad de \$ 391,65. Por lo antes analizado, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**, CONFIRMA la sentencia recurrida, en los términos de este pronunciamiento judicial, disponiendo que la entidad demandada pague a favor de la accionante por lo siguiente: 1. Indemnización por despido intempestivo \$1.958,25; 2. Bonificación por desahucio \$391,65; 3. Décimo tercera remuneración \$224,46; 4. Décimo cuarta remuneración \$438,72; **5.** Vacaciones \$392,50; 6. Indemnización contenida en el art. 452 del Código del Trabajo \$4.699,80; 7. Indemnización dispuesta por el art. 154 del Código del Trabajo \$4.699,80; 8. Garantía de estabilidad contenida en el Mandato Constituyente nro. 8 \$3.986,52; 9. Estabilidad normada en el art. 172, numeral 6, del Código del Trabajo \$7.265,30; lo que suma \$23.657,00 (Veintitrés mil seiscientos cincuenta y siete 00/100 dólares), valores a los que se deberá agregar los intereses normados en el art. 614 del Código del Trabajo, cuando el presente fallo se encuentre ejecutoriado por el ministerio de la Ley. Se niegan los demás reclamos. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Léase en público. Notifíquese.

f) Dr. Efraín Duque Ruiz (ponente); Dr. Francisco Garcés; Dr. Luis Riofrío Terán (voto salvado)

6163



### CASACIÓN

Juicio nro. 898-12

Juicio laboral propuesto por María Teresa López Armendáriz contra Fundación de Ayuda a la Educación Media-FUNDEM (COPEI)

Jueza ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-** Quito, 11 de febrero de 2014, 10h24.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia; de la distribución y organización de las Salas prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 38 de 17-07-2013) realizada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en esta Sala.-

PRIMERO: ANTECEDENTES: En el juicio de trabajo seguido por María Teresa López Armendaris en contra de la Fundación de Ayuda a la Educación Media-FUNDAEM- (COPEI), en la persona de sus representantes legales: Mario Luces Noboa, Moises Tacle Galarraga, así como a José Luis Rosado Caicedo en su calidad de administrador del COPEI, por los derechos que representan y por sus propios derechos; la actora interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 02 de diciembre del 2011 a las 16h54. El recurso interpuesto ha sido admitido por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en auto de 25 de septiembre de 2013 a las 08h03.-

**SEGUNDO: COMPETENCIA.-** El Tribunal es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 183 inciso quinto; 184 y 191 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo; y de la razón que obra de autos.-

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- La casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Las normas de derecho que considera infringidas son: artículos 11 principio 3 y 326 principios 2,3 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 154,

172 numeral 6, 187, 452 y 455 del Código del Trabajo; artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y artículos 1 y 7 del Mandato Constituyente 8. La casacionista afirma que se configura esta causal por falta de aplicación del artículo 154 del Código del Trabajo ya que la sala de alzada no se ha pronunciado acerca de la solicitud de pago de 12 meses de indemnización por despido intempestivo a mujer embarazada, circunstancia por demás probada de autos pues constan ecos y certificados médicos del estado de gravidez de la actora. Que, a su vez los jueces de alzada han incurrido en la **falta de aplicación** del artículo 172 numeral 6 del Código del Trabajo, esto es la estabilidad garantizada por haber denunciado al empleador ante el Seguro Social por obligaciones patronales no cubiertas, circunstancia que se advierte de los mecanizados del IESS y de la denuncia que dice consta de autos.; donde afirma que se corrobora que la prestó sus servicios por medio de la modalidad de contrato por horas, cuando no se reunieron los requisitos legales para esta modalidad de contrato. Que, ha existido falta de aplicación del artículo 455 del Código del Trabajo, ya que en la sentencia recurrida no se pronuncian los Jueces acerca del despido intempestivo al haber conformado un organismo sindical. Que, en la sentencia de segunda instancia ha existido errónea interpretación del artículo 452 del Código del Trabajo, ya que de manera inequívoca se ha interpretado que como no se ha notificado al empleador la conformación del sindicato, no se materializa la estabilidad, lo cual no está expresado en la norma. Que, por otro lado el tribunal de alzada en su sentencia ha incurrido en la falta de aplicación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que en efecto se invocó erróneamente el artículo 233 en lugar del artículo 455 del Código del Trabajo y que al ser evidente que al invocar el artículo erróneamente este no correspondía a la realidad de la acción se hace claro el error in judicando del fallo en esta parte del mismo afectando su validez. Que, en relación a la misma causal en la sentencia





de segunda instancia ha existido falta de aplicación del artículo 11 principio 3 de la Constitución de la República debido a que dentro del fallo, en el considerando Sexto se ha establecido que "(...) opera la estabilidad de la denuncia al IESS cuando por este motivo es el patrono el que despide al trabajador", cuando no existe ninguna disposición del ordenamiento jurídico ecuatoriano que justifique esta posición. Que, finalmente dentro de la sentencia incurrida ha existido falta de aplicación del artículo 326 principios 2, 3, y 7 debido que la Sala de alzada analiza incorrectamente acerca de que opera la estabilidad solo cuando el inspector de trabajo ha notificado al empleador, que se ha conformado el organismo sindical, lo cual vulnera el principio constitucional de orden laboral como la irrenunciabilidad y el principio de que en caso de duda se debe aplicar la interpretación de la norma más favorable al trabajador. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.-

CUARTO: MOTIVACIÓN.- Conforme el mandato contenido en el Artículo 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la República 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 o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; este recurso tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación dice: "Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la

anulación de las sentencias proferidas con violación de las reglas de derecho, o sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación es una institución política que corresponde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la lev sea estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comento, hace ya más cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia" (Murcia H., Recurso de Casación Civil, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, segunda edición, Bogotá, 2005, pág. 73). Para resolver el recurso de casación, de conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios "in procedendo", que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta, que en la especie no se invocan; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores "in judicando", que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.

**4.1.-** La recurrente invoca la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por **falta de aplicación** de los artículos: 11 principio 3, 326 principios 2, 3, y 7 de la Constitución de la República del Ecuador vigente; artículos 154, 172 numeral 6, 455 del Código del Trabajo; artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y **errónea interpretación** del artículo 452 del Código del Trabajo.

**4.1.1.-** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación procede por "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva". El vicio que la causal primera imputa



al fallo es la violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya trasgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley.

**4.1.2.-** Revisada la sentencia recurrida, confrontada con los cargos que se imputan, se observa lo siguiente: Tanto de la demanda como de los recaudos procesales y de las sentencias de primera y segunda instancia, se desprende que la actora laboró para los demandados hasta el 16 de julio de 2008; por lo mismo en la sentencia impugnada no corresponde aplicar los arts. 11.3 y 326 numerales 2,3 y 7 de la Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre de 2008 que a decir de la recurrente no aplicó la Sala de alzada en la sentencia impugnada. En cuanto a la falta de aplicación del art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial alegada por la recurrente, se observa que esta norma dispone: "...La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente..."; no obstante la jueza o juez no puede agregar nuevos elementos a las pretensiones del o la accionante; pues el inciso segundo de la disposición señalada determina: "Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que *han sido alegados por las partes..."*. La actora en su demanda expresa que fue despedida intempestivamente del trabajo y reclama en cinco numerales las indemnizaciones previstas en los arts. 188, 185, 233, 172 numeral 6 del Código del Trabajo y el tiempo que faltó desde la fecha de su despido para cumplir la estabilidad de los arts. 2 y 7 del Mandato Constituyente No 8; no reclama la indemnización prevista en el art. 154 del Código

del Trabajo; por ello, los Jueces en la sentencia materia del recurso de casación no incurren en falta de aplicación de la citada norma.

**4.1.3.-** Respecto a la disposición del art. 172.6 del Código del Trabajo, si bien en la motivación que consta en los Considerandos Tercero, Cuarto y Quinto de la sentencia impugnada no analizan esta pretensión, en la parte resolutiva de la sentencia, concluyen confirmando "...en todas sus partes el fallo subido en grado" (las negrillas son nuestras); fallo subido en grado que en el Considerando Sexto, niega la pretensión de la actora relacionada con la estabilidad a la que se refiere el art. 172 numeral 6 del Código del Trabajo. El recurso de casación es un recurso técnico; por lo mismo quien lo interpone debe encasillar sus cargos en la causal que corresponde; si consideró la casacionista que el Tribunal Ad-quem, no se pronunció respecto a esta pretensión su impugnación debió ser a través de la causal cuarta; por lo que el cargo no prospera.

**4.1.4.-** La recurrente alega que la Sala de alzada incurre en errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo. Esta norma dispone "Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral. Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores. Las asambleas generales para la organización de las restantes asociaciones de trabajadores, no están sujetas al requisito del cincuenta por ciento, a que se refiere el inciso anterior". La norma laboral en referencia señala de una parte que de haberse notificado al inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, la vía sigue expedita si un trabajador siendo parte de la organización sindical se halla incurso en causal de visto bueno; y, de otra, que el empleador no podrá desahuciar ni despedir a ninguno de sus trabajadores; y fija un período de tiempo de





garantía de estabilidad, denominado en doctrina de fuero sindical "...desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores ...", "...hasta que se integre la primera directiva...". El Dr. Julio César Trujillo refiriéndose a la constitución de las organizaciones profesionales y a los requisitos para dicha constitución, manifiesta que debe cumplirse los requisitos de fondo y de forma. Entre los requisitos de forma se refiere al de la "Asamblea General Constituyente" y señala que "Este acto jurídico por el que deciden constituir el sindicato debe expresarse en una reunión de todos los trabajadores y empleadores que deseen constituirlo y esta reunión recibe el nombre de "asamblea general para constituir un sindicato". Tácitamente la ley dispone que esta asamblea designará una directiva provisional que dirija las deliberaciones y realice diligencia y gestiones tendientes para la legal constitución del sindicato, para lo cual se levantará un acta constitutiva que será firmada por los concurrentes (art. 443.1 CT). El autor citado, como segundo requisito de forma señala que debe cumplirse la notificación al inspector del trabajo y expresa que: "El primer acto oficial de la directiva provisional será notificar al Inspector de Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato, ya que desde el momento que el Inspector de Trabajo recibe la notificación todos los trabajadores gozan de la inamovilidad en sus empleos y, de acuerdo al Art. 448 del Código de Trabajo, el empleador no podrá desahuciar ni despedir del trabajo salvo por las causas previstas en el Art. 171 y previo el visto bueno. Si es que los trabajadores dejaren de notificar de estos particulares al Inspector de Trabajo, ello no sería óbice para continuar con los trámites para constituir el sindicato, pero los trabajadores no gozarían de la inamovilidad antedicha. La notificación debe hacerse por escrito a fin de que el Inspector de Trabajo a su vez, pueda poner en conocimiento del hecho al empleador, lo que hará en las veinticuatro horas subsiguientes; pero la garantía de la inamovilidad comienza a regir no desde que el empleador se ha informado, sino desde el momento en que se lo notifica al Inspector de Trabajo; en consecuencia el empleador no puede excusarse alegando no haber conocido la notificación del Inspector de Trabajo o

no haberla recibido dentro de las veinticuatro horas...". En la especie, el Tribunal Ad-quem en el Considerando Cuarto de la sentencia, analiza que si bien obra de fs. 140 a 166 de los autos la Constitución de la Asociación Sindical de Profesores y Trabajadores de la Fundación de Ayuda a la Educación Media, no se ha demostrado que el empleador fue notificado por el Inspector del Trabajo, respecto a la conformación de la asociación sindical; incurriendo en la errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo; pues el único requisito que esta norma establece para la prohibición de desahucio o despido de los trabajadores que se hubieren constituido en asamblea general es la notificación al Inspector del Trabajo que en efecto en este caso ocurre, como consta de autos; y al contravenir la disposición legal citada, el empleador está obligado a pagar al trabajador una suma equivalente al sueldo o salario de un año; por lo que se acepta el cargo, y se ordena que se pague a la actora la cantidad de USD.4,699,80, que equivale a 12 meses de remuneraciones, considerando como última remuneración la cantidad de USD 391.65.- En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, casa parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 02 de diciembre del 2011, a las 16h54, en los términos constantes en el numeral 4.1.4 de esta sentencia y ordena que la demandada en la forma en que fue requerida, pague a la actora además del valor que se ordena pagar en la sentencia de segunda instancia la cantidad de USD 4,699.80; lo que da un total de ONCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES DOLARES CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (USD 11,473.58); más los interese previstos en el art. 614 del Código del Trabajo en los rubros que los generan de conformidad con esta disposición.- Sin costas ni honorarios Notifíquese y devuélvase.-

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional; Dr. Jorge M. Blum Carcelén MSc., Juez Nacional; Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.



### V

### Juicio nro. 891-2010

Juicio laboral propuesto por Calixto Eusebio Troya Fajardo, contra Juan José Arias y otros

### SÍNTESIS

El señor Calixto Eusebio Troya Fajardo proponen la demanda en contra de los señores Juan José Arias Vega, Carlos Francisco Arias Vega por sus propios derechos y los que representan, en sus calidades de herederos respectivamente de quien en vida fue Juan Arias Santana Propietario de la Hacienda "ESTRELLA"; por despido intempestivo, falta de afiliación, de las pruebas aportadas, el actor ha tenido como administrador al señor Erick Arias Camacho, se ha producido la falta de legitimo contradictor al haber demandado al señor Arias Vega y no al Administrador señor Erick Arias Camacho ya que no hay prueba de que los accionados hayan asumido el dominio de la hacienda, por lo que el Juez de primera instancia declara sin lugar la demanda.- Inconforme con esta resolución el actor interpone apelación y al no encontrar argumentos de legitimación en la causa o falta de legitimo contradictor, declara sin lugar la demanda.- El actor inconforme con el fallo de segunda instancia, interpone Recurso de Casación en él se concluye que en virtud de lo expuesto, es una obligación insolidum lo que se desprende que el demandante no estuvo obligado a incluir en su demanda al administrador, es decir a quien se beneficiaba con los servicios por él prestados para que tengan asidero legal, en tal virtud este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia una vez probada la relación laboral se determina que el trabajador laboró para el demandado, que era obligación del empleador demostrar los pagos realizados y al no haberlo efectuado, se ordena al juez de primer nivel proceda a practicar las liquidaciones correspondientes de los rubros de Décima Tercera y Cuarta Remuneración, vacaciones no pagadas así como el fondo de reserva. En consecuencia, el juez de primer nivel realice la liquidación correspondiente. Respecto a la indemnización por despido intempestivo y bonificación previstos en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, no ha lugar por cuanto no se ha demostrado de autos tales circunstancias. Por otro lado, no consta de autos que el recurrente haya demostrado haber laborado horas suplementarias y extraordinarias, ni la existencia de utilidades por lo que no procede el pago de las mismas.

### PRIMERA INSTANCIA

Juicio laboral nro. 2007-0196

**JUZGADO PRIMERO PROVINCIAL DEL TRABAJO DE LOS RÍOS**. Babahoyo, noviembre 19 del 2008; las 16h20.

VISTOS: A fs. 3 y vta. de los autos, comparece el señor Calixto Eusebio Troya Fajardo, con su demanda laboral en contra de los señores Juan José Arias Vega, Carlos Francisco Arias Vega y María Eugenia Arias Vega, por sus propios derechos y por los que representan, en sus calidades de heredados respectivamente de quién en vida fue señor Juan Arias Santana, propietario de la Hacienda

"ESTRELLA", ubicada en la jurisdicción del cantón Puebloviejo, provincia de Los Ríos.- 2. Desde el 30 de marzo de 1975, entré a prestar mis servicios lícitos y personales en forma permanente e ininterrumpida como jornalero en la hacienda agrícola denominada "ESTRELLA", de propiedad del difunto señor Juan Arias Santana, representada actualmente por los demandados en sus calidades de herederos. Mis labores dentro de esta hacienda consistieron en: enfundador, desflorador, sunchador, desviador de hijos en mal formación, todas





estas labores las realicé en un horario de 06h30 hasta las 18h00, de lunes a sábado de cada semana, e incluido días feriados y de descanso obligatorio, con un receso de una hora para almorzar dentro de la misma hacienda. Al ingresar a laborar, empecé ganando la cantidad de 2.000 sucres por semana, luego me subieron a 30.000 sucres por semana, luego 400.000 sucres por semana, luego 45 dólares por semana y terminé ganando la cantidad de 50 dólares por semana, hasta que fui despedido intempestivamente de mi trabajo. Durante el tiempo que laboré para los demandados, éstos nunca me afiliaron al Seguro Social. Pero es el caso señor Juez, que el día 14 de junio del 2007, a eso de las 19h00 aproximadamente, los hoy demandados convocaron a una reunión a todos los trabajadores de la hacienda ESTRELLA, incluyendo al compareciente, en el parque central del cantón Puebloviejo, en donde nos manifestaron que como el propietario de la Hda. señor JUAN ARIAS SANTANA, había fallecido, ya se había terminado el trabajo para cada uno de nosotros y además no había dinero para liquidarnos por el tiempo que habíamos trabajado para la mencionada hacienda, despidiéndonos de esta manera INTEMPESTIVAMENTE de mi trabajo. Durante el tiempo que laboré para los demandados, éstos nunca me afiliaron al IESS. Con estos antecedentes, demandan a los señores Juan José Arias Vega, Carlos Francisco Arias Vega y María Eugenia Arias Vega, por sus propios derechos y por los que representan en sus calidades de herederos de quién fuera en vida Juan Arias Santana, propietario de la hacienda Estrella. Reclama 10 rubros. Fija la cuantía en \$42.000 dólares americanos. Se admite al trámite la demanda mediante auto inicial de fs. 5, mandándose a citar a los demandados como legítimos contradictores. La citación la practica el señor Secretario del Juzgado de lo Civil de Puebloviejo, según deprecatorio, fs. 6 a la 10. De fs. 15 a la 17 consta el acta de audiencia preliminar, a la que asisten el actor y demandados con sus abogados. Como en este acto no se logró a que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio que pusiera fin a esta litis, se ordenó proseguirse con el trámite del procedimiento. En nombre y en representación de mis defendidos los mismos que se encuentran presentes en esta diligencia, tengo a bien contestar la infundada demanda propuesta en nuestra contra por el actor: la demanda no constituye sino una demostración de mala fe, que para su conocimiento señor Juez, el actor durante el tiempo que señala ha trabajado, jamás ha laborado bajo

nuestra dependencia, ya que en ningún momento, del tiempo que señala en su demanda no hemos sido representantes legales de la hacienda, careciendo totalmente de argumentos legales y que deberán considerarlos al momento de dictar la respectiva sentencia. El mismo que al demandar sin fundamentos de ninguna clase, lo único que está intentando es lograr enriquecimiento sin causa, situación que deberá ser analizada y en sentencia de deberá castigar al actor al pago de costas procesales, honorarios de nuestro abogado defensor, por haber litigado maliciosa y temerariamente, para lo cual propongo las excepciones siguientes: a. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b. Falta de derecho del actor para demandar y reclamar pretensiones económicas que señala en su demanda; c. Inexistencia de relación laboral bajo dependencia del actor con los demandados durante el tiempo que señala en su demanda; d. Nulidad procesal por la falta de solemnidades comunes. Con lo que estamos dando contestación a la demanda planteada e indicando las excepciones con la que demostraré la verdad de los hechos demandados. Consta autorización y casillero judicial, presentando su contestación por escrito que obra de fs. 12, con sus pruebas por escrito de fs. 11. A continuación anuncia las pruebas. El actor a través de su defensor manifiesta lo siguiente: que los demandados no han cumplido con lo que determina la Ley Laboral, cuando ordena que en esta diligencia preliminar se debe contestar la demanda en forma verbal, así como escrita y que los demandados por consiguiente, no han presentado ninguna contestación ni excepciones, razón por la cual se debe de aceptar o entender que los demandados en forma tácita están aceptando mi pretensión. Anuncia las pruebas a favor del actor, todas ella evacuadas en la audiencia definitiva que consta en acta de fs. 43 a la 47 vta., con la comparecencia de la parte actora y demandados. Siendo el estado de la causa el de resolver, lo que para hacerlo, se considera: **PRIMERO.** No se advierte de que se haya inobservado alguna solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión final, por ello el proceso se lo declara válido. SE-GUNDO. El objetivo principal en esta clase de juicio, es la comprobación de la relación laboral de actor y demandados, la que habiendo sido negada por ellos, corresponde entonces cumplir con lo que determinan los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, como Ley Supletoria que en esta materia lo autoriza el art. 6 del Código del Trabajo,



justificando sus alegaciones. TERCERO. Pruebas aportadas por el actor Calixto Eusebio Troya Fajardo, tenemos una certificación del Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Puebloviejo de fs. 32 a la 33 de los autos y la inscripción de defunción de Juan José Arias Santana fs. 34. Declaraciones de los testigos José Victoria Obdulia Sánchez Monserrate (sic), Patricia del Carmen Mosquera Sánchez y Jeanett Rosalía Roldán Andrade, quienes absuelven las preguntas y repreguntas que en forma verbal les formularon al actor y demandados en la audiencia definitiva. Confesión judicial de los demandados rendidas en la audiencia definitiva que absolvieron las preguntas formuladas por escrito de fs. 38, 39 y 40. Y, el juramento deferido rendido por el actor en la audiencia final, en el que indica haber ingresado en el año 1975, hasta el 14 de junio del 2007, siendo el sueldo inicial de 2.000 sucres por semana y por último 50 dólares por semana. CUARTO. Los demandados han aportado Oficio del S.R.I. de fs. 27. Certificación del Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Puebloviejo de fs. 28. Contestación que da Unión Nacional de Bananeros Ecuatorianos S.A. UBESA de fs. 30 y 31. Oficio de la inspectora del trabajo de Los Ríos de fs. 32, en el que indica que no existe contrato de trabajo que haya celebrado el actor con los demandados. Testigos de la parte demandada, consta la declaración del señor Serafín Guillermo Vera Briones, Jaime Guillén Ramírez, quienes absuelven las preguntas por escrito de fs. 37 y repreguntas del actor en forma verbal. La confesión judicial del actor, quién absuelve el pliego de preguntas por escrito formuladas por los accionados de fs. 41 y 42. **QUINTO**. Por lo analizado se concluye: 1. Se ha comprobado que el Sr. Erick Arias Camacho, ha sido el administrador de la hacienda Estrella, en la época de la prestación de servicios del actor, a quien se debió demandar, tanto por la aseverado por él, los testigos de los demandados y la

confesión judicial que rindió el accionante; 2. Comprobado de que dicha hacienda ha tenido como administrador al señor Erick Arias Camacho, se produce entonces la falta de legítimo contradictor, al haber demandado a los señores Arias Vega y no al administrador; 3. No hay prueba directa de que el actor haya tenido alguna relación contractual de trabajo para con los demandados, pues así mismo lo asevera que el actor ha trabajado bajo las órdenes del administrador señor Erick Arias Camacho; 4. No hay prueba de que los accionados hayan asumido el dominio del predio de la hacienda Estrella por herencia; 5. Si bien consta la inscripción del fallecimiento de don Juan Arias Santana, no se ha establecido fehacientemente la dependencia de los accionados para con el accionante; 6. Por lo antes expuesto resulta innecesario pasar a analizar la alegación del despido intempestivo, que se dice haber ocurrido el día 14 de junio del 2007, a las 09h00, en el parque Central de Puebloviejo, ni tampoco se encuentra involucrado el administrador señor Erick Arias Camacho, en el hecho de la decisión unilateral alegada por el demandante. Por las consideraciones expuestas, el suscrito Juez Primero Provincial del Trabajo de Los ADMINISTRANDO JUSTICIA NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTO-RIDAD DE LA LEY, declara sin lugar la demanda laboral presentada por Calixto Eusebio Troya Fajardo en contra de los señores Juan José Arias Vega, Carlos Francisco Arias Vega y María Eugenia Arias Vega, por sus propios derechos y por los derechos que dice representar de la hacienda "Estrella". Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Sáquese copia de esta sentencia al libro correspondiente. Conforme ordena el art. 277 del Código de Procedimiento Civil, léase públicamente la sentencia. Notifiquese.

f) Abg. Ángel Miranda Estrada, Juez Primero Provincial de Trabajo de Los Ríos.

### **APELACIÓN**

Juicio Laboral nro. 555-2009

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS. SALA CIVIL, MERCANTIL, LABORAL Y MATERIAS RESIDUALES DE LOS RÍOS. Babahoyo, viernes 05 de marzo del 2010, las 17h20.

VISTOS: El presente proceso laboral, originalmente nro. 1308-2007, iniciado en el Juzgado

Primero Provincial del Trabajo de Los Ríos por CALIXTO EUSEBIO TROYA FAJARDO en contra de JUAN JOSÉ ARIAS VEGA, CARLOS FRANCISCO ARIAS VEGA y MARÍA EUGENIA ARIAS VEGA, por sus propios derechos y por los que representan en sus calidades de herederos de quien en vida fue el señor JUAN ARIAS





SANTANA, propietario de la hacienda denominada Estrella, ha subido a esta instancia por el recurso de apelación interpuesto por el accionante, con la adhesión del demandado de la sentencia dictada por el Juez a quo, que declara sin lugar la demanda. Radicada la competencia en esta Sala, para resolver se considera: PRIMERO. No se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna ni violación del trámite pertinente a la naturaleza del asunto que se está juzgando que anule el proceso, por lo que se lo declara válido; **SEGUNDO**. Dentro de lo manifestado por el recurrente en su libelo de demanda tenemos que ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales desde el 30 de enero de 1975, de forma permanente e ininterrumpida como jornalero en la hacienda agrícola "Estrella", ubicada en la jurisdicción del cantón Puebloviejo, provincia de Los Ríos. Consistiendo sus labores en: enfundador, amarrador, deshojador, desflorador, desviador, todas esas labores las realizaba en un horario de 06h30 hasta las 18h00 (...); **TERCERO**. En la audiencia preliminar los accionados dieron contestación a la demanda, proponiendo excepciones en los siguientes términos: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 2. Falta de derecho del actor; 3. Inexistencia de relaciones laborales bajo dependencia; 4. Nulidad procesal por falta de solemnidades comunes; CUARTO. Negada como ha sido la relación laboral, era obligación del actor probar la existencia de dicho vínculo con los demandados, circunstancia procesal que no ha sido comprobada por las siguientes motivaciones: 3.1. Por lo informado por los testigos se comprueba que el que ha asumido la administración de la hacienda Estrella, es el señor Erick Vicente Arias Camacho, testimonios que son concordantes y congruentes al responder afirmativamente que el señor Erick Arias Camacho, es el administrador y representante legal de la hacienda "Estrella", asimismo es acreditado por el actor en su confesión judicial, al aceptar que el señor Erick Arias Camacho, es el administrador de la hacienda "Estrella"; 3.2. Por otro lado, si el que asumió el control de la hacienda fue el señor Erick Arias Camacho, hijo del propietario de la hacienda Estrella, porque no fue demandado,

pues, siendo así mal podría esta Sala dictar una sentencia en contra de quien no fue parte dentro de la litis, pues, uno de los presupuestos sustanciales en los procesos contenciosos es la legitimación en la causa, legitimatio ad causam, misma que tiene lugar respecto del actor, cuando éste es la persona que, de acuerdo con la ley sustancial, está legitimada para solicitar sentencia de mérito o de fondo y, por tanto, se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, cuando éste es la persona que, conforme a la ley sustancial, está legitimado para oponerse a contradecir dicha pretensión del actor, es decir, cuando es el contradictor legítimo..."; 3.4. Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación laboral, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación ad causam; y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; QUINTO. Se debe entonces desestimar la acción, sin entrar a resolver sobre el fondo, por no haberse integrado debidamente la parte demandada, en consecuencia, falta de legitimación en la causa o falta de legitimo contradictor. En consecuencia, por cuanto no se ha contado con todas las personas que necesariamente debían concurrir como demandados. Por las consideraciones que anteceden, la Sala Especializada de lo Civil y Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, ADMINISTRN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTO-RIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, CONFIRMA la sentencia recurrida que declara sin lugar la demanda, en los términos de este fallo judicial. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia. Dése lectura y notifíquese.

f) Ab. Marco Arguello Bermeo, Juez Provincial; Dra. Dalia Rodríguez Arbaíza, Jueza Provincial; Ab. Arturo Riofrío Terán, Conjuez Provincial.



### CASACIÓN

Juicio nro. 891-2010

Juicio laboral propuesto por Calixto Eusebio Troya Fajardo, en contra Juan José Arias y otros

Juez ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-** Quito, 12 de febrero de 2014, las 11h29.

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Calixto Eusebio Troya Fajardo, en contra de Juan José Arias Vega, Carlos Francisco Arias Vega y María Eugenia Arias Vega, por sus propios derechos y por los que representan en calidad de herederos del señor Juan Arias Santana, propietario de la Hacienda denominada "Estrella", la Sala Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, dicta sentencia con fecha 5 de marzo de 2010, a las 17h20 y declara sin lugar la demanda. Calixto Eusebio Troya Fajardo, insatisfecho con la sentencia expedida interpone recurso de casación por lo que, siendo el estado procesal el de resolver, se considera:

### PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETEN-

**CIA:** Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, en razón de que el pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012, de 25 de enero de 2012, designó como juezas y jueces a quienes en la actualidad conformamos la Corte Nacional de Justicia, cuya posesión se cumplió el 26 de enero del mismo año; y dado que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013, conformó las Salas Especializadas del modo previsto en el art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que en nuestra calidad de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia avocamos conocimiento de la presente causa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; en el artículo 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el artículo 613 del Código del Trabajo; y el artículo 1 de la Ley de Casación; y, adicionalmente, atendiendo al resorteo de ley efectuado, cuya razón obra de fojas 4 del último cuaderno.-

**SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECUR-SO DE CASACIÓN:** El recurrente en su libelo de casación, fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y manifiesta que se han infringido los artículos 326.3, 327, 424 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 4, 5, 7, 8, 36, 41, 169.4, 171, 575 y 577 del Código del Trabajo; artículos 115, 207, 213.5 y 216.6 del Código de Procedimiento Civil. Habiéndose realizado la confrontación de las causales señaladas en el recurso de casación interpuesto por el casacionista con la sentencia y más piezas procesales, se advierte que su inconformidad se concreta en alegar lo siguiente:

2.1. IMPUGNACIONES DEL RECURREN-TE A LA SENTENCIA: El casacionista en su escrito de interposición del recurso establece que procede la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto existe falta de aplicación y errónea interpretación de las normas de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios que fueron determinantes en la resolución. Manifiesta que se tomaron en cuenta testimonios de la contraparte que no fueron anunciados en la audiencia preliminar y que además ya habían sido rendidos en otros procesos. Así mismo, indica que la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Babahoyo equivocadamente determinó que se debió demandar al señor Erick Arias Camacho, como administrador y no a los comparecientes; a pesar de que todos son solidariamente responsables, por cuanto todos están interesados en la misma empresa o negocio como condueños o copartícipes. Por otro lado, respecto a la causal tercera, el recurrente señala que "No obstante la disposición legal y la abundante prueba actuada que sirvió de base de la demanda para la exigencia del pago de la indemnización por despido intempestivo, (...) la sentencia solo se limita a considerar que el punto principal de la litis es la falta de legitimo contradictor". Además, agrega que las pruebas no fueron valoradas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Para finalizar añade que existió falta de aplicación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de las pruebas, debido a que no se reconocieron los derechos consagrados en los artículos 8, 185 y 188 del Código del Trabajo.-

TERCERO: MOTIVACIÓN: La doctrina explica





que: "(...) La motivación de derecho involucrada en toda sentencia, se relaciona con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes, a los hechos establecidos en la causa, con base en las pruebas aportadas por las partes. Por lo tanto, lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez es, precisamente aquel trabajo de 'subsunción' de los hechos alegados y aprobados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevea, a través del enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la prevención abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Tal enlace lógico entre los hechos que el juez ha establecido como resultado del examen de las pruebas y las previsiones abstractas de la ley, se resuelve en lo que Satto llamó 'la valoración jurídica del hecho', esto es, la transcendencia que jurisdiccionalmente se atribuye al hecho, para justificar el dispositivo de la decisión y a este respecto, es clara la obligación que tiene el juez de expresar en su fallo las consideraciones demostrativas de aquélla valoración, y justificativa del partido que toma el juez al aplicar los preceptos legales correspondientes, como única vía para que el fallo demuestre aquél enlace lógico hecho-norma que viene a ser el punto crucial de la motivación en la cuestión de derecho; pues a través del examen de esas consideraciones, es como podrá efectuarse la determinación de si el juez erró o acertó en la aplicación de la ley (...) Entendida así, es en la motivación de la cuestión de derecho donde se encuentra virtualmente reconducida la parte más excelsa y delicada de la actividad decisoria del juez, pues al fin y al cabo el objetivo final de la jurisdicción es la declaración del derecho, que bajo el principio de la legalidad explica y al mismo tiempo condiciona la actividad del juez. Por ello la falta de motivación de la cuestión de derecho, constituye un vicio, quizás institucionalmente el más grave, en el que el órgano jurisdiccional puede incurrir (...)". Conforme el mandato contenido en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, 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 o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución. Cumpliendo con la obligación constitucional de

motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

# CUARTO: ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI:

# 4.1. SOBRE LA TUTELA JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DEL ESTADO CONSTITU-CIONAL: El Estado constitucional de derechos supone la consagración del principio de supra legalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas y, estando en discusión derechos constitucionales, las juezas y jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

4.2. SOBRE VIOLACIONES CONSTITU-CIONALES Y LEGALES: La técnica jurídica recomienda el orden que deben ser realizadas las causales y subraya que en los casos como en el presente que se alegan violaciones a normas constitucionales, estas deben ser tratadas primeramente. En el caso sub judice, el recurrente señala que la decisión judicial impugnada ha fracturado las disposiciones constitucionales plasmadas en los artículos 326.3, 327, 424 y 426 de la Constitución de la República. El artículo 326.3 establece que: "El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras." Del análisis y revisión de la sentencia impugnada se desprende que no existió duda por parte de la Sala al momento de aplicar la normativa en su resolución, por lo que no procede la alegación en relación con este artículo. En cuanto al resto de artículos, los mismos serán analizados más adelante en el presente fallo.-

### 4.3. CONSIDERACIONES DEL RECURSO:

El recurso de casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario, público y de estricto derecho. Para Humberto Murcia Ballén, "la casación es un recurso limitado, porque la ley lo reserva para impugnar por medio de él solo determinadas sentencias, formalista; es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustenta, el

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA Recurso de Casación No. 00175-250403-00559-00492, EN Leopoldo Márquez Áñez, Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana, p. 40





inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de casación a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo"2. De lo que se desprende que no se trata de una tercera instancia. El objetivo fundamental del recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que pueda adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Dicha función jurisdiccional, se encuentra confiada al más alto Tribunal de Justicia ordinaria, el cual en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia, a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. De los argumentos del recurrente, a fin de dilucidar si la impugnación a la sentencia posee sustento jurídico, este Tribunal procede a confrontarla con los cargos formulados en su contra y en relación con la normativa legal citada y los recaudos procesales.-

4.4. SOBRE LA CAUSAL TERCERA: Para iniciar el análisis referente a este tópico hay que indicar que los preceptos de valoración de la prueba pueden violentarse sea de derecho, o sea de hecho; el primero de ellos, se refiere a la omisión en la que incurre el administrador de justicia en la aplicación de normas legales referentes al tópico, mientras que el segundo, -error de hecho- se refiere, a la no consideración de hechos que pudieron haber incurrido en el proceso lógico que sigue el órgano jurisdiccional para llegar a dictar la sentencia, viciando de una u otra manera la premisa mayor o menor, teniendo, como resultado, un error en la apreciación de la prueba. Por otro lado, se hace necesario considerar que el hecho cuya consideración se ha omitido debe ser trascendente -o marcar importantemente el trayecto de la actividad lógica del órgano juzgador- para poder ser considerado y aún más analizado por el Tribunal de

Casación. Por lo expuesto este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, al hacer el análisis entre el contenido del proceso y el recurso planteado, hace las siguiente consideraciones:

- a) La causal tercera alegada en el recurso, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba, en la apreciación de los hechos debe hacerse conforme a derecho y no al criterio arbitrario de los jueces. La causal procede, cuando el juez o tribunal ha dado por establecidos los hechos violando las disposiciones legales que regulan la valoración de la prueba en la certeza que éstos deben ser comprobados con arreglo a la ley.-
- b) La Corte Suprema de Justicia mediante Resolución No. 83-99, ha manifestado que: "(...) la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancias y deben hacerlo aplicando como dice la ley, las reglas de la sana critica o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que de conformidad con los principios de la Lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados".3
- c) A esto se suma, lo señalado por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema que establece que: "El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente la valoración de la prueba".<sup>4</sup>
- d) El casacionista, interpone su recurso basado en la causal tercera, del artículo 3 de la Ley de Casación, misma que se conoce en la doctrina como violación indirecta, que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a la equivocada aplicación o inaplicación de otra norma de derecho;



<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá-2005. pp. 90 y 91

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 83-99, fecha 11 de febrero de 1999, R.O. 159, de 30 de marzo de 1999

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema, resolución No. 568 de 8 de noviembre de 1999, juicio No.109-98 (Sarango vs. Merino), R.O. 349 de 29 de diciembre de 1999



por tanto no basta citar el precepto infringido bajo esta causal, sino que es necesario señalar la norma substancial o de procedimiento que ha venido a ser violada como resultado de la infracción aquella. Como se ha manifestado en reiterada jurisprudencia, para que prospere el recurso que se ha propuesto por esta causal, se debe cumplir con cada una de las siguientes exigencias: 1. Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2. Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; 3. Demostrar, con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; y 4. Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutiva de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o en forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba. Del recurso interpuesto, se desprende que el recurrente ha determinado con precisión, que el aspecto involucrado en la causal que alega, es exclusivamente la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Bajo este supuesto, este Tribunal procede a realizar el análisis respectivo.-**4.4.1.** De la revisión de la sentencia impugnada y su confrontación con lo alegado por el recurrente se desprende que en efecto no se hizo una apreciación o valoración de las pruebas en su conjunto, por cuanto obra del proceso a fojas 32 y 33 el certificado del Registrador de la Propiedad en el cual consta la inscripción de la escritura de nuda propiedad en favor de los demandados, con lo que se demuestra que los herederos Arias Vega, hacen uso de su derecho y consecuentemente por mandato legal a la sucesión de la relación laboral con el trabajador.

**4.4.2.** De igual forma, consta que los demandados fueron citados en la Hacienda "Estrella" de la jurisdicción del Cantón Puebloviejo y más aún, uno de los demandados fue citado personalmente, el señor Carlos Francisco Arias Vega, tal como constan de fojas 8 vta. a fojas 10 del proceso, por lo que se desprende que sí existía legitimación en la causa.-

**4.4.3.** En virtud de lo señalado, se colige que la falta de aplicación del precepto jurídico en efecto influyó en la resolución de la causa ya que debido a la misma, se desconoció la relación laboral y se declaró la falta de legítimo contradictor.-

**4.5. SOBRE LA CAUSAL PRIMERA:** Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, considera:

4.5.1. El argumento de la Sala de segundo nivel que establece que al haber el actor demandado únicamente a los hijos del empleador Juan Arias Zambrano y no al administrador Erick Arias Camacho se configuró la falta de legitimación en la causa, resulta errado, ya que desconoce lo consagrado en el artículo 169.4 del Código del Trabajo, que estipula que: "El contrato individual de trabajo termina: Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante sino hubiere representante legal o sucesor que continué la empresa o negocio (...)" es decir, en el presente caso al existir sucesores continuaron las obligaciones frente a los trabajadores. En la especie, los demandados son los herederos del propietario de la Hacienda "Estrella", para la cual el trabajador ha prestado sus servicios, por esta razón, resulta aplicable lo establecido en el artículo 36 que establece que: "El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador" artículo 41: "Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador.", y artículo 171: "En caso de cesión o de enajenación de la empresa o negocio o cualquier otra modalidad por la cual la responsabilidad patronal sea asumida por otro empleador, este estará obligado a cumplir los contratos de trabajo del antecesor", todos pertenecientes al Código del Trabajo.-

**4.5.2.** La Corte Suprema de Justicia, ha manifestado al referirse a la solidaridad patronal la "Solidaridad de carácter pasivo para quienes tienen la calidad de representantes de los empleadores". La doctrina conceptúa a la obligación de la solidaridad o solidaria, como "(...) aquello cuyo objeto, por expresa disposición del título constitutivo o por concepto de ley, puede ser demandada totalmente por cualquiera de los acreedores o por cualquiera de los deudores". En la especie, el actor ejerció su derecho

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Prontuario de Resoluciones No. 2, pp. 316 y 317, L. 89.094

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Diccionario del Derecho Usual G. Cabanellas. Tomo III, p. 89



a reclamar a uno solo de los obligados solidariamente, sin que hubiere estado obligado a hacerlo con respecto de todos, conforme a la concepción doctrinal antes señalada, la que se encuentra corroborada por los artículos 1527 inciso segundo y 1530 del Código Civil, norma supletoria aplicable a la materia laboral.

**4.5.3.** En la doctrina al referirse a la "Obligación Insolidum" se manifiesta: "Cuando varios deudores están obligados cada uno por la totalidad de la deuda, el actor puede reclamar la totalidad solidum de uno cualquiera de los codeudores".7 Ahora bien, "(...) producen los llamados efectos principales de la solidaridad, obligación de cada uno de los codeudores por la totalidad, liberación de todos con relación al acreedor por el pago que efectúa uno de ellos. Por el contrario los llamados efectos secundarios no se producen: Los codeudores de una obligación insolidum no se representan mutuamente".8 En virtud de lo expuesto, nos encontramos ante una obligación insolidum por lo que se desprende que el demandante no estuvo obligado a incluir en su demanda al administrador, esto es, a quien se beneficiaba con los servicios por él prestados, para que tengan asidero legal las reclamaciones propuestas.-

4.6. LIQUIDACIÓN: Una vez probada la relación laboral se determina que el trabajador laboró desde el 30 de marzo de 1975 hasta el 14 de junio de 2007, de este modo, le correspondía a la parte empleadora demostrar los pagos realizados y al no haberlo efectuado, se ordena al juez de primer nivel proceda a practicar las liquidaciones correspondientes de los rubros de Décima Tercera y Cuarta Remuneración, vacaciones no pagadas así como el fondo de reserva. En consecuencia, el juez de primer nivel realice la liquidación correspondiente. Respecto a la indemnización por

despido intempestivo y bonificación previstos en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, no ha lugar por cuanto no se ha demostrado de autos tales circunstancias. Por otro lado, no consta de autos que el recurrente haya demostrado haber laborado horas suplementarias y extraordinarias, ni la existencia de utilidades por lo que no procede el pago de las mismas. Por las consideraciones anteriormente señaladas, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, concluye que la causal primera y tercera alegadas por el casacionista, tienen asidero legal y son procedentes en cuanto por un lado existió falta de aplicación de normas de derecho y por otro falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, pues la testifical y la instrumental que obra de autos, analizada en su conjunto y bajo la óptica de la sana crítica, conducen a la procedencia del presente recurso.-

QUINTO: DECISIÓN: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral 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, casa la sentencia impugnada dictada por la Sala Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de fecha 5 de marzo de 2010, a las 17h20, en los términos señalados en este fallo, y se ordena al juez de primera instancia realice la liquidación correspondiente.- Sin costas, ni honorarios que regular.-Notifíquese y publíquese.-

f). Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dra. Mariana Yumbay Yallico y Dra. Gladys Terán Sierra. Juez y Juezas Nacionales.



MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil Parte II, Volúmen III, Cumplimiento, Extinción y Tradición de las Obligaciones, pp. 304 a 306 y 310 a 324

<sup>8</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXIX. Serie XV. No. 6, p. 1629



# **VI** Juicio nro. 830-2012

Juicio de Trabajo que por despido intempestivo sigue Ángel Velez en contra de Electroecuatoriana

### SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral por reclamaciones laborales e impugnación del acta de finiquito debido a la existencia de despido intempestivo que sigue Ángel Vélez Morán en contra de la compañía Electro Ecuatoriana SA, el juzgador acoge las excepciones deducidas por la parte demandada y desecha la demanda por falta de prueba. El tribunal de alzada resuelve en mérito desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor y la adhesión de la parte demandada y confirma la sentencia recurrida que desecha la demanda por falta de derecho del actor. En la Corte Nacional de Justicia se acepta el recurso de casación interpuesto por el actor fundamentado en la casual tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y se casa la sentencia de última instancia, por considerar que existe una falta de aplicación de la indemnización por despido intempestivo prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo y de la bonificación por desahucio del artículo 185 de citado código.

### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 830-2012

**JUZGADO TERCERO DE TRABAJO DE PI-CHINCHA.** Quito, jueves 1 de marzo del 2012, a las 13h48.

VISTOS: El señor Ángel Alberto Vélez Morán comparece (fs.1) y en lo principal dice: Que el 12 de enero del año 2015 ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales, en calidad de electricista general en la compañía Electro Ecuatoriana S.A. Comercial e Industrial S.A.C.I percibiendo como último salario setecientos cuarenta dólares con trece centavos. Que su horario de trabajo era de 06h30 a 11h30 y de 12h30 a 17h30 de lunes a domingo, en las instalaciones de petroproducción, ubicadas en el campo Víctor Hugo Rúales, sector Cantagallo. Que el día domingo 25 de octubre del año 2009, siendo aproximadamente las 17h00, mediante una llamada telefónica se procedió a requerir a los trabajadores que entreguen las herramientas y vehículos de trabajo y retornen al campamento base en Lago Agrio, a efectos de entregar todo, en virtud a que desde ese momento la compañía dejaba de prestar servicios con Petroproducción y por tanto dejaban de trabajar para Electro S.A.C.I., manifestando que fue reiterado personalmente por el Eco. Fernando Mosquera quien fungía como Superintendente de la compañía. Que ante lo sucedido los trabajadores concurrieron ante el inspector de trabajo de Sucumbíos, el cual luego del trámite legal emitió la correspondiente resolución en la que en síntesis se reconoce la existencia del despido intempestivo; sin embargo, de forma audaz el empleador ha procedido a consignar supuestamente las actas de finiquito y con ellos los beneficios de ley ante el Ministerio de Trabajo de Pichincha, requiriendo a los trabajadores a fin de suscribir una irregular acta de finiquito, que- dice - la impugna. Que el 02 de diciembre del año 2009 concurrió ante el Ministerio, a fin de cobrar su liquidación, mas es su sorpresa que tras firmar la referida acta y retirar el cheque, se enteró que en dicho documento única y exclusivamente se reconoce beneficios de ley, desconociéndose el despido intempestivo de cual fue objeto, constituyéndose tal documento en ilegal e injusto, por lo que dentro del término legal lo impugna, objeta y rechaza categóricamente, por existir error de cálculo. Que con tales antecedentes y demás que constan en el libelo inicial, demanda a los señores Economistas Werner Speck Andrade y Fernando Mosquera, por sus propios derechos y por los que representan en sus calidades de Presidente Ejecutivo y Superintendente de Electro Ecuatoriana S.A. Comercial e Industrial S.A.C.I., respectivamente, para que en



sentencia sean condenados al pago de los rubros que indica en la demanda. Que fija la cuantía en nueve mil quinientos dólares.- Calificada la demanda, por haber sido previamente convocada se realiza la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas (fs. 5-6), a la que comparecieron: por un lado, el actor acompañado de su abogado patrocinador, y por otra parte, el Ab. Jaime Patricio Arias Coronel, en calidad de procurador judicial de la parte demandada. En dicha diligencia no fue posible la conciliación entre las partes, por lo que la parte accionada contestó la demanda de manera escrita (fs. 16-20) en la que oponen sus respectivas excepciones; los litigantes formularon la respectiva prueba para su defensa (fs. 21-23 y 142-143, respectivamente). Luego se realizó la audiencia definitiva (fs, 332-333 y siguientes), a la que concurrieron: el actor con su respectivo abogado patrocinador y el Ab. Jaime Arias Coronel, en calidad de procurador judicial de la parte demandada.- Encontrándose la causa en estado de resolver, al hacerlo se considera: PRIME-RO.- De conformidad con lo previsto en el Art. 568 del Código de Trabajo, el suscrito Juez es competente para conocer y resolver la presente causa. SEGUNDO.- A la causa se le ha dado el trámite oral previsto en el Art. 575 del Código de Trabajo y no se advierte omisión de solemnidad substancial que influya en su decisión, por lo que se declara la validez procesal. **TERCERO**.- De acuerdo a lo establecido en el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia laboral, cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presume conforme a la ley. **CUARTO**.- Tratándose de materia laboral, primeramente se debe establecer la existencia del nexo contractual laboral entre las partes procesales. En el presente caso el vínculo laboral habido entre los litigantes, se encuentra admitido en la contestación a la demanda y corroborado con el contrato de trabajo incorporado al proceso (fs. 326-329-333-335repetido), y confesiones judiciales practicada en la audiencia definitiva (fs. 332,343-347); de lo cual, se concluye que el demandante a prestado sus servicios lícitos y personales a favor de la compañía demandada desde 02 de enero del año 2005 hasta el 25 de octubre del año 2009, percibiendo la remuneración que se observa en los respectivos roles de pago que obran en autos. QUINTO.- En relación al despido intempestivo reclamando por el actor corresponde advertir lo siguiente: 1) El despido intempestivo constituye la expresión de voluntad

unilateral en forma violenta por parte del empleador para concluir las relaciones laborales con su trabajador, acaecido en un lugar, fecha y circunstancias determinados que debe ser demostrado en forma fehaciente por quien lo alega. 2) En el presente caso, ante la afirmación del demandante de haber sido despedido intempestivamente del trabajo, la parte demandada a deducido excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, falta de derecho del actor, y demás que en definitiva no admiten las pretensiones de la demanda; con lo cual, la carga de la prueba correspondió al actor, esto es, demostrar en forma fehaciente lo aseverado. 3) El actor en el libelo inicial, en su parte pertinente, dice: "(...) Ante lo dicho, los trabajadores concurrimos ante el señor Inspector del Trabajo de Sucumbíos, a efectos de que se requiera a nuestro empleador, a fin de que se nos cancele conforme manda la ley. Cabe resaltar que previo trámite legal el Dr. Diego Briones, emitió la correspondiente resolución en la que en síntesis se reconoce la existencia del Despido Intempestivo. Sin embargo nuestro empleador, de forma audaz, ha procedido a consignar supuestamente las actas de finiquito y con ello beneficios de ley el Ministerio de Trabajo, en Pichincha, requiriendo a los trabajadores a fin de suscribir de una irregular acta de finiquito. Consecuentemente, con fecha 02 de diciembre del 2009, concurrí ante el Ministerio, a fin de cobrar mi liquidación, mas es mi sorpresa que tras firma la referida acta y retira el cheque, me entero que en las antes dicha acta única y exclusivamente se reconoce beneficios de ley, desconociéndose el Despido Intempestivo del cual fui objeto, CONSTITUYENDOSE TAL DOCUMENTO EN ILEGAL E INJUSTO, por lo que dentro del término legal lo impugno, objeto y rechazo categóricamente, ya que en el no se subsanaron los beneficios que determina la ley, por despido intempestivo y desahucio. En tal virtud existe un evidente ERROR DE CALCULO; consecuentemente se ha violentado mis principios constitucionales y laborales que conforme estatuye la ley son irrenunciables e imprescriptibles. POR LO QUE IMPUGNO EL VALOR LEGAL DE LA ANTES REFERIDA ACTA DE FINIQUITO (...) "Al respecto se aprecia que en el proceso (fs. 33-37) aparece una denuncia realizada ante el Inspector de Trabajo de Sucumbíos, por varias personas entre ellas el hoy demandante, así como la providencia emitida por el Dr. Diego Briones, Inspector de Trabajo de Sucumbíos, en la que dispone que la empresa





ELECTRO ECUATORIANA S.A, representada por el Eco. Werner Speck Andrade en su calidad de presidente ejecutivo y el Eco. Fernando Mosquera en su calidad de Superintendente, en el término de cuarenta y ocho horas depositen los valores por concepto de liquidación e indemnización que corresponde a trabajadores reclamantes. 4) Revisados los autos, no consta que el actor hubiera justificado conforme a Derecho el despido del que dice fue objeto, no existe constancia escrita de la voluntad del empleador de dar por terminado unilateralmente el respectivo contrato individual de trabajo que a la vez hubiera servido de antecedente para que intervenga el mencionado Inspector del Trabajo, según lo previstos en el Art.188 (incisos penúltimo y ultimo) del Código del Trabajo; siendo menester señalar que la facultar de determinar el despido intempestivo esta atribuida al Juez del Trabajo, quien luego de examinar la prueba presentada llega a la conclusión de la existencia o no de aquello, al momento de dictar sentencia, siempre observando lo previsto en el Art.117 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley hace fe en juicio"; por lo tanto, se concluye que el actor no ha probado e despido intempestivo alegado; consecuentemente se niegan las pretensiones de los literales "d" y "e" del libelo. Siendo necesario señalar que en autos no consta agregado el finiquito el actor

dice que impugna, por lo que no es posible referirse al error de cálculo alegado. SEXTO.- Se niegan las pretensiones de los literales "a", "b" y "f" del libelo, por cuanto el demandante no ha portado prueba que conlleven a determinar que se encuentren adeudándole los rubros que reclama, y en razón de que según lo dicho al responder las preguntas 1, 17, 19, y 23 de la confesión judicial rendida a petición de la parte demandada (fs. 344 y 347), el actor refiere haber sido trabajador de la compañía Electro Ecuatoriana S.A.C.I., y cobrado los haberes relacionados horas suplementarias y extraordinarias, y según los documentos que obran en el proceso (fs. 277 - 290) se encuentran pagadas las utilidades de los ejercicios económicos 2006, 2007 y 2008. SÉP-**TIMO**.- Lo reclamado en las pretensiones "f" y "g" de la demanda, no tienen lugar al no haberse dispuesto el pago de ninguno de los rubros reclamados. Por estas consideraciones, habiéndose apreciado y valorado la prueba actuada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**, acogiéndose las excepciones deducidas por parte demandada, se desecha la demanda. Sin costas, ni honorarios que regular. Noti-

f) Dr. Edgar Flores Gonza, Juez.

### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio nro. 260-2012.N.T.

Jueza ponente. Dra. María Cristina Narváez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, miércoles 18 de abril del 2012. Las 09h42 VISTOS: En el juicio de trabajo mediante el procedimiento oral que sigue ANGEL ALBERTO VELEZ MORAN, en contra de los Economistas Werner Speck Andrade y Fernando Mosquera por sus propios y personales derechos y por los que representan en calidades de Presidente Ejecutivo y Superintendente de la compañía ELECTRO ECUATORIANA S.A. COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A.C.I., El Juez Adjunto Tercero del Trabajo de Pichincha, dicta sentencia desechando la demanda de la interpone recurso de apelación el actor, al

que se adhiere la empresa demandada. Radicada la competencia en la sala por el sorteo de Ley, para resolverse considera: **PRIMERO.**- El accionante en su demanda expresa que el 12 de enero del 2005 ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales en calidad de Electricista General, en la Companía Electro Ecuatoriana S.A. Comercial e Industrial S.A.C.I., Percibiendo como último salario USD. 704.13, desempeñando su actividad en un horario de 06h30 a 11h30 y de 12h30 a 17h30, de lunes a domingo, en las instalaciones de Petroproducción, ubicada en el campo Víctor Hugo Rúales, sector Cantagallo. Que el día domingo 25 de octubre del 2009, siendo aproximadamente las 17h00 mediante una llamada telefónica se procedió a requerir a



los trabajadores q entreguen las herramientas y vehículos de trabajo, y retornen al campamento base Lago Agrio, a efectos de entregar todo, en virtud de que desde ese momento la compañía dejaba de prestar servicios con Petroproducción y por tanto dejaban de trabajar para Electro S.A.C.I., manifiesta que fue reiterado personalmente por el Eco. Fernando Mosquera, quien fungía como superintendente de la compañía. Que ante lo señalado, los trabajadores, concurrieron ante el Inspector de Trabajo de Sucumbíos, a efectos de que requiera a su empleador, a fin de que se les cancele conforme manda la Ley, señala además que previo trámite legal el Dr. Diego Briones, emitió la correspondiente resolución en la que en síntesis reconoce la existencia del despido intempestivo. Que su empleador ha procedido a consignar supuestamente las actas de finiquito y con ello los beneficios de ley ante el Ministerio de Trabajo de Pichincha, requiriendo a los trabajadores a fin de suscribir una irregular acta de finiquito, por lo que concurrió ante el Ministerio el 02 de Diciembre del 2009 a fin de cobrar su liquidación, mas es su sorpresa que tras firmar la referida acta y retirar el cheque se entera que en la misma solo se reconoce beneficios de ley, desconociéndose el despido intempestivo del cual fue objeto, constituyéndose tal documento en ilegal e injusto por lo que lo impugna. Que con los antecedentes que señala y los fundamentos de derecho expuestos, en juicio de trabajo mediante el procedimiento oral, demanda a los Economistas Werner Speack Andrade y Fernando Mosquera por sus propios y personales derechos y por los que representan en sus calidades de Presidente Ejecutivo y Superintendente de ELECTRO ECUATA-RIANA S.A. COMERCIAL E INDUSTRIAL, S.A.C.I., el pago de sus indemnizaciones laborales que por ley corresponden durante 4 años, 9 meses y 15 días de trabajo y más rubros que reclama, que la cuantía la fija en 9.500 USD.- Admitida a sig (...). Electro Ecuatoriana S.A.C.I., es una empresa especializada en prestar servicio de mantenimiento industrial preferentemente en compañías del aérea petrolera, para cuyo efecto y en cada caso requiere contratar el personal de trabajadores y empleados necesarios para cada proyecto, dejando constancia que la empresa ha suscrito un contrato con PE-TROPRODUCCIÓN, (Orden de trabajo), para la provisión de servicio de mantenimiento eléctrico en el Distrito Amazónico, y consecuencia de aquello. Electro Ecuatoriana ha justificado que terminado el servicio con PETROPRODUCCIÓN

terminaba también el contrato suscrito con el ex trabajador, hecho que se corrobora con la confesión judicial rendida por el actor, quien al contestar la pregunta 8 del pliego de absoluciones para él formulado: "Diga el confesante ¿Cómo es verdad que usted fue contratado por otro contratistas de PE-TROPRODUCCIÓN inmediatamente después de que dejara de prestar sus servicios para Electro Ecuatoriana S.A.C.I.?", responde," No fui recontratado, fue posterior después de 10 días me llamo otra compañía", a la pregunta 9: "Diga el confesante ¿cómo es verdad que usted fue recontratado por la compañía ARMAGENSA S.A., inmediatamente después de que dejara de prestar sus servicios para Electro Ecuatoriana S.A.C.I.,?", responde "Si el contrato me lo dio esa compañía": b) El actor en la parte pertinente de su demanda, en forma expresa dice: Ante los dicho los trabajadores concurrimos ante el señor Inspector del Trabajo de Sucumbíos, a efectos de que se requiera a nuestro empleador, a fin de que se nos cancele conforme manda la Ley. Cabe resaltar que previo trámite legal el Dr. Diego Briones emitió la correspondiente resolución en la que en síntesis se reconoce la existencia del Despido Intempestivo. - Sin embargo nuestro empleador, de forma audaz, a procedido a consignar supuestamente las actas de finiquito y con ello beneficios de ley ante el Ministerio de Trabajo en Pichicha, requiriendo a los trabajadores a fin de suscribir de una irregular acta de finiquito. CONSTITUYENDO-SE TAL DOCUMENTO EN ILEGAL E INJUS-TO, ya que en él no se subsanaron los beneficios que determina la ley, por despido intempestivo y desahucio. En tal virtud existe un evidente ERROR DE CALCULO; consecuentemente se ha violentado mis principios constitucionales y laborales que conforme constituye la ley son irrenunciables e imprescriptibles. POR LO QUE IMPUGNO EL VALOR LEGAL DE LA ANTES REFERIDA ACTA DE FINIQUITO; b) A fojas 29 y vuelta del cuaderno de primera instancia, aparece una denuncia realiza al Inspector Trabajo de Sucumbíos, entre otros por el hoy actor del juicio, autoridad administrativa, que en providencia de 12 de noviembre del 2009, dispone que la Empresa ELECTRO ECUA-TORIANA S.A., representada por el Eco. Werner Seack Andrade en su calidad Presidente Ejecutivo y el Eco. Fernando Mosquera en su calidad de Superintendente, en el término de cuarenta y ocho horas deposite los valores por concepto de liquidación e indemnización que corresponde a trabajadores reclamantes.- Al respecto, no consta del proceso que





el actor hubiera justificado conforme a derecho el despido del que dice fue objeto, primero porque solo la prueba debidamente actuada hace fe en juicio, y segundo aunque la documentación hubiera sido presentada conforme a derecho, no es competencia de la autoridad administrativa determinar la existencia del despido intempestivo, pues, en el caso materia de análisis no existe constancia escrita de la voluntad del empleador de dar por terminado unilateralmente el contrato individual de trabajo,

toda vez que, dicha facultad esta atribuida al juez de trabajo, quien luego de examinar la prueba presentada sig. (...). CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestimándose el recurso de apelación interpuesto por el accionante al que se ha adherido la parte demandada, se confirma la sentencia recurrida, que desecha la demanda por falta de derecho del actor.- Sin costas ni honorarios que regular en la instancia.- **Notifiquese.** 

f) Dr. José Luis Viteri Lastra.

### CASACIÓN

Juicio nro. 830-2012

Ángel Velez vs Electroecuatoriana

Juez ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO LABORAL.** Quito, 17 de marzo de 2014; las 11h10.

VISTOS.- En virtud del sorteo realizado, avoca conocimiento de la presente causa, este Tribunal integrado legalmente por los doctores Merck Benavides Benalcázar, juez Ponente, Gladys Terán Sierra y Wilson Merino Sánchez, jueza y jueces del Tribunal especializado de lo Laboral de la Corte Nacional de justicia.

PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Sala de lo Laboral tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación, por la Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 004 de 26 de enero de 2012; y, Art. 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, y por disposición de los Arts. 184.1, 76.7.k) de la Constitución de la República; Arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función judicial; 1de la Ley de Casación; y 613 del Código del Trabajo.

SEGUNDA: ANTECEDENTES.- Comparece Ángel Alberto Vélez Morán, demandando a la Compañía Electro Ecuatoriana S.A. Comercial e Industrial S.A.C.I., manifestando que el 12 de enero de 2005, ingresó a prestar sus servicios en calidad de electricista general, percibiendo como última remuneración el valor de US\$ 704,13, que sus labores las desempeñaba de lunes a domingo en jornadas de 06h30 a 11h30 y de 12h30 a 17h30; más el día domingo 25 de octubre de 2009, fue despedido intempestivamente por lo que reclama el pago del despido intempestivo y otros rubros contenidos en

8 literales. Sustanciada la causa, el juez a quo pronuncia sentencia declarando sin lugar la demanda, la que es apelada por el actor, con la adhesión de la empresa demandada; el tribunal de alzada resuelve en merito, desestimando el recurso de apelación, confirmando la sentencia subida en grado. A este efecto interpone recurso de casación, admitido a trámite por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de justicia, mediante auto de 21 de enero de 2013, a las 11h50.

TERCERO: ENUNCIACIÓN DE CAUSAL Y NORMAS INFRINGIDAS.- El casacionista considera que en la sentencia impugnada, se han infringido las siguientes normas: Art. 326 numerales 2, 3 y 11 de la Constitución de la República; Arts. 185, 188 y 595 del Código del Trabajo; Arts. 9 y 10 del Código Civil; Art. 176 del Código de Procedimiento Civil; y fallos de triple reiteración, emitidos por la Corte Suprema de justicia. Funda su recurso de casación en la causal Tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

### CUARTO: ARGUMENTACIÓN DEL RECUR-SO Y ANÁLISIS DE LAS IMPUGNACIONES

**4.1.-** Del recurso de casación.- La casación es un recurso de carácter extraordinario, limitado y formalista. Procede contra las sentencias ejecutoriadas de mérito que contengan vicios de fondo o forma, posibilitando la reparación jurídica y material de la insatisfacción ocasionada al agraviado; pues, lo que el recurso de casación busca es la correcta aplicación de la ley, la protección del sistema legal existente y la unificación de la jurisprudencia. **4.2.- Cargo invocado por el recurrente.-** El actor Ángel Alberto Vélez Morán, fundamenta su recurso apoyado en la



causal tercera, del Art. 3 de la Ley de Casación, causal en la cual la operación mental que deben realizar los juzgadores para la apreciación o valoración de los medios probatorios, es potestad exclusiva de los jueces de mérito, el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración, sino únicamente, para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no, las normas de derecho que debían ser observadas y si como consecuencia de esta violación se ha dado indirectamente la equivocada aplicación, o la no aplicación de normas sustantivas en la sentencia. Esta causal, corrige el error típico in iudicando, que puede ocurrir al momento de expedir el fallo, pues, es durante esa actividad interna del juez de mérito que puede inobservar las normas que lo obligan a decidir los hechos que están probados, y los que no lo están y de esa desatención derivan la errónea aplicación de normas jurídicas sustanciales. 4.2.1.- En el sub judice, la pretensión del casacionista se remite principalmente a demostrar que el Tribunal ad quem no aplicó las normas de valoración de la prueba, para que se disponga el pago del despido intempestivo, y a este efecto acusa: A.- Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; manifiesta, que el tribunal ad quem no ha considerado las pruebas presentadas, como son el contrato de trabajo y el acta de finiquito impugnada, faltando a los principios constitucionales preceptuados en el Art. 326 numerales 2, 3 y 11. <u>"De</u> autos consta y se evidencia las Declaratorias de Confesos de los Demandados en las Confesiones judiciales pedidas por la parte Actora; De autos consta. El Proceso Judicial (Denuncia y Resolución ante la Inspectoría de Trabajo de Sucumbíos que demuestra el Despido Intempestivo de 53 trabajadores de Electro Ecuatoriana S.A., en los que se incluye el actor compareciente); De los autos, consta la comparecencia del Ec. Fernando Mosquera Robayo, que AUTORIZA y ratifica la Defensa del Ab. Flavio Pesantes, a nombre de Electro Ecuatoriana S.A.C.I., en la causa Boleta No. 1051, trámite No. 1342-09; De los autos, consta la resolución dictada por el señor Inspector del Trabajo de Sucumbíos, que evidencia el Despido Intempestivo; <u>y, De</u> <u>los autos se evidencia las Contestaciones de la Inspecto-</u> ría del Trabajo de Sucumbíos y Pichincha, en las que se señala que NO CONSTA ACTA DE FINIQUI-TO, DENUNCIA DE DESAHUCIO, solicitada por Electro Ecuatoriana S.A. en contra del compareciente, con lo que se <u>demuestra la ruptura unilateral de la</u> <u>Relación Laboral por parte de mi empleadora</u> es decir Despido Intempestivo del cual fui objeto

conjuntamente con otros 52 trabajadores. Por tanto los señores jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, insisto no han tomado en consideración que LOS FALLOS DE TRIPLE REITERACION, CONSTITUYEN PRECEDENTE JURISPRU-DENCIAL OBLIGATORIO Y VINCULANTE PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES." Alega además que de autos obra el contrato eventual de trabajo, indicando que éste no podía prolongarse por 60 meses o 5 años y son aquellos que se realizan para satisfacer necesidades circunstanciales del empleador y que no podrán durar más de 180 días dentro del periodo de un año. B.- Falta de aplicación del Art. 326 numerales 2,3 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador: pues, los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles, que será nula toda estipulación en contrario; en caso de duda sobre el alcance de disposiciones legales, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores y sobre la transacción en materia laboral que será válida siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad competente, sin ser considerados estos preceptos, pues en la especie consta el documento impugnado de acta de finiquito, por no mantener los elementos de validez como son: 1. No se realizó ante el inspector de trabajo, 2. No ha sido pormenorizado, 3. No existen elementos esenciales como la fecha de inicio de la relación laboral, no existe la pormenorización en el cálculo de los haberes, que invalida el documento conforme el Art. 595 del Código del Trabajo, se dice que existe acuerdo voluntario, pues el trámite ante el Inspector de Trabajo demuestra lo contrario. C.- Falta de aplicación de los Arts. 185, 188 y 595 del Código del Trabajo, en razón de que se ha transgredido lo preceptuado, al no considerar las pruebas señaladas en los literales anteriores, perjudicando sus derechos, tanto en la liquidación como en la indemnización de despido intempestivo y bonificación por desahucio que por ley le corresponde; sobre la impugnación del acta de finiquito, se lo ha hecho, toda vez que dicha acta sería nula de ningún valor por no ser firmada por las partes ante la autoridad del trabajo o juez competente, se omiten requisitos esenciales de fondo y forma, se ha omitido en ella valores y derechos en perjuicio del trabajador, convirtiéndose dicho documento en un comprobante de referencia para el pago parcial de las obligaciones del empleador; D.- Falta de aplicación de los Arts. 9 y 10 del Código Civil.- Pues los actos que prohíbe



la ley son nulos y en ningún caso el juez puede declarar válido un acto que la ley declara sea nulo, pasando por alto el impugnado finiquito que no tiene fuerza de documento jurídico pleno; así mismo se ha transgredido lo preceptuado en el Art. 176 del Código de Procedimiento Civil que manifiesta "Es indivisible la fuerza probatoria de un instrumento, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra", se está dividiendo la fuerza probatoria del instrumento público. 4.2.2. Ahora bien, el Tribunal de alzada, en el considerando quinto de la sentencia impugnada, indica, "Alegado el despido intempestivo por el accionante, y considerando que tal hecho constituye la voluntad unilateral y en forma violenta por parte del empleador para concluir las relaciones laborales con su trabajador, que se produce en un lugar y fecha determinados en el que intervienen determinadas personas y debe ser demostrado en forma fehaciente por quien lo alega; y, en vista de la excepción de la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; correspondió la carga de la prueba al actor, esto es demostrar en forma fehaciente lo que asevera; por lo que la Sala hace el siguiente análisis: a) Del contrato de trabajo suscrito el 12 de enero del 2005, entre el Presidente Ejecutivo de la compañía Electro Ecuatoriana S.A.C.I., Eco. Werner Speck Andrade y el actor del juicio señor Ángel Alberto Vélez Morán, se deja constancia que Electro Ecuatoriana S.A.C.I. es una Empresa especializada en prestar servicios de mantenimiento industrial preferentemente en compañías del área petrolera, para cuyo efecto y en cada caso requiere contratar el personal de trabajadores y empleados necesarios para cada proyecto, dejando constancia que la empresa ha suscrito un contrato con PE-TROPRODUCCIÓN, (Orden de trabajo), para la provisión de servicio de mantenimiento eléctrico en el Distrito Amazónico; y consecuencia de aquello, Electro Ecuatoriana ha justificado que terminado el servicio con PETROPRODUCCIÓN terminaba también el contrato suscrito con el ex trabajador, hecho que se corrobora con la confesión judicial rendida por el actor, quien al contestar la pregunta 8 del pliego de absoluciones para él formulado: "Diga el confesante ¿cómo es verdad que usted fue contratado por otro contratista de PETROPRODUCCIÓN inmediatamente después de que dejara de prestar sus servicios para Electro Ecuatoriana S.A.C.I."?, responde: No fui recontratado, fue posterior después de 10 días me llamó otra compañía". **4.2.3.**- De lo transcrito en líneas precedentes, manifestado por el Tribunal de mérito, se concluye que efectivamente se han cometido los yerros alegados por el recurrente, cuando en su impugnación afirma

"De los autos, consta el contrato eventual de trabajo: (...) Un contrato eventual no puede prorrogarse o subsistir por 60 meses o 5 AÑOS, como en el caso que nos ocupa, (...) Art. 17. Contratos eventuales, ocasionales, de temporada. - Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones..." situación que ha escapado del análisis del tribunal de alzada, pues la estabilidad mínima que prevé la Ley laboral es de un año, con las excepciones puntuales, como el caso del contrato eventual, que no otorga estabilidad, y solo puede darse en los casos para los cuales el legislador los ha especificado, concluido el plazo para el cual se celebró dicho contrato debió concluir la relación laboral o de ser necesario ampliarse el plazo hasta por 180 días dentro del período de trescientos sesenta y cinco días, conforme lo prescribe la norma; más en el presente caso, habiéndose prolongado el tiempo para el cual se lo contrató, esto es por cuatro años, se entiende que el mismo se convirtió en un contrato indefinido, otorgándole estabilidad al trabajador, es así que, la terminación del contrato civil entre la empresa beneficiaria del servicio y la contratista Electro Ecuatoriana S.A.C.I., es independiente a la relación laboral entre Electro Ecuatoriana y el señor Ángel Alberto Vélez Morán, por lo tanto el aviso de terminación del contrato entre la contratista y la usuaria como se aduce, originó la ruptura de la relación laboral, corroborando la voluntad unilateral del empleador de darla por terminada. Pretender otorgarle al contrato de trabajo en mención, el carácter de contrato de obra es errado, por lo que este Tribunal de casación precisa recordar que, esta clase de contratos también tienen sus particularidades, que no concuerdan con el suscrito entre las partes. De otro lado, el argumento de que la contratación posterior de una empresa diferente, al señor Ángel Alberto Vélez Morán, luego de haberse provocado el despido, desvirtúa la obligación de cumplir con la indemnización que por aquello le corresponde, no es válida, pues no ha sido asumido directamente por la usuaria, para intentar confundirlo con una figura diferente y deslindarse de la responsabilidad por la ruptura ocurrida. En razón del análisis, el cargo alegado por el recurrente encuentra sustento, al no haberse aplicado la indemnización prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo y consecuentemente la bonificación del Art. 185 ibídem. Para efectos del cálculo se tiene como tiempo laborado desde el 12 de enero de 2005, hasta el 25 de octubre de 2009 (4 años, 9 meses y 13 días) y



para establecer la remuneración, lo previsto en el Art. 95 del Código de la materia, esto es: (SUEL-DO BAS + B.UB.GEO 360,00; HORAS EXTRAS 50SHU 44,99 Y HORAS EXTRAS 100 SHU 28,98 = US\$ 433,97) 433,97 X 5= 2.169,85 + 433,97 = US\$ 2.603,82, valor que debe pagar la empresa Electro Ecuatoriana S.A.C.I. a favor del señor Ángel Alberto Vélez Morán.- QUINTO: RE-SOLUCIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación, ADMINISTRANDO

JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de justicia de Pichincha.- Notifiquese y devuélvase.

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar; Dra. Gladys Terán Sierra y Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales.

### VII

### Juicio nro. 42-2013

Jucio laboral propuesto por Vicente Ponce Rodríguez en contra de las compañía Sálicas del Ecuador y Guayatuna S.A.

### SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral que por reclamaciones laborales sigue Vicente Ponce en contra de las compañías Sálicas del Ecuador y Guayatuna S.A. mediante contrato de trabajo a destajo, el juzgador declara parcialmente con lugar la demanda y ordena que la empresa demandada pague al actor los valores por concepto de despido intempestivo, desahucio, horas suplementarias o extraordinarias y los intereses respectivos, pues de las constancias procesales se llega a la conclusión que la relación laboral terminó de forma unilateral por parte del empleador en razón de su inasistencia a las audiencias respectivas, a consecuencia de lo cual se acusa su rebeldía y se lo declara confeso. El tribunal de alzada resuelve en mérito al proceso reformar la sentencia subida en grado y condena al demandado a pagar al actor la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por desahucio, pero excluye el pago de horas suplementarias y extraordinarias por considerar que estos valores estaban incluidos en la prima que se canceló por tonelada de pescado capturada conforme lo señala el contrato de trabajo incorporado al proceso. En la Corte Nacional de Justicia se acepta el recurso de casación interpuesto por el actor fundamentado en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, casa la sentencia del tribunal de segunda instancia, por considerar que dicho tribunal valora de forma arbitraria la prueba documental presentada por la parte demandada en la audiencia definitiva y que no fue anunciada en la audiencia preliminar del modo que dispone el artículo 577 del Código del Trabajo, lo cual vulnera los derechos y garantías previstos en los artículos 75, 169 y 172 de la Constitución, 117 del Código de Procedimiento Civil 581 del Código del Trabajo; y, en su lugar, dicta la resolución de mérito que revoca el fallo de primer nivel y acepta parcialmente con lugar la demanda y dispone que la parte accionada pague al actor lo siguiente: los décimo tercero y cuarto sueldos y vacaciones, por todo el tiempo de la relación laboral, teniendo en cuenta las constancias de pago adjuntadas por el actor, las indemnizaciones por concepto de despido intempestivo y desahucio constantes en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, que quedan demostradas con la confesión ficta del demandado. No procede el pago de horas por trabajos suplementarios y extraordinarios del modo en que reclama el actor, pues no se aporta evidencia sobre el número de unidades de obras ejecutadas





(toneladas métricas de pescado de atún) durante las horas excedentes de trabajado a destajo, que permitan efectuar el cálculo de aumento a la remuneración conforme con los artículos 55, numeral 3 y 16 y 53 del Código del Trabajo.

### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO CUARTO DE TRABAJO DEL GUAYAS. Guayaquil, miércoles 14 de diciembre del 2011, las 08h59.

**VISTOS**: De fojas 1 al 7 comparece VICENTE PONCE RODRÍGUEZ, comparece y dice: ingresé a las compañías SÁLICAS DEL ECUA-DOR, y GUAYATUNA S.A. representadas por Fernando Velasteguí, desde octubre 22 del año 2009, a bordo del barco GUATAUNA 2, siendo mi labor las de panguero. Trabajé bajo la modalidad a destajo, me pagaban a (\$2,75), DOS DÓ-LARES CON CERO (sic) 75 CENTAVOS DE DÓLAR la tonelada métrica del pescado de atún, en el mes con algunos recargos alcanzaba a ganar un promedio de \$ 1.800. El promedio de pesca mensual era de 700 toneladas. Mi horario de trabajo fue 05 horas hasta las 20h00 de cada día, de lunes a domingo, los viajes duraban dos meses aproximadamente. Mi ex patrono se limitó a pagarme el sueldo, pero los beneficios sociales, ni horas laboradas más haya (sic) de la jornada legal, sábados, domingos y feriados, décimos tercero y cuarto sueldos, vacaciones, "nunca me los pagaron como manda la ley". Durante la permanencia en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR Y GUAYATUNA S.A., laboré siempre bajo el mismo patrono. Las oficinas principales de las companías están en la ciudad de Posorja. Sucede señor Juez, que en el último viaje que fue en septiembre del año 2010, el capitán de pesca, que solo se lo conoce como JUAN CARLOS, por una supuesta mala maniobra en el barco de otro compañero de labores, lanzó un insulto a todos diciendo, "ustedes no sirven para nada mejor quédense en su casa". Llegamos a tierra, hubo el desembarco y el 30 de octubre del año 2010, a las 08 horas en que me disponía a ingresar a las instalaciones de la compañía SÁLICAS DEL ECUADOR, ubicada en la ciudad de Posorja, el señor FERNANDO VELASTEGUÍ, me indicó que ya no necesitaba de mis servicios, habiéndome visto obligado a retirarme de las indicadas compañías. Es de señalar señor Juez, que SÁLICAS DEL ECUADOR Y GUAYATUNA DOS, SON UN MISMO

PATRONO. Con los antecedentes expuestos demanda a Fernando Velasteguí, por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR Y GUAYATUNA S.A., para que en sentencia se los condene al pago de los rubros que detalla en su demanda; a fs. 6 consta el boletín de sorteo con lo que se prueba la competencia al Juzgado Cuarto de Trabajo. A fs. 9 se calificó la demanda de clara y precisa y se la admitió a trámite en juicio oral conforme lo determinado en el artículo 575 del Código de Trabajo. De fs. 19 y 20, constan las razones de citaciones hechas al demandado. A fs. 12 y 17 consta la comparecencia a juicio del demandado FERNANDO VELASTEGUÍ CABEZAS, por sus propios derechos y por los de que representa de la COMPA-NÍA GUAYATUNA S.A. A fs. 20, se convocó a las partes a audiencia preliminar y de contestación a la demanda, la misma que se llevó a cabo, conforme obra en fs. 74, en donde no compareció el accionado, por lo que su contestación a la demandada se la tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103, del Código de Procedimiento Civil; de fs. 75 y 76, consta la transcripción de la audiencia definitiva, en donde se practicaron las pruebas solicitadas por el actor, encontrándose en proceso el estado de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO**. Se ha tramitado el proceso, conforme lo determina el artículo 575 del Código de Trabajo. No hay nulidad procesal que declarar. SEGUNDO. La relación laboral no es materia de litigio, pues se encuentra probada y aceptada por el accionado en el juicio, con los documentos incorporados de fs. 44 a 67 de autos. TERCERO. En lo que respecta al despido intempestivo hay lo siguiente: a fojas 44 del proceso consta un contrato de trabajo celebrado entre actor - demandado, contrato que tiene un tiempo de duración por 6 meses. Cumplido el mismo se celebra acta de finiquito el 30 de marzo del año 2010, en la que reza que la han cancelado los valores al trabajador correspondiente a la fecha. (fs. 46 a 47), pero de los recaudos aportados



por las partes la relación del trabajador no terminó ahí, sin embargo no aparece contrato alguno posterior a esa fecha, apareciendo una nueva acta de finiquito (fs. 65-67), sin la firma el trabajador, con lo que se ratifica que la relación laboral del trabajador con la parte demandada continuo desde el primero de abril al 31 de octubre del año 2010, sin que exista constancia procesal de la terminación de la relación laboral por uno de los motivos determinados en el art. 169 del Código de Trabajo, por lo que se llega a la conclusión que en efecto existió la terminación de la relación laboral en forma unilateral por parte del empleador, tomándose en cuenta además que la parte demandada no acudió a la audiencia preliminar, por tanto no formuló prueba alguna respecto a lo demandado. Así mismo no acudió a la convocatoria de confesión judicial tal como se lo ordenó, ante este hecho este juzgador lo declaró confeso conforme al pliego de preguntas, conforme al inciso final del artículo 581 del Código de Trabajo, en consecuencia de ello se dispone el pago del despido intempestivo y del desahucio como manda el artículo 185 y 188 del Código de Trabajo. CUARTO. En cuanto al pago de horas suplementarias y extraordinarias (sábados y domingos), a más de la confesión ficta sobre estos rubros se debe tomar en cuenta que la actividad pesquera tiene como particularidad que una vez que zarpa el barco y hasta que regrese esta actividad no se interrumpe, pues la misión es completar la capacidad del barco, sumado a ello que en ninguno de los roles presentados, incluso a destiempo, no consta valor alguno que por tal concepto haya cobrado el trabajador, a más de ello abona a este hecho lo manifestado por la parte demandada en la audiencia definitiva cuando dice "que debido a la zona franca y porque el trabajador cumplía funciones de confianza no tiene derecho a las jornadas más allá de lo legal". En efecto a fojas 44 está el contrato de trabajo, en cuya causal tercera determina que el trabajador no tiene derecho a jornadas laboradas fuera de la legal, por cumplir éste funciones de confianza, pero el artículo 58 del Código de la materia es muy específico cuando trata respecto a labores de confianza, no siendo ese el caso del actor de este juicio, por lo que ordeno el pago de dicho rubro. QUINTO.

Sin lugar el reclamo de los décimos tercero, cuarto sueldos, y vacaciones, por cuanto, estos aparecen haber sido cancelados, según reza de los roles de pago obrantes de fs. 24 a 32 de autos. **SEXTO**. Para efectos del pago del despido y tiempo de servicios téngase en cuenta el juramento deferido del actor. Por lo expuesto es suscrito Juez PROVIN-CIAL DE PROCEDIMIENTO ORAL DEL TRABAJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA declara parcialmente con lugar la demanda y ordena que el demandado Fernando Velasteguí, por sus propios derechos y por los que represente de las compañías SALICAS DEL ECUADOR, y GUAYATUNA S.A., pague al actor de este juicio los siguientes valores. Despido intempestivo, \$ 5.400 desahucio, \$ 1.350. Horas suplementarias octubre 22 año 2009 a octubre 30 año 2010; para esto se liquida de la siguiente forma, \$ 1.800 mensual, dividido para 30 días = a \$ 45 diario, dividido para 8 horas diarias, nos da el valor de \$ 7,50 la hora hombre. Por trabajos en horas suplementarias; de 05h00 a 08h00 horas y de 17h00 a 20h00, 6 horas x 7,50 = \$ 45,00, más el recargo del 25% = \$ 11,25; SUMAN \$ 56,25 multiplicado por 261 días laborados de lunes a viernes = \$ 14.681,25. Por trabajos en horas suplementarias de días sábados y domingos; de 05h00 a 08h00 y de 17h00 a 20h00, 6 horas x 7.50 = \$45.00 más el recargo del 100% = \$45.00; SUMAN \$ 90 multiplicado por 52 días sábados y 52 días domingos laborados = 108 días = 9.360,00; sumados todos estos valores suman la cantidad de \$ 30.791,25 (TREINTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN DÓLARES CON VEINTI-CINCO CENTAVOS DE DÓLAR). Sin costas, pero con honorarios que se regulan a favor del abogado defensor del actor en el 10% de lo mandado a pagar, de los que se deberán descontar el 5 (sic) el Colegio de Abogados del Guayas. Con intereses en los rubros que lo generan (sic) se liquidaran una vez ejecutoriada esta sentencia. Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. **Notifíquese**.

f) Ab. Augusto Posligua Galarza, Jueza.





### APELACIÓN

Juicio nro. 160-12-3

Juez ponente: Dr. Guillermo Timm Freire

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, mayo 14 del 2012; las 10h10.

VISTOS: Ha venido en grado ésta causa en virtud del recurso de apelación interpuesto por la abogada MARÍA DEL CARMEN RUGEL AR-**MENDÁRIZ**, por los derechos que presenta de las compañías SÁLICA DEL ECUADOR Y GUAYA-TUNA S.A., en su calidad de Procuradora Judicial, y de la adhesión del actor VICENTE PON-CE RODRÍGUEZ, de la sentencia emitida por el Juez Cuarto Adjunto del Trabajo del Guayas Ab. Augusto Posligua Galarza, que declara parcialmente con lugar la demanda. Radicada la competencia de la Sala mediante sorteo electrónico y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO. No hay omisión de solemnidad sustancial, ni violación en el trámite que declarar; SEGUNDO. Cada parte estaba en la obligación de probar los hechos alegados; TER-CERO. Vicente Ponce Rodríguez, manifiesta que ingresó a laborar a las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA S.A., desde octubre 22 del año 2009 a bordo del barco GUAYATUNA 2, siendo su labor las de panguero, trabajó bajo la modalidad a destajo, le pagaban a (\$2,75) la tonelada métrica del pescado de atún, en el mes con algunos recargos alcanzaba a ganar un promedio de \$1.800. Que el promedio de pesca mensual era de \$700 toneladas (sic). Que su horario de trabajo fue 05 horas hasta las 20h00 de cada día, de lunes a domingo, los viajes duraban dos meses aproximadamente. Que su ex patrono se limitó pagarle el sueldo, pero los beneficios sociales, ni horas laboradas más allá de la jornada legal, sábados, domingos y feriados, décimos tercero y cuarto sueldo, vacaciones, nunca se los pagaron como manda la ley. Que durante su permanencia en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR Y GUAYATUNA S.A., laboró siempre bajo el mismo patrono. Que en el último viaje que fue en septiembre del 2010, el capitán de pesca, que solo se lo conoce como JUAN CARLOS, por una supuesta mala maniobra en el barco de otro compañero de labores, lanzó un insulto a todos diciendo "ustedes no sirven para nada mejor quédense en su casa". Llegaron a tierra,

hubo el desembarco y el 30 de octubre del 2010 a las 08h00 en que se disponía a ingresar a las instalaciones de la compañía SÁLICAS DEL ECUA-DOR, el señor Fernando Velasteguí, le indicó que ya no necesitaba de sus servicios, habiéndose visto obligado a retirarse de las indicadas compañías, es de señalar que SÁLICAS DEL ECUADOR Y GUAYATUNA S.A., son un mismo patrono. Con los antecedentes expuestos acude a demandar al señor FERNANDO VELASTEGUÍ, por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR Y **GUAYATUNA S.A.** quien ejerce funciones de dirección y administración de éstas compañías, en forma solidaria, para que sea condenado al pago de los rubros que detalla en su acción. Calificada y admitida a trámite la acción, se dispuso citar al demandado, diligencia que ha sido cumplida según consta de fs. 19 del proceso, compareciendo la abogada María del Carmen Rugel Armendáriz por los derechos que representa de la compañía GUA-YATUNA S.A., en su calidad de Procuradora Judicial, señalando casillero judicial para sus futuras notificaciones y designando defensor. Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación ésta se llevó a cabo dentro del día y hora señalada para el efecto, diligencia a la que no concurrió el demandado a pesar de haber sido legalmente citado. El actor a través de su defensor manifiesta que acusa la rebeldía de la parte demandada por su no asistencia a este acto procesal, solicitando confesión judicial, juramento deferido y demás pruebas señalándose para el día 8 de agosto del 2011 a las 09h00 para que se lleve a cabo la audiencia definitiva; CUARTO. La relación laboral se encuentra probada con la documentación constante a fs. 44 a (sic) del proceso, en la que se establece que el actor laboró para la compañía Guayatuna S.A., y no para Sálica del Ecuador, como lo manifiesta en su demanda. QUINTO. Probada plenamente la existencia de la relación laboral, era obligación del demandado probar haber cancelado los beneficios sociales tales como el décimo tercer sueldo, décimo cuarto sueldo, así como las vacaciones y habiendo constancia de haber sido cancelados (fs. 51 a 63) por lo que no se ordena hacerlo. **SEXTO**. No ha lugar al pago de las horas suplementarias



y extraordinarias por cuanto estos valores estaban incluidos en la prima que se cancelaba por tonelada de pescado capturado tal como lo manifiesta el contrato de trabajo constante a fs. 44 y 45 del proceso. **SÉPTIMO**. El despido intempestivo, es el hecho unilateral y arbitrario generado por el empleador sin motivo alguno, y que se produce el determinado tiempo, lugar y espacio. Es decir que quien lo alegue (sic) demostrar con prueba plena que en verdad se ha producido; en el caso que nos ocupa al no asistir el demandado a rendir su confesión judicial se lo declaró confeso al tenor de las preguntas que fueron formuladas de conformidad a lo que establece el art. 581 del Código de Trabajo en su numeral 4°, por lo que es procedente ordenar el pago de las indemnización y bonificaciones establecidas en los arts. 188 y 185 del Código de Trabajo. **OCTAVO**. El tiempo de servicios se estará desde el 22 de octubre del 2009 al 30 de octubre del 2010 y la remuneración percibida se estará a la cantidad de \$ 253,00 dólares, por cuanto el actor en su demanda manifiesta que el último viaje fue en septiembre del 2010, por lo que se establece que en octubre no obtuvo la prima por tonelada de pescado capturado. Por las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, reforma la sentencia venida en grado, condenando a la compañía GUAYATUNA S.A., representada por el señor FERNANDO VELASTEGUÍ para que pague al actor los valores que se determinan en este fallo y que se liquidan como sigue:

# CONSIDERANDO SÉPTIMO: DESPIDO INTEMPESTIVO:

Art. 188 del Código de Trabajo: \$ 253,00 x 3 la cantidad de:

\$ 759,00

Art. 185 del Código de Trabajo: \$ 253,00 x 1 . 8 x 25% la cantidad de:

\$ 113,85

### TOTAL \$ 872,85

SON: OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS DÓLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR (\$ 872,85 Dólares). En el 10% se regulan los honorarios del abogado del actor, debiéndose descontar el 5% para el Colegio de Abogados del Guayas. Públiquese y Notifíquese. f) Dr. Guillermo Timm Freire, Juez; Dr. Edison Vélez Cabrera, Juez; Dr. Rodrígo Saltos Espinoza, Juez.

### CASACIÓN

Juicio nro. 42-2013

Jucio laboral propuesto por Vicente Ponce Rodríguez en contra de las compañías Salicas del Ecuador y Guayatuna S.A.

Juez ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES- PECIALIZADA DE LO LABORAL.** Quito, 17 de junio de 2014.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 14 de mayo de 2010, a las 10h10, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de carácter laboral sigue Vicente Ponce Rodríguez, en contra Fernando Velasteguí, por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA S.A., mediante la cual reforma la sentencia subida en grado, condenando a la compañía GUAYATUNA S.A., representada por el señor Fernando Velasteguí al pago de la suma de OCHOCIENTOS

SETENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (872,85). Inconforme con tal resolución, el actor Vicente Ponce Rodríguez interpone recurso de casación. Para resolver se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y decidir el recurso de casación en razón de que el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución nro. 004-2012, de 25 de enero de 2012, designó como juezas y jueces a quienes en la actualidad conformamos la Corte Nacional de Justicia, cuya posesión se cumplió el 26 de enero del mismo año; y dado que el pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución 03-2013, en sesión de 22 de julio del





mismo año, reformó las Resoluciones nros. 01-2012, 04-2012 y 10-2012 en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia del modo que consta en la indicada Resolución, en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento de la presente causa, al amparo de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación, 613 del Código del Trabajo y el sorteo realizado el 13 de mayo de 2013, a las 15h30, cuya razón corre a fojas 3 del cuaderno de casación. Calificado el recurso interpuesto por el actor Vicente Ponce Rodríguez, por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 22 de abril de 2013 a las 14h35, ha sido admitido a trámite por cumplir con los requisitos formales previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación. SEGUNDO: FUNDA-MENTOS DEL RECURSO: El casacionista aduce que en la sentencia se han infringido los artículos 75, 169, 172, 326 numerales 2 y 3, artículo 328 inciso quinto de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 4, 5, 7, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 326 y 581 del Código del Trabajo. Fundamenta el recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de la Casación. Al referirse a la causal primera, expresa que existe errónea interpretación de las normas de derecho en la sentencia recurrida que han sido determinantes en la parte dispositiva de la misma al reformar la sentencia de primer nivel que declara parcialmente con lugar la demanda, por haber tomado en cuenta una prueba inexistente, esto es, documentos que han sido presentados en la audiencia definitiva por la parte demandada, lo cual está prohibido conforme a la declaratoria de inconstitucionalidad publicada en el Registro Oficial nro. 372, de 27 de enero de 2011. Que la Sala ha interpretado erróneamente los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación al expresar que existe errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia atacada al dar valor subjetivo a las pruebas actuadas sin considerarlas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica como dispone el artículo 115 del Código de

Procedimiento Civil "...como mi juramento deferido, la confesión ficta del demandado, los roles que presente...". TERCERO: ALGUNAS CON-SIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE **CASACION:** Tomando en cuenta algunos criterios valiosos de la doctrina se advierte: Que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: "... el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y uno u otro concepto, quedasen infringidas..." (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Véscovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación expresa: "Luego de una evolución histórica en la que se ha producido alguna alteración en sus finalidades esenciales (Supra Cap. I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p.15). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: La función de la Casación es construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública..." (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p.17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge "...como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistgas como Nomofilaquía, que naturalmente se refiere a

6189



eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial, y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso..." (La Casación, estudio sobre la Ley nro. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p.45). Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que las juezas y jueces debamos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia nro. 66-10-CEP-CC, caso nro. 0944-09-EP, registro Oficial Suplemento nro. 364, de 17 de enero del 2011, p. 53 que, "El establecimiento de la casación en el país además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental , releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación". CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS. Luego de las confrontaciones que corresponde y el análisis de las constancias procesales, caben las siguientes reflexiones: 1. El recurrente al invocar las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de casación, acusa como cargo principal que el Tribunal ad quem ha tomado en cuenta una prueba inexistente relacionada con documentos presentados en la audiencia definitiva por la parte demandada indicando que tal comportamiento procesal está prohibido conforme a la declaratoria de inconstitucionalidad publicada en el Registro Oficial nro. 372, de 27 de enero de 2011, en tanto, el referido Tribunal de alzada ha tomado como sustento de la sentencia recurrida la documentación presentada en la audiencia definitiva. 2. Obra de autos la calificación de la demanda (fs. 9 del cuaderno de primer nivel), en el cual se señala para el día miércoles 4 de mayo de 2011, a las 08h30, a efecto de que se lleve a cabo la audiencia preliminar, de conciliación,

contestación a la demanda y formulación de pruebas, misma que se cumple en el día y hora señalados (fs. 33 del cuaderno de primer nivel). A esta audiencia no comparece la parte demandada, a consecuencia de lo cual el Juez Adjunto del Trabajo del Guayas declara la rebeldía del accionado, por lo que no contesta la demanda ni formula pruebas. En tanto que, el actor solicita se recepte su juramento deferido y la confesión judicial del demandado. En esta audiencia preliminar se dispone que la audiencia definitiva se lleve a efecto el lunes ocho de agosto de 2011, a las 09h00. 3. Consta del proceso el acta de transcripción de la audiencia definitiva (fs. 75-76 del cuaderno de primer nivel), a la que comparece el actor Vicente Ponce Rodríguez, acompañado de su abogado defensor, y, la abogada María Rugel, con procuración judicial otorgada por la compañía SÁLICA DEL ECUADOR. En esta audiencia, la abogada que comparece por la parte demandada expresa: "Gracias señor Juez comparezco a esta diligencia para presentar el correspondiente informe en derecho, a nombre del demandado Fernando Velasteguí Cabezas, por sus propios derechos y por los derechos que representa de la compañía GUAYATUNA S.A. así mismo comparezco a nombre y representación de la compañía SÁLICA DEL ECUADOR S.A., en mi calidad de procurador judicial tal como se demuestra con la copia de mi Procuración Judicial que entrego a usted (...). La abogada María Rugel, en la forma como comparece, a pesar de que está en la audiencia definitiva, propone las excepciones que constan en el acta, en contra de la naturaleza jurídica de esta audiencia, y que, de conformidad con el artículo 576 del Código del Trabajo, correspondía al momento de efectuarse la audiencia preliminar, de no ser posible la conciliación, contestar la demanda en forma escrita sin perjuicio de su exposición oral; la abogada en referencia en forma seguida expresa: "Señor Juez solicito se tome en consideración las pruebas que me voy a permitir agregar a fin de desvirtuar las aseveraciones que realiza el actor. Que se agregue a los autos contrato de trabajo original y correspondiente acta de finiquito que cubre el primer tiempo laborado por el actor bajo la dependencia de GUAYATUNA S.A., acta de finiquito cheque y turno generado correspondiente a su último período laboral y que consigo bajo su autoridad. Que se agregue a los autos copia del Registro Oficial No. 446 de fecha 15 de octubre de 2008 en el cual se califica a Guayatuna S.A. como usuaria de la Zona Franca de Posorja ZOFRAPORT S.A. dejando constancia que aunque ley no se prueba pero se invoca





adjunto el documento antes referido que se agregue a los autos los datos de los administradores que se encuentran ingresados en el página web de la Superintendencia de compañías correspondientes a la compañía Sálica del Ecuador S.A., documento en el cual consta que el señor Fernando Velasteguí Cabezas no ejerce funciones de representación legal de la indicada compañía. Que se agregue a los autos copia de los comprobantes de pago de las remuneraciones cobradas por el actor debiendo de señalar que las remuneraciones y todos los beneficios se los efectuaba a través de transferencias bancarias a la cuenta del actor nro. 0851059211 del Banco Bolivariano. Que se agregue a los autos copia del formulario de pago de utilidades, décimo tercera y cuarta remuneración. Dejando constancia que en los roles entregados de refleja claramente que el actor recibía anticipos de sus beneficios sociales. Entrego mi alegato por escrito y las pruebas que enunciado señor juez a efecto de que sea incorporado en el proceso (...)". Consta así mismo de autos (fs. 70-72 del cuaderno de primer nivel), un escrito presentado en la audiencia definitiva por la abogada María del Carmen Rugel Armendáriz en el que contiene un "(...) informe en derecho (...)", en el cual precisa también las excepciones a las que hizo referencia en la audiencia definitiva y lo que denomina "PRUEBAS APORTADAS", en las que puntualiza los documentos que agrega en la indicada audiencia. 4. El Tribunal ad quem en la sentencia que dicta da validez a la documentación presentada en la audiencia definitiva por la parte demandada y que no fue anunciada en la audiencia preliminar del modo que dispone el artículo 577 del Código del Trabajo, por cuanto la parte demandada como quedó expresado no comparece a la indicada audiencia, a consecuencia de lo cual el Juez a quo le declara en rebeldía; actuación de orden procesal que contraviene lo previsto en el artículo que mantiene concordancia con el artículo 76 numeral 4 de la Constitución del Ecuador que establece como una de las garantías básicas del debido proceso al contemplar: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". Norma constitucional que mantiene concordancia con el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil que prescribe: "Solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio". 5. A más de lo expuesto es necesario en el presente caso tener en cuenta que la Corte Constitucional al dictar la Sentencia

031-10-SCN-CC, de 2 de diciembre de 2010, en la que el Juez Ponente es el Dr. Manuel Viteri Olvera, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 372, de 27 de enero de 2011; esto es, en fecha anterior a la de la presentación de la demanda (8 de febrero de 2011, fs. 3-6 del cuaderno de primer nivel), declaró la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 581 del Código del Trabajo. Este inciso antes de la declaratoria de inconstitucional decía: "Si una de las partes ha obtenido directamente documentos no adjuntados en la diligencia preliminar, necesarios para justificar sus afirmaciones o excepciones, podrá entregarlos al juez antes de los alegatos". El Tribunal Constitucional al conocer la demanda de inconstitucionalidad se plantea como problema jurídico el que sigue: "¿Se considera una violación de derechos, el reconocer como facultad de las partes procesales el presentar pruebas pero excluyendo la posibilidad de que tales pruebas sean objetadas por la otra parte?". Ante este problema de orden jurídico realiza las siguientes argumentaciones: "• No permitir contradecir una prueba supone la limitación del derecho de contradicción, y con este derecho además el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que se ocasiona un desbalance procesal, pues no resulta posible controvertir el contenido de los nuevos documentos presentados como pruebas. (pp. 15-16). • Con la limitación al derecho de contradicción a una de las partes procesales, se vulnera además el derecho constitucional a la igualdad, en tanto no permite la contradicción de las nuevas pruebas presentadas a la contraparte, toda vez que el momento procesal para esta ha precluido. • Aquella norma que establezca la imposibilidad de contradecir una prueba contradice el artículo 76, numeral 4 de la Constitución ecuatoriana que deja sin validez alguna a aquellas pruebas que han sido obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley. (pp. 15-16)". Al resolver el problema jurídico sobre la base de las argumentaciones referidas: "Declara inconstitucional el segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo por vulnerar el derecho a la contradicción, el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva". (Sentencia que consta de manera resumida en la Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana, Tomo 1, Serie Jurisprudencia Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito Ecuador, 2012). Por tanto, la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas al haber dado valor jurídico a la prueba documental



presentada por la parte demandada en la audiencia definitiva y que se relaciona con el escrito de informe en derecho (fs. 70-72 del cuaderno de primer nivel) se pone en evidencia que la valoración que realiza la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas resulta arbitraria en tanto contraviene lo dispuesto en los artículos 75, 169 y 172 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 581 del Código del Trabajo como acusa el recurrente. A consecuencia de lo cual, no existe una correcta valoración de la prueba y por tanto se ha puesto en evidencia la vulneración de las normas constitucionales y legales antes indicadas, por lo que, este Tribunal encuentra procedente el recurso de casación deducido por Vicente Ponce Rodríguez apoyado en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y en mérito a lo dispuesto por el art. 16 de la misma Ley, este Tribunal dicta sentencia de mérito en lugar de la dictada por el Tribunal ad quem; esto es, asume momentáneamente las atribuciones de Tribunal de instancia. QUINTO: Vicente Ponce Rodríguez en su libelo inicial manifiesta: que ha ingresado a laborar a las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA DEL ECUADOR desde octubre 22 del año 2009, a bordo del barco GUAYATUNA 2, siendo su labor la de panguero. Que ha trabajado bajo la modalidad a destajo mediante el pago de (USD. \$ 2,75) dos dólares con cero setenta y cinco centavos de dólar la tonelada métrica de pescado de atún y que en el mes con algunos recargos alcanzaba a ganar un promedio de USD. 1.800,00, siendo el promedio de pesca mensual de 700 toneladas. Que su horario de trabajo ha sido de 5 horas a 20 horas de cada día, de lunes a domingo, que los viajes duraban dos meses aproximadamente. Que su ex patrono se ha limitado a pagarle los sueldos y no los beneficios sociales ni las horas laboradas más allá de la jornada legal sábados, domingos y feriados. Que los décimos tercero y cuarto sueldos y vacaciones nunca se le ha pagado como manda la ley. Que durante la permanencia en las compañías demandadas ha laborado siempre bajo el mismo patrono. Que las oficinas principales de las compañías están en la ciudad de Posorja. Que el último viaje se ha realizado en septiembre del año 2010 y que el capitán de pesca al que se le conoce como Juan Carlos, por una supuesta mala maniobra en el barco de otro compañero de labores ha lanzado un insulto a

todos y que al llegar a tierra el 30 de octubre de 2010 a las 08h00 en que se ha dispuesto a ingresar a las instalaciones de la compañía SÁLICAS DEL ECUADOR ubicada en la ciudad de Posorja el señor Fernando Velasteguí le ha indicado "(...) que ya no necesitaba de mis servicios, habiéndome visto obligado a retirarme de las indicadas companías". Señala que SÁLICAS DEL ECUADOR S.A. y GUAYATUNA S.A. son un mismo patrono. Que con los antecedentes expuestos demanda al señor Fernando Velasteguí por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁ-LICAS DEL ECUADOR, y GUAYATUNA S.A. quien ejerce representación de dichas compañías, en forma solidaria, al tenor de lo que dispone el artículo 41 del Código del Trabajo, para que en sentencia se condene al pago de los rubros que precisa. Señala que el trámite a darse a la demanda es oral de trabajo. Expresa que al demandado Fernando Velasteguí por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR S.A. y GUAYATUNA S.A., por ejercer funciones de dirección y administración de las mismas en forma solidaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 del Código Laboral se lo cite en su lugar de trabajo ubicado en las instalaciones de las compañías indicadas en el puerto de Posorja mediante comisión librada al señor Teniente Político de ese cantón. Mediante sorteo corresponde el conocimiento de esta causa al Juzgado Cuarto del Trabajo del Guayas, quien luego de la calificación respectiva de la demanda dispone la citación que corresponde al demandado por sus propios derechos y los que representan de las compañías demandadas, la que se cumple del modo que obra de autos a fs. 19 y vta. con fecha 4 de mayo de 2011, a las 08h39 se da inicio a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas con la presencia del actor asistido por su abogado defensor y en rebeldía de la parte demandada. En esta audiencia el actor formula las pruebas que obran de autos y se señala para el lunes 8 de agosto de 2011, a las 09h00 a efecto de que se lleve a cabo la audiencia definitiva. En virtud de la rebeldía de la parte accionada, la *litis* se traba con la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda al tenor de la disposición del artículo 580 del Código del Trabajo. Sustanciada la causa se ha dictado el fallo recurrido. **SEXTO:** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna ni violado el trámite sin que por tanto exista causa de nulidad y por lo que se declara la validez procesal. **SÉPTIMO:** 





Presupuesto fundamental de esta clase de procesos, es la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 8 del Código Laboral, pues de él nacen los derechos y obligaciones entre las partes, y que por la rebeldía incurrida por la parte demandada en la audiencia de conciliación correspondía al actor probar la misma. Al respecto, obra de autos que por la no comparecencia del demandado señor Fernando Velasteguí Cabezas a la audiencia definitiva (fs. 75 y 76 del cuaderno de primer nivel), el Juez de instancia declara confeso al demandado en relación a todas y cada una de las preguntas formuladas que constan en el pliego respectivo (fs. 73 y vta. del cuaderno de primer nivel). El artículo 581 inciso tercero del Código del Trabajo, a su tenor dispone: "En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las repuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio (...)". En el presente caso, teniendo en cuenta el contenido de las posiciones 4, 6, 11 y 12 del pliego de confesión judicial que señalan "4. Es verdad que laboré para la compañía las compañías SÁ-LICAS DEL ECUADOR – GUAYATUNA S.A., desde octubre 22 del año 2009 hasta el 30 de octubre del año 2010"; "6.- Es verdad que usted fue siempre mi empleador en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR - GUAYATUNA S.A."; "11.- Es verdad que mi labor de panguero en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR - GUAYATUNA S.A., las cumplía en un horario de 05h00 hasta las 20 horas de cada día"; y, "12.- Es verdad que mi labor de panguero en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR -GUAYATUNA S.A., las cumplía de lunes a domingo"; y el mandato del artículo 581 inciso tercero del Código del Trabajo antes referido, que expresa que debe entenderse que las repuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio, se establece que entre las partes procesales ha existido relación laboral al tenor de lo previsto en el artículo 8 del Código del Trabajo y más normas conexas. **OCTAVO:** Probada la relación laboral, de conformidad con el artículo 42 numeral 1 del Código de Trabajo, la carga de la prueba se invierte, a consecuencia de lo cual corresponde a la parte demandada justificar que ha cumplido con las obligaciones constantes en la norma laboral indicada, por lo que se dispone que la parte accionada pague al actor: a) Los décimo tercero y cuarto sueldos y las

vacaciones, por todo el tiempo de la relación laboral, teniendo en cuenta las constancias de pago adjuntadas por el accionante (fs. 24 a 32 del cuaderno de primer nivel) relacionadas con anticipos en esos rubros, los que serán descontados de los montos que resulten en cada caso. NOVENO: En relación a las horas suplementarias y extraordinarias, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos: a) El actor en la demanda (fs. 3-5 del cuaderno de primer nivel) expresa haber ingresado a laborar en las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA S.A., desde el 22 de octubre del año 2009 a bordo del barco GUAYATUNA 2, señalando de manera concreta que su labor ha sido de panguero y  $\ll$  (...) bajo la modalidad a destajo, me pagaban a (USD \$2,75), DOS DOLARES CON CERO 75 CENTAVOS DE DÓLAR la tonelada métrica del pescado de atún, en el mes con algunos recargos alcanzaba a ganar un promedio de \$ 1.800. El promedio de pesca mensual era de 700 toneladas. Mi horario de trabajo fue 05 horas hasta las 20h00 de cada día, de lunes a domingo, los viajes duraban dos meses aproximadamente. Mi ex patrono se limitó a pagarme el sueldo, pero los beneficios sociales, ni horas laboradas mas haya de la jornada legal sábados, domingos y feriados, décimos tercero, y cuarto sueldo, vacaciones, nunca me los pagaron como manda la ley>>. b) De lo antes indicado y por la propia afirmación del actor, se establece éste ha laborado para la parte empleadora mediante contrato de trabajo a destajo, contrato que en nuestra legislación tiene sus propias particularidades, así: según el artículo 16 inciso tercero del Código del Trabajo: "En el contrato a destajo, el trabajo se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie y, en general, por unidades de obra, y la remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor". A su vez, el artículo 53 ibídem, contempla: "El descanso semanal forzoso será pagado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, o sea de dos días, de acuerdo con la naturaleza de la labor o industria. En caso de trabajadores a destajo, dicho pago se hará tomando como base el promedio de la remuneración devengada de lunes a viernes; y, en ningún caso, será inferior a la remuneración mínima."; y por disposición del artículo 55 numeral 3: "En el trabajo a destajo se tomarán en cuenta para el recargo de la remuneración las unidades de obra ejecutadas durante las horas excedentes de las ocho obligatorias; en tal caso, se aumentará la remuneración correspondiente a cada

6193



unidad en un cincuenta por ciento o en un ciento por ciento, respectivamente, de acuerdo con la regla anterior. Para calcular este recargo, se tomará como base el valor de la unidad de la obra realizada durante el trabajo diurno". De tal manera que, en el contrato a destajo, la labor de la o el trabajador se efectuará tomando en cuenta el número de piezas, trozos, medidas de superficie, unidades de obra y la remuneración se acordará por cada una de ellas sin que cuente en esta modalidad contractual el tiempo invertido en la labor de las piezas, trozos, medidas de superficie o unidades de obra. Sin embargo, por disposición del artículo 53 del Código Laboral la o el trabajador que labore mediante contrato a destajo tiene derecho al descanso semanal forzoso y por tanto, al pago de los días de descanso obligatorio, con la particularidad que según lo previsto en el artículo 55 numeral 3 ibídem, si la o el trabajador realiza el trabajo a destajo, para el pago de las horas suplementarias o extraordinarias se debe tomar en cuenta para estos recargos "(...) las unidades de obra ejecutadas durante las horas excedentes (...)"; y es a partir de esa consideración que se aumentará la remuneración correspondiente "(...) a cada unidad en un cincuenta por ciento o en un ciento por ciento respectivamente (...)"; de tal manera que, cuando la relación laboral se rige mediante un contrato de trabajo a destajo, la o el trabajador debe aportar prueba que permita establecer en el proceso las unidades de obra ejecutadas durante las horas excedentes laboradas para que sea posible el cálculo del recargo respectivo. c) En la especie, el actor con la confesión ficta y al tenor de lo dispuesto por el artículo 581 inciso tercero del Código del Trabajo, y el contenido de las posiciones 2, 3, 11 y 12 constantes en el pliego respectivo (fs. 73 y vta. del cuaderno de primer nivel), hace referencia a que ha laborado horas suplementarias y extraordinarias, las cuales según expresa nunca se le han pagado como manda la ley; sin embargo, no obra de autos prueba que ponga en evidencia el número de unidades de obra ejecutadas (toneladas métricas de pescado de atún como indica en el libelo inicial) durante las horas excedentes de trabajo que afirma haber laborado mediante contrato a destajo que permitan efectuar el cálculo de aumento a la remuneración correspondiente al tenor de lo dispuesto en el artículo 55 numeral 3 del Código del Trabajo, en concordancia con lo previsto en los artículos 16 inciso tercero y 53 ibídem, a consecuencia de lo cual, no procede el pago por trabajos suplementarios y extraordinarios del modo que

reclama el actor. **DÉCIMO:** El accionante, sostiene que el 30 de octubre de 2010 a las 08h00 que se ha dispuesto a ingresar a las instalaciones de la compañía demandada el señor Fernando Velasteguí le ha indicado que ya no necesitaba de sus servicios por lo cual se ha visto obligado a retirarse de las indicadas compañías, base sobre la cual demanda el pago de los rubros que corresponden en los casos de despido intempestivo. Al respecto se advierte: a) La abundante jurisprudencia que existe respecto del despido intempestivo se pronuncia en sentido de que, el despido es un hecho que se produce en determinado momento y en un lugar específico, esto es, que la terminación de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador, ocurre bajo circunstancias de tiempo y espacio, salvo situaciones excepcionales a las que el legislador les otorga los mismos efectos que el despido. b) El tratadista Américo Plá Rodríguez, sostiene que el principio de continuidad es uno de aquellos en los que se fundamenta el derecho del trabajo y al analizar su noción y alcance, expresa: "Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo (...)", (Los Principios del Derecho del Trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral, Edición actualizada, p. 151). c) Antonio Vásquez Vialard, admitiendo la vocación de continuidad en el tiempo de la prestación laboral, desarrolla lo que denomina "Principio de conservación de la relación", indica que este principio en la práctica resulta beneficioso al trabajador como al empleador. Este mismo autor, analiza también sobre la renuncia al empleo y refiriéndose a la legislación argentina, expresa que se admite ésta "(...) sólo que condicionando su validez a que la decisión se exprese a través de un acto que ofrezca ciertas garantías en cuanto a asegurar la libre decisión del empleado; como requisito para dicha validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo. Además, la ley admite otra forma de renuncia al empleo, que se expresa a través de un acuerdo mutuo entre las partes que pueden formalizarse ya explícitamente "mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo"". (Tratado del Derecho del Trabajo, Tomo 2, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 250 y 251). **d)** Alfredo Montoya Melgar, al tratar sobre la





extinción del contrato de trabajo a partir de la voluntad del empresario, analiza y desarrolla la institución del despido como "(...) el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo. Se trata, pues, de un acto jurídico fundado en la autonomía negocial privada, que produce la extinción ad futurum del contrato por decisión del empresario y cuyos caracteres son: Es un acto unilateral del empresario; la extinción del contrato se produce por la sola voluntad de aquél, sin participación alguna de la del trabajador (...). Es un acto constitutivo; el empresario no se limita a proponer a otra instancia distinta de sí mismo la extinción del contrato, sino que es él quien realiza el acto extintivo (...). Es un acto recepticio; su eficacia pende de su conocimiento por parte del trabajador destinatario. Es un acto que produce la extinción contractual; los efectos del contrato se extinguen ad futurum por el acaecimiento de circunstancias posteriores a la celebración del pacto (...)". (Derecho del Trabajo, Vigésima Primera Edición, Editorial Tecnos (Grupo Amazonas; S.A.), 2000, Madrid, pp. 461 y 462). e) Mario de la Cueva, en la línea de Montoya Melgar, al abordar sobre la estabilidad en el trabajo, distingue entre estabilidad absoluta y estabilidad relativa y al respecto sostiene: "Se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada que deberá probarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje en caso de inconformidad del trabajador. Y se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, mediante el pago de una indemnización...". Observándose que a partir de esta concepción del jurista mexicano, en el Ecuador se ha adoptado en nuestra legislación laboral el principio de la estabilidad relativa. Por lo que de la doctrina como de la jurisprudencia a la cual nos hemos referido, se desprende que el despido intempestivo es un hecho unilateral, a través del cual el empleador pone fin a la relación laboral. En el presente caso, la terminación unilateral de la relación laboral se demuestra procesalmente con la confesión ficta, según el contenido de las posiciones octava y novena del pliego respectivo de fojas 73 y vta., conforme a lo previsto en el artículo 581, inciso tercero del Código del Trabajo. En consecuencia, el actor al haber probado que la relación laboral ha terminado por la voluntad unilateral de la parte demandada tiene

derecho a que se le pague las indemnizaciones constates en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo. **DÉCIMO PRIMERO:** Como tiempo de servicios se tendrá el comprendido entre el 22 de octubre de 2009 hasta el 30 de octubre de 2010; y, como última remuneración la de USD \$ 1.800,00 de conformidad con el juramento deferido rendido por el actor, al que se le da valor al tenor de lo previsto en el Art. 593 del Código del Trabajo. **DÉCI-MO SEGUNDO:** Se procede a calcular los rubros que se dispone pagar: a) DÉCIMO TERCER SUELDO: USD \$ 1.839,45 - USD \$ 1.410,45 cancelados como anticipo = USD \$ 429,00. b) DÉCIMO CUARTO SUELDO: USD. 240 -216,61 cancelados como anticipo = USD \$ 23,39. c) VACACIONES: USD \$ 919,73 - USD \$ 683,37 cancelados como anticipo = USD \$ **236,36. d)** DESPIDO INTEMPESTIVO: ART. 188 DEL C.T.: USD \$ 1.800 X 3 = **USD.** \$ **5.400,00; e)** DESAHUCIO: ART. 185 DEL C.T.: USD \$ 1800/4 = **USD** \$ 450,00. **TOTAL** A PA-GAR: USD \$ 6.538,75.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA LEY casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, en el juicio oral laboral de fecha 14 de mayo de 2012, a las 10h10; revoca la sentencia de primer nivel y aceptando parcialmente la demanda dispone que el señor FERNANDO VELASTEGUÍ CABEZAS, por sus propios derechos y por los que representa de las compañías SÁ-LICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA S.A., pague al actor VICENTE PONCE RODRÍGUEZ la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS TREIN-TA Y OCHO DÓLARES CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (USD \$ 6.538,75), valor al que ascienden los rubros que se ordena pagar en sentencia. En la etapa de ejecución el juez o jueza de primer nivel deberá calcular los intereses en los rubros que correspondan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 614 del Código del Trabajo. Con costas. En el 5% se regula los honorarios del abogado del actor, de los cuales se descontará el 5% para el Colegio de Abogados de la Provincia del Guayas. Notifíquese y devuélvase.

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia Juez Nacional; Dra. Gladys Terán Sierra y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juezas Nacionales.



## VIII

### Juicio nro. 2008-2012

Juicio Laboral seguido por Jessica Moncayo contra Canal Uno Sociedad Anónima

### SÍNTESIS

En el Juicio Laboral que sigue Jessica Melissa Moncayo Chávez en contra del señor Jaime Carrillo Guevara Gerente de la Compañía Canal Uno, para que en sentencia sea condenado al pago de los rubros determinados en la demanda, por despido intempestivo encontrándose en estado de embarazo, el Juez de primera instancia una vez, establecida la relación laboral y de conformidad a lo prescrito en el numeral 1 del art. 42 del Código de Trabajo, la parte demandada debía demostrar haber pagado a la trabajadora y al no hacerlo se ordena que paque los siguientes rubros que se dispone pagar: a) Décima tercera remuneración USD. \$1.014,49; b) Décima cuarta remuneración: USD. \$ 284.66; c) Vacaciones: USD. \$ 507.24. d) En lo que respecta a utilidades: con el informe pericial se ha determinado que la compañía CANAL UNO las ha obtenido en el período reclamado, esto es USD. \$ 13.614,21 en el período fiscal 01/01/2008 hasta 31/12/08; y USD. \$ 26.617,95 en el período 01/01/09 a 31/12/09 pero no existen los elementos de los arts. 97 y 101 para calcular lo que le corresponde a la accionante, en tal virtud se declara el derecho de la señora JESSICA MELISSA MONCAYO CHÀVEZ a percibir lo correspondiente por este concepto se acepta la demanda y se ordena al Gerente General de la COMPAÑÍA CANAL UNO SOCIEDAD ANÓNIMA. MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista de la COMPAÑÍA CANAL UNO SOCIEDAD ANÓNIMA, que sumados dan una liquidación total de USD. \$ 13.409,65. Más los intereses respectivos según lo dispuesto en el art. 614 del Código de Trabajo.- No conformes con esta resolución el actor y la parte demandada interponen Recurso de Casación. El Tribunal de apelación luego del análisis de la sentencia de primera instancia, procede a calcular los rubros reconocidos así la bonificación por desahucio, Despido intempestivo, Indemnización del Art. 154 del C.T., décimo tercera y cuarta remuneración y vacaciones, desestimando el recurso de apelación formulado por el demandado y acoge el recurso interpuesto por la parte actora. Inconformes con esta resolución las partes interponen recurso de casación, el mismo que luego de un análisis el Tribunal de Segunda Instancia de la Corte Nacional de Justicia, niega el recurso interpuesto por las partes.

### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2008-2012

**JUZGADO SEXTO DE TRABAJO DE PI-CHINCHA.** Quito, lunes 16 de abril de abril del 2012, las 10h22.

**VISTOS**: La señora JÉSSICA MELISSA MON-CAYO CHÁVEZ comparece a fs. 5 y 6 manifiesta: desde el 1 de abril de 2008 suscribió contrato de trabajo bajo la figura de prestación de servicios con el señor JAIME CARRILLO GUEVARA, gerente general de la COMPANÍA CANAL UNO para

prestar sus servicios lícitos y personales con relación de dependencia y subordinación en calidad de reportera y conductora de noticias, laboró en el horario y con la remuneración que señala. Indica que trabajó hasta el 31 de julio de 2009 por decisión unilateral de su empleador fue despedida intempestivamente, conforme a los detalles que narra en el libelo, a pesar de su estado de embarazo. Con estos antecedentes, en juicio oral, demanda a





JAIME CARRILLO GUEVARA en su calidad de Gerente General de la COMPAÑÍA CANAL UNO SOCIEDAD ANÓNIMA, MARCEL AN-TOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista de la COMPAÑÍA CANAL UNO SO-CIEDAD ANÓNIMA, señor ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA en su calidad de Director Regional de Noticias de CANAL UNO, para que en sentencia sean condenados al pago de los rubros que determina en la demanda. Fija la cuantía de su reclamación en USD. \$ 26.000,00. Luego del sorteo de ley la demanda que antecede correspondió al Juzgado Tercero de Trabajo de Pichincha, de conformidad a la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura de 27 de abril de 2009, publicada en el Registro Oficial nro. 607 de junio 8 de 2009 y al Acta de Resorteo de 8 de enero de 2010 (fs. 12) pasa a conocimiento de este Juzgado, por lo que agotado el trámite en su integridad, para resolver se considera: PRIMERO. Se ha dado a este juicio el trámite oral previsto en el art. 575 del Código del Trabajo reformado y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez procesal. **SEGUNDO**. Citada la parte demandada (fs. 9 a 10), se convoca a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas (fs. 16 y 17) diligencia a la que concurren: la actora JÉSSICA ME-LISSA MONCAYO CHÁVEZ, por sus propios derechos con su patrocinador Dr. Carlos Medina. Se acusa la rebeldía de los demandados. Se traba así la litis. La actora formula pruebas. Posteriormente se realiza la audiencia definitiva (fs. 213 y 214), diligencia a la que asisten: la actora JESSICA ME-LISSA MONCAYO CHÁVEZ con su defensor Dr. Carlos Medina, el Dr. Eduardo Aguirre procurador judicial de MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ y JAIME ENRIQUE CARRILLO GUE-VARA. En rebeldía del demandado ROMMEL IVÁN LÓPEZ. La parte actora pide se declara confesos a los accionados MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ (pliego fs. 202), y JAIME ENRI-QUE CARRILLO GUEVARA (absoluciones fs. 204) y ROMMEL IVÁN LÓPEZ (preguntas fs. 203). La actora rinde juramento diferido. Las partes alegan en derecho. Como prueba están los siguientes documentos; a) Certificado Médico de fecha 12 de agosto de 2009 indica embarazo de 20.5 semanas (fs. 2 y 3); b) Contrato de prestación de servicios (fs. 4 y vta.); c) Documentos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (fs. 21 a 77,

84 a 95, 155 a 157 que acreditan el reclamo de la demandante por falta de aportes, las glosas emitidas y los pagos que realiza CANAL UNO a favor de la señora JÉSSICA MONCAYO CHÁVEZ tanto por planillas de aportes cuanto por fondos de reserva; d) Recibos por concepto de honorarios (fs. 98 a 147); e) Fotografías del lugar de trabajo (fs. 148 a 154); f) Publicidad con programación de CANAL UNO (fs. 153). TERCERO. Es obligación de las partes al tenor de lo dispuesto en los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, probar sus afirmaciones. Los documentos incorporados al expediente demuestran el cumplimiento de los requisitos del art. 8 del Código de Trabajo, esto es: prestación de servicios lícitos y personales, subordinación jurídica de la persona que realiza la labor hacia quien lo contrató o hacia el beneficiario. Con los documentos del expediente se determina que los demandados tienen la representación jurídica y vinculación directa con la empresa demandada, en tal virtud tal excepción se desestima. CUARTO. La parte actora reclama la indemnización por despido intempestivo, al respecto se analizan las pruebas efectuadas: a) La confesión judicial ficta solicitada a los demandados MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ (pliego fs. 202), JAIME ENRIQUE CARRILLO GUEVA-RA (absoluciones fs. 204) y ROMMEL IVÁN LÓPEZ (preguntas fs. 203) permite inferir que hubo despido intempestivo para concluir la relación de trabajo. La Corte Suprema de Justicia ha expedido fallos de triple reiteración aceptando el valor de prueba plena de la declaratoria de confeso del demandado en los juicios laborales, tanto más que la alegación de despido intempestivo se debe demostrar. Al evadir la confesión judicial sin justificativo legal el demandado la declaratoria de confeso tiene valor de prueba plena pues evidencia la terminación de la relación contractual en forma unilateral esto es se ha probado el despido intempestivo. QUINTO. Respecto de la indemnización estipulada en el art. 154 del Código de Trabajo, los demandados en su contestación fs. 25 numeral 3.3. "Indemnización por incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto: si la actora del presente libelo pretende obtener esta indemnización es necesario que se demuestre: que su empleador conocía que la señora Cano estaba embarazada, que la despidió intempestivamente hechos que conjugados indudablemente darían derecho a exigir esta indemnización...". En el expediente obra (fs. 2 y 3) Patricio Enderica Ortega, gineco



obstetra del Hospital Metropolitano, de fecha 11 de agosto de 2009, que indica que la señora JESSI-CA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ presenta embarazo de veinte semanas y cinco días: de la simple lectura de este documento se colige que la demandante al momento del despido se encontraba en estado de gravidez, consecuentemente era de dominio público y de conocimiento de sus empleadores tal embarazo, hecho inocultable, a todas luces visible. Considerando lo manifestado y la incuestionable obligación que tiene el Juzgador de aplicar el principio universal in dubio pro operario que está incorporado a nuestra Constitución, de conformidad con lo manifestado, corresponde a la actora percibir en su totalidad la indemnización establecida en el art. 154 del Código de Trabajo. Oportuno señalar el fallo de 10 de mayo de 1984 de la Tercera Sala de la Exma. Corte Suprema de Justicia, que en la parte pertinente dice: "...la mujer embarazada no puede ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio; y, conforme al inciso cuarto en caso de ocurrir tales hechos, deberá pagarle el empleador el valor equivalente a un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que a ella le asisten en virtud de otras disposiciones legales..." (Compendio de setenta años de Jurisprudencia de la Corte Suprema, página 427, doctor Galo Espinosa). La maternidad es ampliamente protegida en nuestras leyes laborales. En el caso de que despidieran a una mujer en estado de gestación se presume que la desvincularon "por causa de la maternidad", en tal virtud es procedente el pago de las indemnizaciones comunes por despido y corresponde además el pago especial equivalente a un año de remuneraciones. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una "estabilidad laboral reforzada"; la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, en doctrina se conceptúa estabilidad laboral o lo que se ha denominado el "fuero de maternidad" más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo. A mayor abundamiento el Convenio Internacional 183 de la OIT, protege a la mujer embarazada. Cabe recalcar que en materia social los derechos humanos de una trabajadora embarazada son superiores, más aún se la considera inmersa en un grupo vulnerable que merece atención prioritaria de las autoridades, nuestro país es suscriptor de Convenios Internaciones, que en materia de derechos humanos, como en el caso de análisis, tiene preeminencia incluso sobre la legislación interna, a saber: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social". Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 11, numerales: 1. No discriminación contra la mujer en la esfera del empleo en condiciones de igualdad con los hombres, y los mismos derechos: a) El derecho al trabajo humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. Convenio nro. 103 de la OIT "Convenio Sobre la Protección de la Maternidad", 1952; Convenio nro. 183 de la OIT "Protección de la maternidad", 2001: La protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras ha constituido un interés fundamental para la Organización Internacional del Trabajo desde su creación en 1919. Mantiene los mismos principios fundamentales del Convenio 103 y hace más explícitos los medios y métodos para el otorgamiento de las prestaciones. Convenio nro. 156 de la OIT: "Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras; trabajadores con responsabilidades familiares". Por estos razonamientos cabe la indemnización del art. 154 del Código de Trabajo. En las cuestiones de trabajo prima el principio "indubio pro operario", esto es la aplicación del principio de que en caso de duda debe aplicarse la Ley en el sentido más favorable al trabajador. La Constitución de la República en los arts. 325, 326, 327 consagra los principios de derecho social que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores a quienes las autoridades están obligadas a tutelar sus derechos. Esto se ratifica en los arts. 5 y 7 del Código Obrero. Lo referido nos





permite concluir que la reclamación establecida en el Código de Trabajo, es procedente y legal: a) Indemnización por despido intempestivo: USD. \$ 2.282,61; b) Bonificación por desahucio: USD. \$ 190,21; c) Art. 154 Código de Trabajo USD. \$ 9.130,44. SEXTO. Establecida la relación laboral y de conformidad a lo prescrito en el numeral 1 del art. 42 del Código de Trabajo, la parte demandada debía demostrar haber pagado a la trabajadora en forma oportuna los derechos y más beneficios que le correspondían, por lo que a falta de prueba de pago o solución, está obligada a satisfacer las reclamaciones efectuadas en el libelo inicial y que son los siguientes rubros que se dispone pagar: a) Décima tercera remuneración USD. \$1.014,49; b) Décima cuarta remuneración: USD. \$ 284.66; c) Vacaciones: USD. \$ 507.24. d) En lo que respecta a utilidades: con el informe pericial (fs. 165 a 177) se ha determinado que la compañía CANAL UNO las ha obtenido en el período reclamado, esto es USD. \$ 13.614,21 en el período fiscal 01/01/2008 hasta 31/12/08; y USD. \$ 26.617,95 en el período 01/01/09 a 31/12/09 pero no existen los elementos de los arts. 97 y 101 para calcular lo que le corresponde a la accionante, en tal virtud se declara el derecho de la señora JÉSSICA MELISSA MON-CAYO CHÁVEZ a percibir lo correspondiente por este concepto. SÉPTIMO. Niéganse las siguientes pretensiones: a) Pago de horas suplementarias y extraordinarias: ya que del proceso no obra ningún convenio suscrito entre las partes y autorizado por el Inspector de Trabajo, conforme al art. 55 del Código de Trabajo; b) Fondos de reserva: debe intentar su reclamo ante la entidad administrativa pertinente esto es, Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social; c) Reintegro de valores retenidos indebidamente: debe proponer su reclamo ante el Servicio de Rentas Internas. OCTAVO. Para efectos de este fallo, se tendrá como tiempo de servicio el comprendido desde 1 de abril de 2008 hasta el 31 de julio de 2009, como última remuneración la cantidad de USD. \$ 760,87 (recibos de pago fs. 98 a 104). En virtud de los razonamientos precedentes. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la demanda y se ordena que JAIME CA-RRILLO GUEVARA en su calidad de Gerente General de la COMPANÍA CANAL UNO SO-CIEDAD ANÓNIMA. MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista de la COMPAÑÍA CANAL UNO SOCIE-DAD ANÓNIMA, señor ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA en su calidad de Director Regional de Noticias de CANAL UNO paguen a la accionante JÉSSICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ los valores determinados en los considerandos de este fallo, que sumados dan una liquidación total de USD. \$ 13.409,65 (TRECE MIL CUATROCIENTOS NUEVE 65/100 DÓLA-RES). Se pagarán con los intereses respectivos según lo dispuesto en el art. 614 del Código de Trabajo, en lo que fuere aplicable, los mismos que serán calculados al momento de la ejecución de la sentencia. Con costas. En USD. \$ 670.48 se regulan los honorarios del defensor de la actora. Actúe la Dra. Paulina Hidalgo en calidad de Secretaria titular. Notifiquese.

f) Dra. Beatriz Cadena Landázuri, Jueza.

### **APELACIÓN**

Juicio nro. 849(387) 2012-vd.

Juez ponente: Dr. Luis Araujo Pino

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PI-CHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO LABO-RAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, martes 28 de agosto del 2012, las 8h22.

VISTOS: Para resolver los recursos de apelación interpuestos por actora y demandada a la sentencia dictada por la Jueza Sexta de Trabajo de Pichincha dentro del juicio oral de trabajo seguido por JES-SICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ en contra de JAIME CARRILLO GUEVARA, gerente

general de la Compañía Canal Uno Sociedad Anónima, MARCEL ANTOINE RIVAS SAENZ en su calidad de principal accionista de la mencionada Compañía y ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA director regional de noticias de esa Compañía, quienes deben responder por sus propios derechos en forma personal y por los que representan en forma solidaria, se considera: **PRIMERO**. La actora en su demanda manifiesta que mediante contrato escrito celebrado el 1 de abril del 2008 con Jaime

Serie XVIII

Número 14 6199



Carrillo Guevara, gerente general de Canal Uno, prestó sus servicios lícitos y personales en calidad de reportera y conductora de noticias. El horario inicial fue de 08h30 a 17h30 y luego de 09h00 a 18h00; una vez al mes cumplía turnos de lunes a domingo sin horario, es decir el ingreso estaba dispuesto, pero la salida no. Su última remuneración fue de \$1.086,00. El 31 de julio del 2009 por decisión unilateral del gerente general Jaime Carrillo Guevara, ratificada por el principal accionista de Canal Uno, Marcel Antoine Rivas Sáenz, se dio por terminada la relación laboral, configurándose así el despido intempestivo a pesar de encontrarse embarazada. Señala que durante el tiempo de la relación de trabajo no cobró las bonificaciones de ley, décimas tercera y cuarta remuneraciones, horas extraordinarias y suplementarias, utilidades, incluida la afiliación al IESS. Con estos antecedentes y con los fundamentos de derecho que menciona, demanda, para que mediante sentencia se le reconozca los 10 numerales que detalla en su demanda. El trámite es el procedimiento oral y la cuantía la determina en \$ 26.000,00. Calificada la demanda y cumplida la solemnidad de la citación, tiene lugar la audiencia de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas el día 10 de enero del 2011 a las 10h59 (fojas 16 y 17) con la comparecencia de la actora Jessica Melissa Moncayo Chávez conjuntamente con su abogado Dr. Carlos Medina. No comparecen los demandados Jaime Carrillo Guevara, Marcel Antoine Rivas Sáenz y Rommel Iván López Espinosa, por lo que no es posible conciliación alguna. Se declara en rebeldía a los demandados. La actora por haber hechos que deben justificarse anuncia pruebas, mismas que son proveídas procesalmente. La audiencia se lleva a cabo el 24 de agosto del 2011 a las 14h49 (fs. 213 a 214) con la comparecencia de la actora conjuntamente con su defensor Dr. Carlos Medina y el Dr. Eduardo Aguirre con procuración judicial de los demandados Marcel Antoine Rivas Sáenz, Jaime Carrillo Guevara y Rommel Iván López. Se declara confesos a los demandados Marcel Antoine Rivas Sáenz, Jaime Carrillo Guevara y Rommel Iván Espinosa al tenor de las preguntas calificadas de los interrogatorios presentados. Se recibe el juramento deferido de la accionante. Las partes alegan en derecho. Concluida la sustanciación de la causa la Jueza dicta sentencia aceptando la demanda y ordena que los demandados en las calidades que han sido requeridos, paguen a la actora Jessica Melissa Moncayo Chávez los valores determinados

en el fallo que suman \$ 13.409,65, que se pagarán con los intereses según lo dispuesto en el art. 614 del Código de Trabajo en lo que fuere aplicable los mismos que serán calculados al momento de ejecución de la sentencia. Con costas y se regula el honorario de la defensa de la actora en \$670,48. SE-**GUNDO**. Por las apelaciones interpuestas por los litigantes y en virtud del sorteo correspondiente, los autos acceden a esta Sala Especializada, radicándose así la competencia. **TERCERO**. En la sustanciación del proceso no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión, por lo que se declara la validez de todo lo actuado. CUARTO. De conformidad con los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, correspondió a cada una de las partes probar sus respectivas afirmaciones. La falta de contestación a la demanda, de conformidad con el art. 103 del Código de Procedimiento Civil, se considera como negativa simple de los fundamentos de la demanda, por lo que la carga de la prueba recayó en la actora. QUINTO. La relación laboral se encuentra probada con el contrato de trabajo que se lo ha denominado de "prestación de servicios", mecanizado del IESS y deviene de lo actuado en el proceso. SEXTO. En cuanto al despido intempestivo alegado por la accionante: 1. Doctrinariamente el despido no es otra cosa que la actitud unilateral y violenta del empleador para dar por terminada la relación laboral, que sucede en un momento, lugar y circunstancias determinadas, que debe ser probado fehacientemente por quien la esgrime, de modo tal que no quepa la menor duda de que la conclusión del nexo de trabajo concluyó de esa manera. 2. Revisados los recaudos procesales la reclamante llamó a confesión judicial a los demandados, que por su falta de comparecencia fueron declarados confesos; de pliego calificado por la Jueza a quo se destacan las siguientes preguntas: para Marcel Rivas Sáenz: "5. Diga cómo es verdad que durante la precipitada conversación usted dijo que mi salida de Canal Uno obedecía únicamente a la necesidad de recortar gastos de la empresa. 6. Diga cómo es verdad que usted dijo que no fue mi embarazo la causa de mi salida de Canal Uno. 7. Diga cómo es verdad que durante la citada conversación usted dijo que no se iría preso, ni por mí, ni por nadie por no afiliar al Seguro Social a sus trabajadores. 8. Diga cómo es verdad que usted dijo que asumía esa responsabilidad que yo salga de Canal Uno. 13. Diga cómo es verdad que usted dijo que prefería decirme que me vaya de Canal Uno a enfrentar la





posibilidad de no tener con qué pagarme." Para Rommel Iván López Espinosa: "9. Diga cómo es verdad que usted me propuso que me quede trabajando con la mitad de mi sueldo para no salir de Canal Uno." Para Jaime Carrillo Guevara: "2. Diga cómo es verdad que usted me informó que mi contrato de trabajo con Canal Uno concluía el 31 de julio del 2009. 3. Diga cómo es verdad que usted dio por terminado mi contrato de trabajo por cuestiones económicas de Canal Uno. 14. Diga cómo es verdad que usted conocía de mi embarazo al momento que me notificó que mi contrato terminaba el 31 de julio del 2009. 15. Diga cómo es verdad que a manera de bonificación me ofreció pagar el mes de agosto del 2009 sin trabajar." 3. La primera parte del último inciso del art. 581 del Código de Trabajo dispone: "La declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberán entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio." 4. De lo anterior, se colige en forma inequívoca que la relación laboral entre los ahora litigantes, concluyó por voluntad unilateral del empleador, esto es que se produjo el despido intempestivo y consecuentemente, ha lugar a reconocer el derecho que ampara a la actora para ser beneficiaria de la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188 del Código de Trabajo que penalizan este obrar ilegítimo del patrono. SÉPTIMO. Al haber sido despedida intempestivamente la demandante encontrándose en estado de gestación, pide también la indemnización estipulada en el último inciso del art. 154 del Código de Trabajo; la Sala comparte el análisis que al respecto formula la Jueza de instancia y por estar cumplidos los presupuestos exigidos por la norma indicada, confirma el derecho que tiene la accionante para recibir este beneficio. OC-TAVO. En cuanto a las horas suplementarias y extraordinarias pretendidas por la actora, no se encuentra en el proceso prueba alguna que justifique conforme a derecho la validez de esta pretensión, ya que a más de no constar el convenio que debió haberse suscrito para laboral dichas horas y ser autorizado por el Inspector de Trabajo, de acuerdo a lo señalado en el art. 55 del Código de Trabajo, la propia demandante en el pliego de preguntas para el demandado Rommel Iván López Espinosa, planteó las del siguiente tenor: "24. Diga cómo es verdad que mi horario normal de trabajo durante abril del 2008, fue de 08h30 a 17h30, con una hora para el almuerzo. 25. Diga cómo es verdad que luego de abril del 2008 hasta el 31 de julio del 2009, mi horario normal de trabajo fue de 09h00 a 18h00, con una hora para el almuerzo.", con lo que ella misma confirma que no laboró las horas reclamadas, razones por las cuales se desecha esta pretensión. NOVENO. El art. 97 del Código de Trabajo en sus incisos segundo y tercero señala la forma y los elementos que se utilizarán para la distribución de utilidades y son para el 10% el número de trabajadores de la empresa y para el 5% las cargas familiares de cada trabajador, a más de conocer el tiempo que cada trabajador laboró a órdenes del empleador en el correspondiente ejercicio. En la especie, si bien la Jueza a quo reconoce el derecho, no es menos cierto que por carencia de la información indispensable, no es posible concretar ese derecho en la cantidad que le corresponda, razón por la que se ratifica el criterio de la Jueza de primer nivel. DÉCIMO. A falta de solución o pago se ratifica el derecho de la accionante a percibir los décimos tercer y cuarto sueldos y las vacaciones no gozadas por todo el tiempo trabajado. Igualmente se confirma la negativa a conceder horas suplementarias y extraordinarias por lo analizado en el considerando octavo de esta sentencia; fondos de reserva, ya que al estar afiliada la actora al IESS y reintegro de valores tributarios retenidos, no son de competencia del juez del trabajo, por lo que su reclamación debe enderezarla ante las respectivas instituciones competentes. **DÉCIMO** PRIMERO. Para efectos de esta sentencia se considera como tiempo de servicio del 1 de abril del 2008 al 31 de julio del 2009 y como última remuneración \$ 1.003,28, según roles de pago de fojas 54 a 76. **DÉCIMO SEGUNDO**. Se procede a calcular los rubros reconocidos: bonificación art. 185 C.T. = \$ 250,82; indemnización art. 188 C.T. = \$ 3.009,84; indemnización art. 154 C.T. = \$ 12.039,36; décimo tercero = \$ 1.337,76; décimo Cuarto = \$ 284,66; y, vacaciones = \$ 668,63. Total = \$ 17.588,07. Por lo expuesto, este Tribunal, AD-MINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima el recurso de apelación formulado por la parte demandada, acoge la apelación de la actora y en los términos de este fallo reforma la sentencia subida en grado y dispone que la empleadora CA-NAL UNO, JAIME CARRILLO GUEVARA, MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ



ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA, en la condición y forma que han sido requeridos, paguen a la actora JÉSSICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ, el monto de los rubros reconocidos que ascienden a DIECISIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO DÓLARES 07/100 (\$17.588,07). En la ejecución de la sentencia se calcularán los intereses a los que se refiere el art. 614

del Código de Trabajo. Con costas y se regula el honorario de la defensa de la actora en el 5% del monto de la liquidación final. Avoca conocimiento de la presente causa la Dra. María Cristina Narváez Quiñonez. JUEZA TITULAR. **Notifiquese.** 

f) Dr. Luis Araujo Pino, Juez Presidente; Dra. María Cristina Narváez, Jueza; Dr. Raúl Narváez Herrería, Conjuez.

# CASACIÓN

Juicio nro. 2008-2012

Juicio laboral seguido por Jessica Moncayo vs Canal Uno

Juez ponente: Jorge M. Blum Carcelén

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL.** Quito, 23 de junio de 2014, a las 09h45.

**VISTOS**: Dentro del juicio laboral, seguido por JÉSSICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ en contra de JAIME CARRILLO GUEVARA, Gerente General de la compañía CANAL UNO Sociedad Anónima, MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista y, ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA, Director Regional de Noticias de esa Compañía, las partes interponen recursos de casación de la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. ANTECEDENTES. Comparece Jessica Melissa Moncayo Chávez, manifestando que el primero de abril del dos mil ocho suscribió un contrato de trabajo con el señor Jaime Carrillo Guevara, Gerente General de la compañía CANAL UNO, para prestar sus servicios lícitos y personales con relación de dependencia y subordinación en calidad de reportera y conductora de noticias; inicialmente en el horario de 8:30 a 17:30, posteriormente de 9:00 a 18:00. Que con fecha treinta y uno de julio del dos mil nueve, por decisión unilateral del Gerente señor Jaime Carrillo Guevara, ratificada por el principal accionista de la compañía Canal Uno, Marcel Antoine Rivas Sáenz y en presencia del señor Rommel Iván López Espinosa, Director Regional de Noticias y del señor Andrés Carrión, Presentador de Noticias, se dio por terminada la relación laboral, configurándose el despido intempestivo a pesar de encontrarse embarazada. Que la decisión de despedirla intempestivamente, según sus autores, respondió únicamente a la crisis económica de Canal Uno y no a su embarazo. Agrega, que durante el tiempo

de servicio no cobró las bonificaciones de ley, décimos tercera y cuarta remuneraciones, horas extras y suplementarias, utilidades, y parte proporcional de fondos de reserva. Que además de la jornada normal de trabajo, como reportera cubrió noticias y coberturas en altas horas de la noche e incluso madrugadas, días feriados y fechas cívicas nacionales, jornadas especiales por las que jamás le pagaron horas extras. Sí tomó vacaciones autorizadas del uno al quince de junio de dos mil nueve y, que su última remuneración fue de un mil ochenta y seis dólares con noventa y cinco centavos (USD \$ 1.086,95). Con los antecedentes expuestos, demanda al señor JAIME CARILLO GUEVARA (Sic), Gerente General de la COMPAÑÍA CANAL UNO SOCIE-DAD ANÓNIMA, MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista de la compañía CANAL UNO Sociedad Anónima y ROMMEL IVÁN LÓPEZ ESPINOSA, Director Regional de Noticias de la mencionada Compañía, para que en sentencia sean condenados al pago de los valores determinados en la demanda inicial (fs. 6 y 7). Fija la cuantía en USD \$ 26.000,00. La Jueza de primer nivel aceptada la demanda y ordena que los demandados, paguen a la accionante JESSICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ los valores determinados en el fallo, que sumados dan una liquidación total de USD \$13.409,65 (TRE-CE MIL CUATROCIENTOS NUEVE 65/100 DÓLARES), con los intereses respectivos, según lo dispuesto en el art. 614 del Código de Trabajo, en lo que fuere aplicable, los mismos que serán calculados al momento de la ejecución de la sentencia. Radicada la competencia por sorteo en la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, esta





se pronuncia desestimando el recurso de apelación formulado por la parte demandada, aceptando el recurso de apelación de la actora y reformando la sentencia subida en grado, dispone que la empleadora, pague a la actora JESSICA MELISSA MONCAYO CHÁVEZ, el monto de los rubros reconocidos que asciendas a DIECISIETE MIL OUINIENTOS OCHENTA Y OCHO DÓLA-RES 07/100 (\$ 17.588,07). Inconformes con tal resolución tanto la actora, como el demandado, interponen recursos de casación mismos que han sido aceptados a trámite por la Sala de Conjueces de lo Laboral, en auto de 26 de septiembre de 2013, las 14h40. Para resolver se considera: PRIMERO. JU-**RISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas y jueces nacionales, nombrados/as y presionados/as por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designados por el pleno para actuar en esta Sala de lo Laboral, por resolución de 30 de enero de 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo dispuesto en los arts. 184.1 de la Constitución de la República de Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código de Trabajo. SEGUNDO. FUNDAMENTOS **DEL RECURSO:** 

PARTE ACTORA: Considera que se han infringido las siguientes normas de derecho: arts. 3 segundo inciso, 4, 55 primer inciso, 581 último inciso –parte final–, y 588 del Código de Trabajo; y, fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación.

**PARTE DEMANDADA:** Alega como infringidas las siguientes normas de derecho: arts. 131, 140, 141 y 142 del Código de Procedimiento Civil; art. 584 del Código de Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal tercera del art. 3 de la misma ley.

**TERCERO. CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento riguroso de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación;

y por su parte el Tribunal de Casación para decidir, tiene que limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el libelo de la casación. El tratadista Santiago Andrade Ubidia, referente a la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: "La función de la Casación es constituir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional), realice el control de la actividad de los Jueces y Tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública…".

CUARTO. ANÁLISIS DEL CASO, EN RELA-CIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTA-DAS: Este Tribunal, ha examinado la sentencia recurrida y los recaudos procesales, a fin de confrontarlos con la normativa jurídica pertinente y verificar si existen los vicios de ilegalidad acusados, ante lo cual se considera: PRIMERO. RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA: El casacionista argumenta con fundamento en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación: "En el presente caso se ha valorado como prueba, el hecho de que, se los declaró confesos a todos los demandados, sin establecer procesalmente respecto de la autorización que ante Notario Público los demandados realizaren a favor de su abogado defensor, para que responda en la Audiencia definitiva de juzgamiento a dichos requerimientos, por lo que, sostenemos que, este proceder, no constituye prueba adecuadamente valorada, en razón de que la persona jurídica que debió reconocer únicamente estos hechos, y como tales pudieron ser referentes de prueba legal y legítimamente obtenida y valorada, constituirían los expresados por el Gerente General de CANAL UNO S.A., más no como se ha considerado en las sentencias cuya ampliación o aclaración recurro, desconociéndose de hecho, que existe una sustancial diferencia, tanto en la forma de adquirir la representación legal de una persona jurídica (CANAL UNO S.A.), como en el modo de demostrarla, en consideración a que adicionalmente, conforme lo tengo expresado, existió un mandato efectuado ante Notario Público, desconociéndose de hecho, "...la representación legal, que nace de la ley, y se justifica con un instrumento (...) todo ello en concordancia con el art. 140 del Código de Procedimiento Civil, (...) así como lo establecido en los

<sup>1</sup> SANTIAGO ANDRADE UBIDIA, "La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 17.





artículos 141; y, 142 de la norma citada en el sentido de que: "También hace prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de representante legal." Y que, "La confesión presentada en un acto (...) es indivisible debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes...", aspectos que no habría sido claramente precisados con relación a las preguntas planteadas por la actora, en consideración a que, si bien el art. 131 del Código de Procedimiento Civil, determina la posibilidad de declarar el valor probatorio de la confesión ficta; y que este proceder permite a los jueces de primera o segunda instancia, declarara confesos a los requeridos y dar, a esta confesión tácita el valor de prueba, paralelamente establece se considere "...la circunstancia que haya rodeado el acto..."; aspectos que no los consideramos adecuados legal y legítimamente actuados al valorar estos hechos por parte del juzgado, y ser ratificados en segunda instancia; tanto más que, en sí la confesión judicial por la cual se nos declara confesos, además de haber podido ser rendida conforme lo indicado en los párrafos anteriores, ésta pudo haber sido diferida conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil; y, de esta manera actuada por el juzgador de segunda instancia, en concordancia a al tantas veces citados art. 584 (...)". **1.1.** La causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, trata la "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de norma de derecho en la sentencia o auto", esta causal tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, hiciera el Juez/a o Tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes, etc.). b) Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. **c)** Demostración lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, d) Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el

que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. El art. 122 del Código de Procedimientos Civil, define a la confesión judicial como: "la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho. La parte que solicite confesión presentará el correspondiente pliego de posiciones, al que contestará el confesante"; medio probatorio, que fuera solicitado por la parte actora a los demandados, quienes no comparecieron, razón por la cual se los declaró confesos, al tenor del pliego de posiciones formulado, en observancia de lo dispuesto en el art. 581, inciso final del Código de Trabajo "En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio. Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliere con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia". Es de anotar, que los demandados tenían pleno conocimiento que se llevaría a cabo la audiencia definitiva con fecha 24 de agosto del 2011, a las 14h49 minutos, pues fueron legalmente citados con la demanda, razón por la cual señalaron casilla judicial para futuras notificaciones, sin embargo, no acudieron a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, conforme así se verifica del acta (fs. 16), trabándose la litis con la negativa de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, en rebeldía de los demandados; y del mismo modo, no acudieron a la audiencia definitiva a rendir las confesiones judiciales solicitadas como era su obligación, impidiendo la prosecución normal del proceso. 1.2. En cuanto al ataque en el sentido de que: "También hace prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de representante legal."; es importante señalar, que si bien el art. 141 del Código de Procedimiento Civil, establece "También hace prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de representante legal", en el presente caso no ha existido la vulneración alegada, toda vez, que la parte actora al formular la práctica de las pruebas, que incorpora al proceso por escrito a fs. 14 y 14 vta., solicita las confesiones judiciales a los demandados Jaime Carrillo Guevara, Marcel Antoine Rivas





Sáenz y Romel Iván López Espinosa, en forma personal, pretensión procedente al tenor de la disposición del art. 39 ibídem, de tal manera que aun existiendo la procuración judicial (fs. 205-206), otorgada por los demandados a favor del doctor Eduardo Antonio Aguirre Valladares, que en su parte pertinente autoriza: "para que en nombre y representación de los mandantes realice lo siguiente: (...) 3. Para que en caso de requerírseme confesión judicial mi mandatario absuelva las preguntas formuladas", debían ser rendidas de manera personal y no por interpuesta persona. Dicho esto el cargo alegado no prospera. SEGUNDO. RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA: El casacionista con fundamento en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, la cual contiene un vicio in iudicando, esto es, cuando el Juez o Jueza de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado, de darse un caso así, y si la sentencia viola los conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay un error de juicio. Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho, de la Constitución y/o de cualquier código o ley vigente, y los precedentes jurisprudenciales obligatorios. Sostiene: "No se aplicó el artículo 581 del Código de Trabajo, último inciso –parte final–, [...] Hubo una errónea aplicación del primer inciso del art. 55 del Código de Trabajo: (...) 2.3. No fue aplicado el segundo inciso del artículo 3 del Código de Trabajo [...] 2.3. No se aplicó el artículo. 4. Del Código de Trabajo (...) 2.4. No fue aplicado el primer inciso del artículo 588 del Código de Trabajo: (...) 2.5. No fue aplicado el artículo 597 del Código de Trabajo: 2.6. No fue aplicado del artículo 614 del Código de Trabajo que tiene concordancia con el artículo 94 que me permito citar en la parte pertinente: [...]". Añade: "La sentencia, materia del presente Recurso de Casación, ratifica mi derecho a ganar utilidades, pero sostiene no es posible definir el monto por "... carencia de la información indispensable... 1.2. La información indispensable no forma parte de la verdad procesal, como resultado de un evidente desacato de la parte demandada, pues el informe pericial y la ampliación suscritos por el economista Mario Morales Hidrobo, coinciden en manifestar:

Señora Jueza la información proporcionada por la empresa Canal Uno S.A. es incompleta ya que para la experticia solicitada, esto es para el cálculo de utilidades es necesaria la copia del reporte de utilidades de los ejercicios fiscales 2008 y 2009 que la empresa Canal Uno debió presentar al Ministerio de relaciones Laborales y las copias de los Aportes (sic) mensuales al Institución Ecuatoriano de Seguridad Social IESS de los ejercicios fiscales 2008 y 2009 de la nómina del personal de la empresa ...1.3. Como parte de la prueba solicitada por mi defensa consta en el acápite pertinente: [...] 1.4. Más aún, la Juez A Quo ordenó y así consta en el Acta de Audiencia Preliminar de Conciliación, Contestación a la Demanda y Formulación de Pruebas: [...] 1.5. Sobra decir que ninguno de los documentos fueron exhibidos por los demandados, incluidos los roles de pago de las utilidades. Pero nadie puede beneficiarse de su propio dolo o de su propia omisión, de allí que el artículo 581 del Código de Trabajo, último inciso prevé [...]". 2.1. Al respecto, este Tribunal observa, que el casacionista ha olvidado que para viabilizar el recurso por esta causal, se parte de aceptar íntegramente los hechos que se tienen por probados, sin que le esté permitido plantear inconformidad alguna a los medios de convicción presentados, debiéndose formular el ataque al establecimiento de falsos juicios sobre las normas sustanciales aplicables al caso, ya sea por falta de aplicación al no haberlos tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en error de selección que deriva de darles efecto respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en la selección de la norma, pero se le da un alcance o sentido que no lo tiene, presentándose una interpretación errónea, haciendo improcedente, entonces, en la causal primera cualquier censura sobre el análisis probatorio, circunstancia que en este caso, inobserva el recurrente. Al respecto, la Ex-Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado subrayando el carácter formalista de la Casación: "En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia." Del mismo modo, este Tribunal, hace notar que:

Primera Sala de lo Civil y Mercantil, resolución nro. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio nro. 89-99 (Yumisaca vs. Yumisaca), R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000; en el mismo sentido, resolución 229 de 19 de junio de 2001, juicio 168-2000 (Ceballos vs. Palacio).





"Nuestra Ley de Casación dispone que las causales tienen motivos y circunstancias diferentes, siendo autónomas e independientes: ya que los cargos imputados a la sentencia impugnada tienen individualidad propia, y debe tener un nexo de causalidad entre el error y la resolución emitida de tal manera que la violación de origen al fallo", es evidente la falta de técnica, ya que el cargo es presentado sin mayor argumentación, enunciando múltiples irregularidades referidas a temas tan disímiles como la práctica de pruebas, por lo dicho al no haberse configurado la causal primera, este cargo no prospera. Es importante destacar, que la confrontación de una sentencia con la intención de lograr se case parcialmente, en el estadío procesal de casación, comporta para el recurrente una labor persuasiva y dialéctica que ha de comenzar con la identificación de los verdaderos pilares argumentativos sobre los que ha de plantear su recurso, pues ellos han de delimitar el campo de

acción del Tribunal, para resolver, en razón del principio dispositivo vigente por mandato constitucional del artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, que fija en las partes, a través de las pretensiones y excepciones, y no en el juez el establecimiento de los límites dentro de los cuales debe actuar el juzgador. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Laboral, AD-MINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Notifíquese y devuélvase.

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente; Dra. Gladys Terán Sierra Y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juezas Nacionales.

# AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 13 de agosto del 2014, a las 10h13.

**VISTOS:** Dentro del juicio laboral que sigue JÉS-SICA MELISSA MONCAYO CHAVEZ en contra de JAIME CARRILLO GUEVARA, Gerente General de la compañía CANAL UNO Sociedad Anónima, MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ en su calidad de principal accionista y, ROMMEL IVAN LOPEZ ESPINOSA, Director Regional de Noticias de esa Compañía; la parte actora comparece y, solicita ampliación, de la sentencia emitida por este Tribunal de la Sala de lo Laboral, con fecha "23 de junio de 2014, a las 09h45". Para atender la petición se considera: **PRIMERO**. Al tenor de lo dispuesto en el art. 282 del Código de Procedimiento Civil: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y <u>la ampliación, cuando no</u> se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas". En este sentido, procede la solicitud de ampliación, siempre que el peticionario demuestre que en los argumentos indicados por el Tribunal de Casación para no casar la sentencia del Tribunal ad quem, no se han resuelto alguno de los puntos de la *litis*. **SEGUNDO.** En el caso de la especie,

el actor de la causa solicita se amplíe en el sentido de que: "se ordene la cancelación y liquidación de la caución conforme lo prescribe el artículo 12 de la Codificación de la Ley de Casación". 2.1. Al respecto, se observa: a) El art. 12 de la Ley de Casación, establece que: "La caución se cancelará por el tribunal a quo si el recurso es aceptado totalmente por la Corte Suprema de Justicia; en caso de aceptación parcial el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora; si el fallo rechaza el recurso totalmente, el tribunal a quo entregará a la parte perjudicada por la demora, el valor total de la caución"; en el caso de la especie, tanto la parte actora como la demandada, interpusieron recursos de casación, los cuales fueron rechazados en sentencia, de tal manera que no es procedente ordenar se entregue la caución a la parte actora, pues la caución debe ser consignada a la parte actora, en caso de que hubiese sido perjudicada por la demora al interponer la parte demandada únicamente el recurso de casación, cuestión que en el caso sub judice no ocurre, dado que, como hemos dejado sentado anteriormente ambas partes presentaron recursos de casación; por lo que es procedente que el valor



<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Manuel Tama, "El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional", Editores Edilex S.A., p. 107.



total de la caución rendida por la parte demandada le sea devuelta. **b**) En cuanto a lo peticionado, en el sentido de "[...] Que a la parte demandada se le imponga las sanciones y multas contempladas en los artículos 588 del Código de Trabajo y 18 de la Codificación de la Ley de Casación, pues está claro que ha litigado con ausencia de buena fe y lealtad procesal, como lo pone en evidencia la sentencia materia de este recurso horizontal-parte pertinente-)". Es de anotar, que el recurso de casación de la parte actora, conforme se observa de la sentencia de la cual se solicita ampliación, fue rechazado, pues a pesar de que fundamentó su recurso con sustento en la

causal primera, hizo alusión a tema tan disímiles como la práctica de pruebas, evidenciándose en el recurso una falta de técnica de casación, por lo que se desechó el cargo acusado, razón por la cual se torna imposible que exista la omisión que acusa en la decisión de la causa, tanto más, que su petición tiende a conseguir la reforma del fallo, vía recurso horizontal de ampliación. En este sentido, queda atendida la solicitud presentada. **Notifíquese y devuélvase.** 

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente; Dra. Gladys Terán Sierra y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juezas Nacionales.

# *IX* Juicio nro. 1267-2013

Juicio laboral propuesto por Juan Carlos Guevara Manzano, contra Padre Antonio Cabrejas Martin, Director General de estación radial, La Voz del Santuario

### SÍNTESIS

En el juicio de trabajo que sigue Juan Carlos Guevara Manzano, contra el Padre Antonio Cabreras Martín, Director de Estación Radial, La Voz del Santuario, por despido intempestivo y pago de los rubros constantes en la demanda, por todo el tiempo que duró la relación laboral, de los testigos y las pruebas presentadas en el proceso, por el Juez de Primera instancia ordena que el demandado pague al actor los rubros determinados en el considerando séptimo de la sentencia, aceptando parcialmente la demanda. El actor y los demandados al encontrarse inconformes con la sentencia de primera instancia, interponen recurso de apelación, quien ante la prueba analizada no permitieron la convicción de la Sala, respecto a la relación laboral, y que no se han planteado la demanda en contra de los legítimos contradictores, acogiendo la falta de excepción por falta de personería pasiva o legitimación pasiva se rechaza la demanda propuesta por cuanto no han sido tomados en cuenta los anteriores empleadores, dejando a salvo del derecho que tiene el actor para iniciar las acciones pertinentes.- El actor inconforme con este pronunciamiento presenta el recurso de casación, el mismo que luego de un análisis el Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia concluye que el Tribunal ad quem no ha valorado en su totalidad la prueba, infringiendo por tal hecho el inciso primero del Art. 115 del C.P.C., tal como lo alega el casacionista, de la misma manera la motivación realizada por el tribunal de instancia es alejado a la realidad procesal, por cuanto lo afirmado por dicho juzgador no corresponde a las tablas procesales debido a que el actor ha demostrado la existencia de la relación laboral con el demandado, sobre la base de estas consideraciones este Tribunal casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua y confirma la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Primera Civil del Cantón Baños, lo que incluye la liquidación practicada.

6207



### PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE PRIMERA CIVIL DEL CANTÓN BAÑOS. Baños, jueves 06 de junio del 2013, las 15h08.

**VISTOS**: JUAN CARLOS GUEVARA MANZA-NO comparece con la siguiente demanda laboral: manifiesta que en el mes de noviembre del año 1997 ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales en la estación radial "la Voz del Santuario", ubicada en la calle Doce de Noviembre y Ambato, del cantón Baños, provincia de Tungurahua, encontrándose actualmente bajo relación de dependencia y a órdenes del señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, y de quienes recibía órdenes y disposiciones, así como eran quienes dirigían y reglamentaban el trabajo, razón por la cual su trabajo se encontraba subordinado a dichas personas que ejercían funciones de dirección y administración. Indica que en virtud de la modalidad de trabajo para la que fue contratado y que desempeñaba a órdenes de la estación radial "La Voz del Santuario" durante toda la relación laboral, era la de locutor productor, trabajando de lunes a viernes por más de ocho horas diarias en virtud del trabajo encomendado; inclusive señala que igualmente laboraba los días sábados en diversos programas musicales de la radio, que también laboraba los días feriados y de descanso obligatorio especialmente cuando se tenía que realizar las coberturas de los encuentros deportivos o desfiles, así como cuando incrementaba la actividad del volcán Tungurahua. Que es necesario señalar que realizaba producción en off, comerciales, cuñas publicitarias y demás tareas inherentes en horario de 22h00 a 00h00 de lunes a domingo. Que es necesario señalar que la remuneración se ha incrementado periódicamente llegando finalmente a percibir una remuneración de trescientos dólares mensuales. Sin embargo de que en virtud del vínculo laboral proveniente del acuerdo de voluntades, ha venido prestando sus servicios lícitos y personales en la estación radial "La Voz del Santuario", bajo la dependencia y subordinación del señor Padre ANTONIO CA-BREJAS MARTÍN, en su calidad de director

general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, el día lunes 12 de noviembre del 2012, a eso de las 10h00 más o menos, la señorita secretaria Yahaira Huepud, en companía de los referidos Padres ANTONIO CABRE-JAS MARTÍN y JORGE GEOVANNY PAZMI-NO ABRIL, en las instalaciones de la estación radial ubicada en la calle Doce de Noviembre y Ambato, del cantón Baños, provincia de Tungurahua, sin causa ni motivo alguno, procedieron unilateralmente a despedirle intempestivamente de su trabajo indicándole que no podía ingresar a las instalaciones toda vez que supuestamente estaba suspendido hasta poder reunirles para solucionar la falta de pago de sus derechos laborales e inclusive su afiliación al IESS. El despido intempestivo de la cual fue objeto, fue presenciado por varias personas. Consecuentemente, desde el mes de noviembre del año 1977, hasta la fecha que se produjo el despido intempestivo, esto es el día lunes que de noviembre del 2012 (sic), el compareciente se encontraba de manera permanente al servicio tanto del señor Padre ANTONIO CABREJAS MAR-TÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JOR-GE GEOVANNY PAZMINO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, ejecutando un trabajo estable y subordinado en la estación radial "La Voz del Santuario"; el compareciente en su calidad de trabajador, se encontraba sujeto a la organización, disciplina, reglamentación y órdenes de los mencionados señores, todo lo cual determina que se encontraba amparado por el Código del Trabajo. Desde la fecha en que ingresó a laborar en la estación radial "La Voz del Santuario", jamás fue afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, así como tampoco le fueron cancelados los fondos de reserva y demás derechos establecidos en la Ley de Seguridad Social a los cuales legalmente tiene derecho. Dice que además de estas arbitrariedades, es necesario señalar que durante todo el tiempo de la relación laboral el compareciente jamás gozó de vacaciones y beneficios que por ley le corresponden, esto es horas suplementarias y extraordinarias, décimos, bonificaciones, ropa de trabajo, etc. Por las





consideraciones expuestas, demanda al señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la estación radial "La Voz del Santuario", así como en contra del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMINO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, así como sus propios y personales derechos y como responsables solidarios por los derechos que representan en la estación radial "La Voz del Santuario", conforme lo disponen los arts. 36 y 41 del Código del Trabajo, a fin de que en sentencia sean condenados al pago de las indemnizaciones y haberes a los que legalmente tiene derecho: 1. La indemnización por despido intempestivo, de conformidad a lo que dispone el art. 188 del Código del Trabajo; 2. La bonificación por desahucio, por ser consustancial al despido intempestivo, al amparo de lo previsto en el art. 185 del Código de la materia; 3. Al pago de la décimo tercera remuneración por todo el tiempo de trabajo, de conformidad a lo que dispone el art. 111 del Código del Trabajo. 4. Al pago de la décimo cuarta remuneración por todo el tiempo de la relación laboral, de conformidad a lo que dispone el art. 113 del Código del Trabajo; 5. Al pago de las vacaciones no gozadas durante todo el tiempo de trabajo conforme lo estipulan los arts. 69, 71 y 76 del Código del Trabajo; 6. Al pago de horas suplementarias, a razón de cincuenta y seis horas mensuales durante todo el tiempo que laboró, según lo dispuesto en el art. 55 numeral 2 del Código del Trabajo; 7. Al pago de horas extraordinarias, a razón de ocho horas mensuales durante todo el tiempo que laboró, según lo dispuesto en el art. 55 numeral 4 del Código del Trabajo; 8. Al pago de la diferencia salarial, entre lo percibido y la remuneración que legalmente le corresponde en atención a las respectivas tablas sectoriales vigentes, así como al pago de la sanción establecida en el art. 94 del Código del Trabajo, por toda la relación laboral; 9. Compensación en dinero de la ropa de trabajo no proporcionada durante toda la relación laboral, al amparo de lo previsto en el nro. 29 del art. 42 del Código del Trabajo; 10. Al pago de los fondos de reserva con sus respectivos intereses y recargos, según lo dispuesto en los arts. 196 y 202 del Código del Trabajo; 11. Al pago de intereses de Ley calculados desde la fecha que debieron cumplirse tales obligaciones, como lo establece el art. 614 del Código del Trabajo; 12. Al pago de costas procesales en las que se incluirán los honorarios de la defensa, según lo

dispone el inciso segundo del art. 588 del Código del Trabajo; estos valores se liquidarán por todo el tiempo de la relación laboral, y en cuanto los rubros laborales reclamados estuvieron vigentes. El trámite a darse a la presente causa es mediante el procedimiento oral, conforme lo dispone el art. 575 y siguientes del Código del Trabajo. La cuantía de la presente demanda la fija en sesenta mil dólares americanos. Calificada la demanda admitiéndola al trámite establecido en el art. 575 del Código del Trabajo y citados legalmente los demandados Padre ANTONIO CABREJAS MAR-TÍN, en su calidad de director general de la estación radial "La Voz del Santuario" así como del Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, conforme consta de las razones actuariales que obran de autos y convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, comparece el actor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO, con su defensor Dr. Salomón Lozada; y, el Ab. Juan Carlos Orozco, en su calidad de Procurador Judicial de los demandados Padres Antonio Cabrejas Martín en su calidad de director de la estación radial "La Voz del Santuario" y Jorge Geovanny Pazmiño Abril en su calidad de prior provincial y representante legal de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador. El Juzgado insinúo a las partes la posibilidad de un acuerdo, no siendo factible, se dispuso que los demandados contesten la demanda, que lo hacen por escrito (fs. 16-17), proponen las siguientes excepciones: falta de personería pasiva; nulidad del proceso al cual no se allana; incompetencia del juez en razón de la materia; falta de derecho del actor; improcedencia de la acción; por justificadas que sean estas excepciones, solicita se deseche la demanda y se condene en costas al actor por obligarles a comparecer a juicio. Seguidamente el actor formula la prueba por escrito (fs. 129-130); por su parte el demandado también lo hace por escrito (fs. 131-132) y anuncian otras diligencias probatorias, y de lo actuado en la audiencia preliminar consta en el acta de fs. 133-134. Convocadas las partes a audiencia definitiva, se dispuso practicar las pruebas solicitadas en la audiencia preliminar, así: 1. PRUEBA DE LA PARTE ACTORA: declaraciones testimoniales de José Julián Ríos Chagñay, Andrea Alexandra Silva Barrionuevo, Carla Sofía Vega Zúñiga; juramento deferido del actor Juan



Carlos Guevara Manzano; confesiones judiciales de los demandados Padres Antonio Cabrejas Martín y Jorge Geovanny Pazmiño Abril. 2. PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA: confesión judicial del actor Juan Carlos Guevara Manzano. 3. PRUEBA DOCUMENTAL: se dispuso se anexe la prueba documental presentada por los litigantes. De todo lo cual queda constancia en el acta sumaria de audiencia definitiva de fs. 372-378. Agotado el trámite para resolver se considera: PRIMERO: El trámite dado a esta causa, es el procedimiento oral, establecido en el art. 575 del Código del Trabajo, codificado; y, en la tramitación del proceso se han observado las formalidades de ley, por lo que el proceso es válido. **SEGUNDO:** El art. 8 del Código del Trabajo dispone que contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo y la costumbre. En la audiencia preliminar los demandados manifiestan que no existe ninguna relación laboral, que no adeudan valores por concepto de remuneraciones, y que lo que existe es una relación civil, en su contestación a la demanda que consta por escrito de fs. 16 a 17 de los autos, dicen que se trata de una relación comercial de carácter civil, así consta en la parte pertinente que transcribo: "...Señor Juez; respecto de los hechos, por los cuales hoy nos encontramos demandados; los desconocemos, sin embargo hemos llegado a tener conocimiento que la radio La Voz del Santuario, desde el año 2007, ha venido manteniendo con el señor Juan Carlos Guevara Manzano, una relación comercial de carácter civil, cuyas contraprestaciones han sido canceladas en forma oportuna...", ante la negativa de los fundamentos de la demanda, por disposición del art. 113 del Código de Procedimiento Civil, ley supletoria en materia laboral, le correspondía al actor la carga de la prueba, fundamentalmente para demostrar la existencia de la relación laboral, para el efecto él solicitó la declaración de los testigos José Julián Ríos Chagñay, Andrea Alexandra Silva Barrionuevo y Carla Sofía Vega Zúñiga, las confesiones judiciales de los demandados y la exhibición de roles de pago, por su parte los demandados solicitaron la confesión del actor, apreciados estos medios probatorios se establece lo siguiente: a) Los testigos José Julián Ríos Chagñay y Andrea Alexandra Silva Barrionuevo en forma concordante declaran que el actor Juan Carlos Guevara

Manzano, trabajó como locutor y productor en la radio "La Voz del Santuario" de la ciudad de Baños, lo conocen porque fueron compañeros de trabajo. Así el testigo José Ríos a la pregunta 5<sup>ta</sup>.: ";indique usted si durante la relación laboral que usted mantuvo con La Voz del Santuario le constó qué labores hacía el señor Juan Carlos Guevara Manzano?" responde: "Él trabajó como locutor y productor de la radio que grababa los comerciales de la radio, parte de la identificación de la radio AM y FM"; a la pregunta 6<sup>ta</sup>. "¿Qué actividades comprende la producción?" contesta "Dirigir programas locutados, la grabación de cuñas radiales, manejar los eventos que se realizan en la radio, creatividad de lo que sale al aire, realización de textos que identifican en los estops de la radio"; a la pregunta 6<sup>ta</sup>. ";Indique usted qué entendemos por locución y qué actividades identifican a la locución?" declara: "Locución puede ser pregrabada, animada, programas rotativos musicales, locución comercial, comentarista, narrativo"; a la pregunta 7<sup>ma</sup>. "Determine en cuanto se refiere a la locución qué hacía el señor Juan Carlos Guevara en la radio La Voz del Santuario" dice: "Locutaba en el programa que él tenía en la radio, locutaba también en los eventos que hacía la radio una transmisión de partido de fútbol, eventos de las festividades de Baños, eventos que realizaba la radio, ejemplo la farra colegial"; a la pregunta 8<sup>va</sup>.: "Indique si además de estos programas también el señor Juan Carlos Guevara cubría otros como eventos especiales cuando había visitas de otros personajes a la ciudad de Baños, erupciones del volcán, además determinara que otros programas" (sic) contesta: "Cubría estos eventos para dar información a la audiencia, ejemplo en las actividades del volcán Tungurahua, a veces era la madrugada y se le escuchaba que cubría en horarios de la madrugada incluso"; la testigo Andrea Silva a la 9<sup>na</sup>. pregunta del interrogatorio "Indique durante el tiempo en que usted trabajó qué labores hacía en la radio el señor Juan Carlos Guevara" contesta: "Él trabajaba en locución, producción y transmisión de eventos especiales"; a la pregunta 13<sup>a</sup>. "Indique si a usted le consta o sabe de alguna manera si el señor JUAN CARLOS GUEVARA durante el tiempo en que trabajó en la radio hacía locución y producción" responde: "Si"; a la repregunta 8<sup>va</sup>. "Diga la testigo que comprende la producción en una estación radial" contesta: "Grabación de spots publicitarios, grabación de comerciales, el manejo del programa de música de la radio, grabación de cualquier evento especial





que ocurría en la radio, en los noticieros, manejo y grabación de la transmisión de cuñas enviadas por agendas publicitarias". Los mismos testigos afirman que para los trabajos de locución y producción el actor recibía órdenes de los directores de turno de la radio "La Voz del Santuario", así el testigo José Julián Díaz a la pregunta 11ª: "Indique si tanto los trabajos de locución como de producción durante el tiempo en que usted trabajó en la radio el señor Juan Carlos Guevara los hacía por cuenta propia o por órdenes de los directores de turno de la radio" indica: "Efectivamente lo realizaba por los directores de turno de la radio"; a la pregunta 12a: "Indique igualmente si el tiempo en que usted trabajó le constó que el señor Juan Carlos Guevara cumplía órdenes superiores esto es de los directores para realizar cualquier evento o trabajo" responde: "Efectivamente llegaba el director y le pedía que realice algún trabajo de producción o se presentaba algún evento y designaban personal para cubrir ese evento"; a la repregunta 7<sup>ma</sup>. "Habiendo manifestado el testigo que trabajó para la radio La Voz del Santuario entre el periodo del 2008 al año 2012, diga el testigo en ese lapso de tiempo el nombre del religioso que fungió como director de la estación radial" contesta "Edgar Quishpe"; la testigo Andrea Silva a la pregunta 11a: "Indique si durante el tiempo que trabajó como secretaria cuál era el mecanismo para que el señor Juan Carlos Guevara realice una producción" contesta "Necesitábamos la disposición del director de turno; a la 12a: "Indique si el señor Juan Carlos Guevara las actividades que desempeñaba tanto en locución como en producción y cobertura de eventos lo hacía por cuenta propia o disposiciones del director de la radio" responde: "Todo se realizaba bajo la disposición del director"; a la repregunta 3ra. "Diga la testigo si usted durante el tiempo de trabajo que asevera haber cumplido para la radio siempre vio en la estación radial al señor Juan Carlos Guevara" declara: "Si"; a la repregunta 4ta. "Diga la testigo en virtud de que usted ha manifestado haber trabajado como secretaria de la estación radial La Voz del Santuario cuáles eran sus funciones específicas" contesta: "Recibir disposiciones del director, atención al cliente"; a la repregunta 5<sup>ta</sup>. "Diga la testigo en el tiempo de ingreso a la radio La Voz del Santuario esto es mayo 2007 cuál era el religioso que tenía el cargo de director de la estación radial" declara: "En mayo del 2007 no fue un sacerdote". Los referidos testigos José Julián Ríos Chagñay, Andrea Alexandra Silva Barrionuevo,

son concordantes en manifestar que el actor percibía una remuneración mensual, la forma de pago era mediante cheques. La testigo Andrea Alexandra Silva Barrionuevo manifiesta que cuando empezó trabajando nadie de los trabajadores facturaba, pero posteriormente recibieron la orden de facturar, que era una obligación para el cobro de su sueldo mensual, eso se desprende de las respuestas que da a las peguntas: 15a: "Indique si usted sabe las razones por las cuales facturaba el señor Juan Carlos Guevara" contesta: "Cuando empecé trabajando nadie de los trabajadores facturaba, posteriormente recibimos la orden de facturar"; a la pregunta 16a: "Indique de quien recibieron la orden" contesta. "Del director y la señora contadora, que era una orden del señor Abogado"; a la pregunta 17a: "Indique si consecuentemente tanto el señor Guevara Juan Carlos así como usted y otros empleados de la radio empezaron a facturar después de la orden indicada anteriormente" responde: "Sí, era obligación porque caso contrario no íbamos a poder cobrar nuestro mensual". Se acepta el valor probatorio de estos testimonios por ser libres de tacha y en consecuencia sus dichos merecen fe, como establece la siguiente jurisprudencia: "SÉP-TIMA. En materia laboral, además, son los compañeros del trabajador que reclama sus derechos, los testigos que, de mejor modo, pueden ayudar, al juez a esclarecer un punto cualquiera que se indague en la controversia; esta clase de testigos, se denominan en la doctrina, necesarios o inexorables, y no afectaba tacha alguna, pues, sin un testimonio, los altos intereses de la justicia quedarían burlados..." (Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. Nro. 12. Pág. 2777). b) El lunes seis de mayo del presente año a las diez horas nueve minutos, los demandados exhibieron en 191 fojas, comprobantes de egreso, facturas y notas de venta que corresponden al pago realizado al actor Juan Carlos Guevara Manzano, con Registro de Contribuyentes (RUC) número 18003329224001, por los servicios prestados a la radio La Voz del Santuario, desde el año 2007 hasta el año 2012, como detallan los mismos accionados en el acta de fs. 330-331, en los comprobantes de egreso en su parte inferior consta la información del cheque y número de cuenta bancaria en el cual se cancelaron las facturas y notas de venta por los servicios lícitos y personales prestados por el actor, la referida documentación exhibida consta de fs. 139 a fs. 328 de los autos, los comprobantes de egreso emitidos por la Voz del Santuario RUC radio La con



17911748654001, justifican que no solo se ha pagado al actor por los servicios mensuales de producción y locución sino además de comisiones en diversos porcentajes que constan en esos documentos exhibidos, y en el pie de los mismos consta que se ha emitido el cheque correspondiente. c) Se receptó la confesión judicial del Padre Antonio Cabrejas Martín, el que reconoce al contestar la pregunta tercera, que el actor señor Juan Carlos Guevara Manzano si ha trabajado en la estación de radio La Voz del Santuario, y dice de lo que él sabe ha trabajado dos horas diarias como locutor y también ha conseguido espacios de publicidad de los que lleva un tanto por ciento. El demandado Padre Jorge Geovanny Pazmiño Abril, en su confesión a las preguntas 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup>, dice que el actor Juan Carlos Guevara no trabajó bajo la dependencia de la Congregación de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, no le consta si el señor Juan Carlos Guevara trabajó en la estación radial La Voz del Santuario, lo que sabe es que era un productor particular y que por lo tanto facturaba a través de ciertas cuñas que le ofrecían en la ciudad. d) En su confesión judicial el actor se ratifica en el contenido de la demanda, sustancialmente ratifica haber laborado para la radio "La Voz del Santuario", de locutor productor, que su pago era mensual, cabe destacar la pregunta 26<sup>a</sup> y su respuesta: a la 26a: "Diga el confesante si es verdad que la prestación de sus servicios se los realizaba previo a la entrega de sus facturas o notas de venta" contesta: "Mensualmente me pagaban, obviamente tenía que facturar o dar nota de venta porque me obligaron a sacar a mí y a todo el personal, si no emitía la nota de venta o factura no me pagaban, inclusive un mes no me pagaron hasta no sacar la nota de venta o factura, entonces como un estudiante que necesitaba del recurso económico para sustentar mis estudios tenía que sacar facturas para que me paguen y así tener dinero para mis estudios y que no me despidan, en este último tiempo desde el 2008 no estoy muy seguro de los años yo emitía notas de venta no facturas, porque precisamente fue el señor Ab. Juan Carlos Orozco quien me obligó ahí si estuvimos en una reunión absolutamente todos me obligó a cambiarme de las notas de venta a facturas". Con la prueba testimonial y documental actuada por el demandado, se justifica los presupuestos para la existencia de la relación laboral, esto es la prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración. La jurisprudencia determina que en la relación laboral lo realmente

importante es la realidad en la que se desarrolla la prestación de servicios, frente a las formas que tratan de ocultar su verdadera naturaleza para que aparezcan como no laborales. En este caso los demandados han tratado de negar la relación laboral alegando la existencia de una relación comercial civil, sin embargo se ha demostrado que la relación existente entre los litigantes es la enmarcada en el art. 8 del Código del Trabajo. No se ha demostrado que el actor era un productor particular, pues los testigos afirman que ha trabajado para la radio "La Voz del Santuario", bajo las órdenes que le impartía el Director de la radio, y tratan de fundamentar su negativa exclusivamente en el hecho que el actor para cobrar sus haberes emitía notas de venta y facturas, lo que por el contrario es una evidencia que ha existido en realidad un contrato de participación del producto del empleador, en concepto de retribución por el trabajo, como preceptúa el art. 13 del Código del Trabajo: "Formas de remuneración: ...contrato en participación es aquel en que el trabajador tiene parte en las utilidades de los negocios del empleador, como remuneración de su trabajo. La remuneración es mixta cuando, además del sueldo o salario fijo, el trabajador participa en el producto del negocio del empleador, en concepto de retribución de su trabajo", y se evidencia que la relación fue laboral en virtud que se ha probado que el actor fue empleado privado, y de conformidad con lo previsto en el art. 305 del Código del Trabajo: "Empleado privado o particular es el que se compromete a prestar a su empleador servicios de carácter intelectual o intelectual y material en virtud de sueldo, participación de beneficios o cualquier forma semejante de retribución siempre que tales servicios no sean ocasionales", y la prueba actuada en esta contienda legal demuestra que la relación laboral fue permanente y no ocasional. De fs. 102 a 109 constan ocho carnets que acreditan al actor Juan Carlos Guevara Manzano como locutor de la radio "La Voz del Santuario" del cantón Baños emisora 98.7 FM 960 AM. Por lo expuesto y sin que sean necesarias otras argumentaciones se considera demostrada la existencia de la relación laboral. **TERCERO:** La relación laboral materia de esta causa cuya existencia se halla demostrada como se indica en el considerando anterior, está sujeta al Código Laboral, la misma que se tendrá desde el 01 de noviembre del año 1997 hasta el 12 de noviembre del año 2012 y como remuneraciones percibidas por el accionante durante la relación laboral los salarios sueldos básicos desde el inicio





de la relación laboral mínimos legales y USD\$ 300,00 desde enero del año 2009 y como última remuneración percibida, como indica el actor en su juramento deferido rendido de conformidad con lo preceptuado por el art. 596 del Código del Trabajo y en su confesión judicial en virtud que del proceso no aparece otra prueba al respecto, capaz y suficiente para demostrar tales particulares. CUAR-TO: El demandado opuso excepciones dilatorias que es pertinente resolver previamente a un pronunciamiento sobre lo que va a ser materia principal del juicio. Alega ilegitimidad de personería pasiva, dilatoria que se refiere a la falta de capacidad legal para comparecer al juicio. De acuerdo con nuestro sistema procesal, todas las personas son capaces para ello, excepto las señaladas específicamente en el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil. Una persona puede comparecer también en juicio por medio de procurador judicial. Hay igualmente ilegitimidad de personería cuando la procuración judicial es viciosa. Específicamente hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (la capacidad de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra, art. 1461 inciso final del Código Civil); 2) El que afirma ser representante legal y no lo es (son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya potestad vive, su tutor o curador y lo son de las personas jurídicas; las designadas en el art. 570 del Código Civil; 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder (son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio. Art. 38 del Código de Procedimiento Civil); 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (Gestor de negocios). En el presente juicio no se advierte que los demandados se hallen comprendidos en algunos de los casos de ilegitimidad de personería puntualizados, y consta de autos la procuración judicial otorgada a favor de su defensor para que intervenga en esta causa en su representación lo que es perfectamente legal por ende no es admisible esa dilatoria. Alegan los demandados incompetencia del Juez en razón de la materia, al respecto se indica que el suscrito es juez multicompetente, avoque conocimiento de la presente causa, en virtud del sorteo de ley, y en cumplimiento a la resolución nro. 097-2012, de fecha 21 de agosto del 2012, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, que crea y determina la

competencia de la Unidad Judicial Multicompetente Primera Civil del cantón Baños de Agua Santa, provincia de Tungurahua, así como por lo previsto por el art. 245 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que las juezas y jueces únicos o multicompetentes dentro de la jurisdicción territorial que el Consejo de la Judicatura determine conocerán de todas las materias. Se alegó falta de derecho la que no procede en virtud que ha quedado demostrada la existencia de la relación laboral como consta del considerando segundo de esta sentencia. QUINTO: El actor alega en su demandada que el día lunes 12 de noviembre del 2012, a eso de las 10h00 más o menos, la señorita secretaria Yahaira Huepud, en compañía de los referidos Padres ANTONIO CABREJAS MARTÍN y JORGE GEOVANNY PAZMIŃO ABRIL, en las instalaciones de la estación radial ubicada en la calle Doce de Noviembre y Ambato, del cantón Baños, provincia de Tungurahua, sin causa ni motivo alguno, procedieron unilateralmente a despedirle intempestivamente de su trabajo indicándole que no podía ingresar a las instalaciones toda vez que supuestamente estaba suspendido hasta poder reunirles para solucionar la falta de pago de sus derechos e inclusive su afiliación al IESS. El despido intempestivo de la cual fue objeto, fue presenciado por varias personas. Los demandados en su contestación a la demanda manifestaron que desconocen los hechos esto es negaron el despido intempestivo revirtiendo la carga de la prueba. El despido intempestivo un hecho ejecutado por el empleador que tiene el efecto de dar por terminada la relación laboral de manera arbitraria y unilateral, la demostración con determinación de lugar, fecha y circunstancias, le corresponde a quien alega que se ha producido tal hecho, que en el presente caso no se ha justificado, por lo expuesto no procede su pago. **SEXTO:** Establecida la relación laboral, el tiempo de servicios y la remuneración percibida, correspondía al demandado probar que ha cumplido con la obligación que le impone el contrato individual de trabajo, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del art. 42 del Código Laboral. A falta de prueba es procedente el pago de los siguientes rubros: A) El pago de la décimo tercera remuneración durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse demostrado su pago. B) El pago de la décimo cuarta remuneración durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse demostrado su pago. C) El pago de las vacaciones durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse



demostrado su pago. D) El pago de los intereses en los rubros que señala el art. 614 del Código del Trabajo que serán liquidados una vez ejecutoriada la sentencia. E) El pago de las costas procesales donde se incluirán los honorarios del abogado del actor por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 588 del Código del Trabajo. **SÉPTIMO:** No es procedente el pago de lo siguiente: A) La indemnización por despido intempestivo prevista en el art. 188 del Código del Trabajo y la bonificación por desahucio que señala el art. 185 del mismo Código que es consustancial al despido por no haberse demostrado como se analiza en el considerando quinto de esta sentencia. B) El pago de horas extraordinarias y suplementarias, en virtud que los testimonios de Jose Julián Rios Chagñay y Andrea Alexandra Silva Barrionuevo, no obstante que afirman haber sido compañeros de trabajo del actor, no aportan datos que orienten con claridad a establecer el número de horas y la regularidad o la frecuencia que el ex trabajador laboró en horas suplementarias y extraordinarias, pues el primer testigo dice que el actor trabajaba aproximadamente ocho horas a nueve horas al día, también indica que a veces el trabajo de producción le llevaba incluso quedarse en la radio hasta las dos y tres de la mañana, y también dice que básicamente serian unas diez horas (respuesta a la pregunta 14ª. de su declaración); la otra testigo, a la pregunta 18a. realizada por el actor: "Indique usted el tiempo aproximado que trabajaba el señor Juan Carlos Guevara diariamente en labores de producción y locución" responde: "En locución todos los días de 10 a 12 del día, en producción no tenía horario establecido porque realizaba producción a la hora que se requería en la tarde o noche", por lo que no se puede determinar horas fijas y determinadas de labor efectiva, como para que proceda el pago de estos rubros. C) No se ha demostrado que se hubiere pagado al trabajador como emolumentos mensuales remuneraciones inferiores a las mínimas legales, en la demanda manifiesta la actora que la remunese ha incrementado periódicamente llegando finalmente a percibir una remuneración de trescientos dólares, lo que ratifica en su juramento deferido, el salario básico unificado que estuvo vigente en el año 2012 en que terminó la relación laboral fue de USD\$ 292,00 por lo que la remuneración que estuvo percibiendo el actor no es inferior a la mínima legal por lo que no procede el pago de diferencias de sueldos. E) El pago del fondo de reserva por cuanto el actor a la fecha de

presentación de la demanda, estuvo afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, reclamación que no es competencia del juez de trabajo, por lo que el trabajador al sentirse afectado por el pago de ese rubro debía presentar el reclamo por vía administrativa ante la referida Institución del sistema de seguridad social ecuatoriano por ser un derecho irrenunciable del trabajador por así disponer la legislación ecuatoriana. F) Ropa de trabajo, dadas las funciones que ha desempeñado el accionante, pues este derecho es más bien de los obreros. (2-IX-98. Res. 195-1997, Segunda Sala Corte Suprema, R.O. 51, 21-X-1998). **OCTAVO:** De conformidad con la resolución obligatoria dictada por la Ex. Corte Suprema de Justicia se precede a liquidar los rubros determinados en el considerando séptimo de este fallo: RUBROS LIQUIDA-DOS EN BASE A LOS SALARIOS BÁSICOS DESDE EL INICIO DE LA RELACIÓN LABO-RAL Y USD\$ 300,00 DESDE EL MES DE ENE-RO DEL AÑO 2009 HASTA LA TERMINA-CIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: 1. DÉ-CIMO TERCER SUELDO DURANTE LA RE-LACIÓN LABORAL: Art. 111 C.T.: del 01/11/97 al 31/10/98: USD 4,00; del 01/11/98 al 31/10/99: USD 4,00; del 01/11/99 al 31/10/2000: USD 17,33; del 01/11/2000 al 31/10/2001: USD 74,70; del 01/11/2001 al 31/10/2002: USD 101,67; del 01/11/2002 al 31/10/2003: USD 119,05; del 01/11/2003 al 31/10/2004: USD 133,33; del 01/11/2004 al 31/10/2005: USD 147,60; del 01/11/2005 al 31/10/2006: USD 158,33; del 01/11/2006 al 31/10/2007: USD 168,33; del 01/11/2007 al 31/10/2008: USD 195,00; del 01/11/2008 al 31/10/2009: USD 283,33; del 01/11/2009 al 31/10/2010: USD 300,00; del 01/11/2010 al 31/10/2011: USD 300,00; del 01/11/2011 al 31/10/2012: USD 300,00; del 01/11/2012 al 12/10/2012: USD 10,00. SUBTOTAL: 2.316,67. 2. DÉCIMO CUARTO SUELDO DURANTE LA RELA-CIÓN LABORAL: Art. 111 C.T.: del 01/11/97 al 31/10/98: USD 4,00; del 01/11/98 al 31/10/99: USD 4,00; del 01/11/99 al 31/10/2000: USD 17,33; del 01/11/2000 al 31/10/2001: USD 74,70; del 01/11/2001 al 31/10/2002: USD 101,67; del 01/11/2002 al 31/10/2003: USD 119,05; del 01/11/2003 al 31/10/2004: USD 133,33; del 01/11/2004 al 31/10/2005: USD 147,60; del 01/11/2005 al 31/10/2006: USD 158,33; del 01/11/2006 al 31/10/2007: USD 168,33; del 01/11/2007 al 31/10/2008: USD





195,00; del 01/11/2008 al 31/10/2009: USD 283,33; del 01/11/2009 al 31/10/2010: USD 300,00; del 01/11/2010 al 31/10/2011: USD 300,00; del 01/11/2011 al 31/10/2012: USD 300,00; del 01/11/2012 al 12/10/2012: USD 10,00. SUBTOTAL: 2.316,67. 3. VACACIONES DURANTE TODA LA RELACIÓN LABORAL ART. 71 C.T. SUBTOTAL: 1.158,33. TOTAL RUBROS LIQUIDADOS: 5.791,67.

Por lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTI-CIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERA-NO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que los demandados Padres Antonio Cabrejas Martín en su calidad de director de la estación radial "La Voz del Santuario" y Jorge Geovanny Pazmiño Abril en su calidad de prior provincial de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, por sus propios derechos y los que representan en la referida estación radial, paguen al actor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO la cantidad de CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (USD\$ 5.791,67) y los intereses que se calcularán oportunamente. Con costas. En el diez por ciento de la liquidación se regulan los honorarios del Abogado defensor del actor. Se declaran sin lugar los otros rubros reclamados como se analiza en el considerando séptimo de esta sentencia. **Léase** en público y **notifíquese**.

f.) Dr. Raúl Castro González, Juez.

# **AMPLIACIÓN**

# Juez ponente: Dr. Ricardo Araujo

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA SEGUNDA DE LO CIVIL. Ambato, viernes 09 de agosto del 2013, las 10h09.

**VISTOS:** Avoco conocimiento el suscrito Dr. Ricardo Amable Araujo Coba, en calidad de Juez de la Sala, por disposición del Ec. Mauro Real López, Director del Consejo de la Judicatura de Tungurahua, mediante acción de personal nro. DP18-733-2013 del 25 de julio de 2013. De fs. 4 a fs. 5 del cuaderno de primera instancia obra la demanda que ha propuesto JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO, quien expresa en forma textual en las partes pertinentes: "...En el mes de noviembre del año 1997 ingresé a prestar sus servicios (sic) lícitos y personales en la estación radial "La Voz del Santuario", ubicada en la calle Doce de Noviembre y Ambato, del cantón Baños, provincia de Tungurahua, encontrándome actualmente bajo relación de dependencia y a órdenes del señor Padre AN-TONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, y de quienes recibía órdenes y disposiciones, así como eran quienes dirigían y reglamentaban el trabajo, razón por la cual su trabajo se encontraba subordinado a

dichas personas que ejercían funciones de dirección y administración...desempeñaba a órdenes de la estación radial "La Voz del Santuario" durante toda la relación laboral, era la de locutor productor, trabajando de lunes a viernes por más de ocho horas diarias en virtud del trabajo encomendado; inclusive señala que igualmente laboraba los días sábados en diversos programas musicales de la radio, que también laboraba los días feriados y de descanso obligatorio especialmente cuando se tenía que realizar las coberturas de los encuentros deportivos o desfiles, así como cuando incrementaba la actividad del volcán Tungurahua...realizaba producción en off, comerciales, cuñas publicitarias y demás tareas inherentes en horario de 22h00 a 00h00 de lunes a domingo...la remuneración se ha incrementado periódicamente llegando finalmente a percibir una remuneración de trescientos dólares mensuales. Sin embargo de que en virtud del vínculo laboral proveniente del acuerdo de voluntades, ha venido prestando sus servicios lícitos y personales en la estación radial "La Voz del Santuario", bajo la dependencia y subordinación del señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEO-VANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador,



el día lunes 12 de noviembre del 2012, a eso de las 10h00 más o menos, la señorita secretaria Yahaira Huepud, en compañía de los referidos Padres AN-TONIO CABREJAS MARTÍN y JORGE GEO-VANNY PAZMINO ABRIL, en las instalaciones de la estación radial ubicada en las calles Doce de Noviembre y Ambato, del cantón Baños, provincia de Tungurahua, sin causa ni motivo alguno, procedieron unilateralmente a despedirle intempestivamente...indicándome que no podía ingresar a las instalaciones toda vez que supuestamente estaba suspendido hasta poder reunirles para solucionar la falta de pago de sus derechos laborales e inclusive su afiliación al IESS...Consecuentemente, desde el mes de noviembre del año 1997, hasta la fecha que se produjo el despido intempestivo, esto es el día lunes 12 de noviembre del 2012, el compareciente se encontraba de manera permanente al servicio tanto del señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMINO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, ejecutando un trabajo estable y subordinado en la estación radial "La Voz del Santuario"; el compareciente en su calidad de trabajador, se encontraba sujeto a la organización, disciplina, reglamentación y órdenes de los mencionados señores, todo lo cual determina que se encontraba amparado por el Código del Trabajo...Por las consideraciones expuestas, demanda al señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la estación radial "La Voz del Santuario", así como en contra del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, así como sus propios y personales derechos y como responsables solidarios por los derechos que representan en la estación radial "La Voz del Santuario", conforme lo disponen los arts. 36 y 41 del Código del Trabajo, a fin de que en sentencia sean condenados al pago de las indemnizaciones y haberes a los que legalmente tiene derecho...", por lo que en juicio oral reclama el pago de la indemnización por despido intempestivo, la bonifipor desahucio, la decimotercera remuneración, la decimocuarta remuneración, las vacaciones no gozadas, el valor de las horas suplementarias y extraordinarias, las diferencias de las remuneraciones, la compensación en dinero de la

ropa de trabajo, el fondo de reserva, los intereses, costas y honorarios. Admitida a trámite la demanda por parte del señor Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Primera de lo Civil del cantón Baños y citados los demandados, comparece el procurador judicial de los demandados y contesta la demanda señalando en sus partes más importantes en la audiencia preliminar que en síntesis, ha negado la existencia de la relación laboral, propone como excepciones la falta de personería pasiva, nulidad del proceso, incompetencia del juez en razón de la materia, falta de derecho del actor, improcedencia de la acción. De esta forma se encuentra trabada la litis, luego del trámite respectivo, el señor Juez de primera instancia ha dictado sentencia el día jueves 06 de junio del 2013, las 15h08 aceptando parcialmente la demanda y disponiendo el pago de cinco mil setecientos noventa y un dólares americanos con sesenta y siete centavos; sentencia de la que han apelado las dos partes, concediéndoles el recurso; por lo que una vez enviado los autos, la competencia se ha radicado en esta Segunda Sala de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia, de conformidad con el numeral 1 del art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, para resolver se considera: **PRIMERO:** Se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y se ha cumplido con el procedimiento establecido para el juicio oral de trabajo, según lo dispuesto en el art. 575 y siguientes del Código del Trabajo por lo que el proceso es válido. **SEGUNDO:** Al tenor de lo dispuesto en el art. 76 numerales 1, 3 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra que en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá entre otras garantías, que toda autoridad administrativa o judicial, tiene que garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 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. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Es necesario recalcar los siguientes principios: "PRINCIPIO DISPOSITIVO, DE IN-MEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN" contemplado en el art. 19 inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial, el mismo que





expresa: "...Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley..."; "PRINCIPIO DE LA VER-DAD PROCESAL", normado en el art. 27 ibidem, por medio del cual, en la parte pertinente se dispone: "...Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes...". Para esta clase de causas constituye punto sustancial el verificar si entre actor y demandado ha existido vínculo laboral en los términos como lo define el art. 8 del Código del Trabajo, relación que ha sido negada por los demandados, en los siguientes términos: "...Señor Juez; respecto de los hechos, por los cuales hoy nos encontramos demandados; los desconocemos, sin embargo hemos llegado a tener conocimiento que la radio La voz del Santuario, desde el año 2007, ha venido manteniendo con el señor Juan Carlos Guevara Manzano, una relación comercial de carácter civil, cuyas contraprestaciones han sido canceladas en forma oportuna...", correspondiéndole, por tanto, la carga de la prueba al demandante, que afirma que si ha existido, según lo dispuesto en el art. 113 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria). Así tenemos: 1. El actor señor JUAN CAR-LOS GUEVARA MANZANO en su escrito de demanda expresó en forma textual "...Consecuentemente, desde el mes de noviembre del año 1997, hasta la fecha que se produjo el despido intempestivo, esto es el día lunes 12 de noviembre del 2012, el compareciente se encontraba de manera permanente al servicio tanto del señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, ejecutando un trabajo estable y subordinado en la estación radial "La Voz del Santuario"; el compareciente en su calidad de trabajador, se encontraba sujeto a la organización, disciplina, reglamentación y órdenes de los mencionados señores, todo lo cual determina que se encontraba amparado por el Código del Trabajo..." (ref. fs. 4 vuelta), documento que según su confesión rendida en la AUDIENCIA DEFINI-TIVA, el día miércoles 15 de mayo del 2013, procedió a reconocer su firma, así como también se ratifica en el contenido de la demanda cuya firma

ha reconocido, según obra de la pregunta y respuesta 1<sup>a.</sup> y 2<sup>a.</sup> (ref. fs. 375 vuelta); más de la documentación que obra de fs. 26, fs. 24 se desprende que el Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN, es director de la radio "La Voz del Santuario de Baños", cuya fecha de aceptación es el 12 de diciembre del 2012; y, el Padre JORGE GEOVAN-NY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de prior provincial y representante legal de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, cuyo registro tiene la fecha de 23 de septiembre del 2011, respectivamente, aspectos que difieren totalmente de lo expresado por el actor en su escrito de demanda, toda vez que hace imposible que el actor señor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO durante el tiempo comprendido entre noviembre del año 1997, hasta el día lunes 12 de noviembre del 2012, el compareciente se encontraba de manera permanente al servicio tanto del señor Padre ANTONIO CABRE-JAS MARTÍN, en su calidad de director general de la referida estación radial, así como del señor Padre JORGE GEOVANNY PAZMINO ABRIL, en su calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, ejecutando un trabajo estable y subordinado en la estación radial "La Voz del Santuario", aspecto que no es creíble más aún que de la documentación antes referida se desprende en forma categórica que el Padre ANTONIO CABRE-JAS MARTÍN, Director de la radio "La Voz del Santuario de Baños", recién inicia en sus funciones el 12 de diciembre del 2012; mientras que el Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de prior provincial y representante legal de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, tiene la fecha de su registro el 23 de septiembre del 2011. Por otra parte cabe indicar que el actor señor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO, expresa que prestó sus "...servicios lícitos y personales en la estación radial "La Voz del Santuario"...", más de la documentación que obra de fs. 26, fs. 24 si nos vamos a las expresiones semánticas se aprecia que se trata de otra emisora radial, esta es: "La Voz del Santuario de Baños". Cabe manifestar que el accionante señor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO, en la confesión rendida en la AUDIENCIA DEFI-NITIVA, el día miércoles 15 de mayo del 2013, expresa a las preguntas "A la 8a. El confesante en su demanda también ha manifestado que durante todo el tiempo de relación laboral en la estación



radial La Voz del Santuario, esto es en el periodo comprendido entre el año 1997 y el año 2012 estuvo de manera permanente al servicio del Padre Antonio Cabrejas Martín como director de la estación radial La Voz del Santuario, diga si esto es verdad. Hubo muchas personas en la dirección en el transcurso de los últimos tiempos hablo de unos 4 o 5 años atrás formó parte activa el Padre Antonio Cabrejas de la radio La Voz del Santuario, en muchas ocasiones había la disyuntiva de parte de quien yo recibo órdenes si de parte de Padre Cabrejas, de parte de Padre Geovanny de parte del Padre Edgar o de parte de los directores de programas. A la 9a. De igual manera el confesante ha manifestado que durante el tiempo de trabajo comprendido entre el tiempo de 1997 a 2012 estuvo al servicio permanente del Padre Jorge Geovanny Pazmiño en calidad de máxima autoridad de la provincia de Santa Catalina de Siena Ordenes de Predicadores del Ecuador, diga el confesante si esto es verdad. Creo que se vuelve a misma respuesta, (sic) porque durante mucho tiempo tanto los padres dominicos que dirigían la estación radial como los directores musicales siempre me decían orden del Padre Geovanny Pazmiño y como lo indiqué siempre existía la disyuntiva, pero siempre recibía órdenes..." (ref. fs. 375 vuelta) contradicciones como se dejó indicado en líneas anteriores, se podría presumir, pretende modificar el texto de la demanda. TERCERO: A fin de que exista una relación laboral, es necesario dar cumplimiento a cada uno de los componentes establecidos en la definición del contrato individual del trabajo, que se encuentra normado en el art. 8 del Código del Trabajo, que textualmente dispone: "contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el pacto colectivo o la costumbre" y que como lo ha manifestado la Sala, para que exista un contrato individual de trabajo, amerita la concurrencia de los siguientes elementos: convenio o acuerdo de voluntades, mediante el cual una persona se compromete para con otra a prestar sus servicios personales; la licitud de estos; la dependencia del trabajador hacia el patrono, que conlleva la facultad de este último para darle órdenes y la obligación correlativa del trabajador para cumplirlas, y por último, la remuneración, que consiste en la retribución a que tiene derecho el empleado u obrero por su labor realizada. La inexistencia de

uno solo de estos requisitos consustanciales, excluye la relación laboral. En el presente caso ante la prueba que ha sido analizada en el considerando anterior, no permite establecer la convicción de la Sala, respecto a la relación laboral, tal como lo manifiestan los demandados "la falta de personería pasiva" o como la legislación lo denomina "FALTA DE LIGITIMACIÓN EN LA CAUSA O NO LEGÍTIMO CONTRADICTOR", por medio del cual CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCAN-TIL. Quito, 23 de abril del 2007. Las 11H00, expresa "...La falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Sobre este tema, el profesor Hernando Devis Echandía expresa que para que haya legitimatio ad causam no se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño, pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda. Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; más, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquél (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso. Tomo I. pp. 269-270, 14a edición, editorial ABC, 1996)... Por otra parte, la legitimación en la causa o legitimación ad causam determina no solo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es





indispensable que concurran determinada persona (como litis consortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea (sic) posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en el de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso (obra citada, pp. 268-269)..." Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, Nro. 4. Página 1320. (Quito, 23 de abril de 2007)". En el presente caso no se ha planteado la demanda en contra de los legítimos contradictores, esto es, Edgar Quishpe (período 2008 al año 2012, según la repregunta nro. 7 al señor JOSE JULIÁN RÍOS CHAGNAY), señor José Luis Barrera (en el año 2006, de acuerdo a la repregunta nro. 4 la señora CARLA SOFÍA VEGA ZÚNIGA), desconociéndose cuales eran los directivos en los años comprendidos noviembre 1997 al 2005, testigos solicitados por la misma parte actora, quienes de presumirse, con la salvedad indicada, fueron sus empleadores de la estación radial "la Voz del Santuario" en el período comprendido desde noviembre del año 1997, hasta el día lunes 12 de noviembre del 2012; mientras que el Padre AN-TONIO CABREJAS MARTÍN, es director de la radio "La Voz del Santuario de Baños", recién desde el 12 de diciembre del 2012; y el Padre JORGE GEOVANNY PAZMIÑO ABRIL, en su calidad de prior provincial y representante legal de la provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, tiene la fecha de su registro el 23 de septiembre del 2011. Es decir que la demanda adolece de falta de legitimación pasiva en la causa, por no estar todas las personas que deben ser demandadas e incluso por no identificarse claramente en donde mismo se prestó los servicios bien en la estación radial "la Voz del Santuario" o en la radio "La Voz del Santuario de Baños". Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**, se rechaza el recurso interpuesto por el señor JUAN CARLOS GUEVARA MANZANO y se acepta el recurso interpuesto por el procurador judicial de los demandados Padre ANTONIO CABREJAS MARTÍN y Padre JORGE GEO-VANNY PAZMIÑO ABRIL, reformando la sentencia venida en grado, acogiendo la excepción de falta de personería pasiva o legitimación pasiva se rechaza la demanda propuesta por cuanto no han sido tomados en cuenta los anteriores empleadores, dejando a salvo del derecho que tienen el actor para iniciar las acciones pertinentes. Ante lo expuesto en el considerando "SEGUNDO" numeral 2, al amparo de lo dispuesto en el art. 215 del Código de Procedimiento Civil, por presumirse que el actor podría incurrir, lamentablemente, en el delito de perjurio, tipificado y sancionado en los art. 354 y art. 355 del Código Penal, se dispone que se saquen las copias de las siguientes piezas procesales: fs. 1, fs. 4, fs. 5, fs. 359, fs. 360, fs. 361, fs. 372 a fs. 378, y se remita a la Fiscalía Provincial de Tungurahua, para el ejercicio de la acción penal correspondiente. Por lo analizado en el considerando "SEGUNDO" numeral 1, se previene a los señores Dr. Salomón Lozada Mera y Dr. Mauricio Lozada Mera, abogados defensores del señor JUAN CAR-LOS GUEVARA MANZANO, que su actuación debe estar ceñida al principio de buena fe y lealtad procesal contemplado en el art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. Actúa la Dra. Linda de las Mercedes Amancha Ch., en calidad de Conjuez de la Sala, por disposición del señor Director del Consejo de la Judicatura de Tungurahua, Ec. Mauro Real, mediante acción de personal nro. DP18-820-213, de 06 de agosto del 2013. Actúe el Ab. Oscar Alfredo Coba Vayas, en calidad de secretario relator encargado conforme oficio nro. DP18-1873-2013 de fecha 29 de julio del 2013, suscrita por el economista Mauro Real López, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Tungurahua. Notifíquese.

f) Dra. Linda Amancha Chiluisa, Jueza (E), Dr. Ricardo Araujo Juez (E), Dr. Welington Gerardo Molina Jácome Juez.



# CASACIÓN

Juicio nro. 1267-2013

Juicio laboral propuesto por Juan Carlos Guevara Manzano, contra Padre Antonio Cabrejas Martin, Director General de estación radial, La Voz del Santuario

Jueza ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, 11 de julio de 2014, las 10h30.

VISTOS: En el juicio laboral que sigue Juan Carlos Guevara Manzano, en contra del Padre Antonio Cabrejas Martin y del Padre Jorge Geovanny Pazmiño Abril, en sus calidades de Director General de la estación "La Voz del Santuario" y máxima autoridad de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador respectivamente; el actor, inconforme con la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 09 de agosto del 2013, a las 10h09, interpone recurso de casación; y, siendo aceptado a trámite, accede al análisis y decisión de este tribunal, que para hacerlo, por ser el momento procesal, considera:

### 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

La Sala Especializada de lo Laboral, tiene competencia para conocer y resolver el recurso de casación en materia laboral, según el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 1 de Ley de Casación; artículos 566 y 613 del Código del Trabajo y artículo 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, atendiendo al sorteo de ley efectuado, cuya razón obra de autos, le corresponde a la doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Nacional Ponente, a la doctora Paulina Aguirre Suárez y doctor Johnny Ayluardo Salcedo, como Jueza y Juez Nacionales integrantes de este Tribunal. Por licencia otorgada al Juez titular, actúa la Dra. Zulema Pachacama Nieto, en su calidad de Conjueza Nacional, en relación al Oficio nro. 1274-SG-CNJ-IJ del 08 de julio de 2014.

# 2. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES PRO-CESALES.

# 2.1. DEMANDA LABORAL

El 14 de marzo del 2013, a las 16h12, correspondió a la Unidad Judicial Multicompetente Primera Civil del cantón Baños, conocer la demanda presentada por el señor Juan Carlos Guevara Manzano, quien manifestó: que en el mes de noviembre de 1997 ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales en la estación radial "La Voz del Santuario",

encontrándose bajo dependencia de los demandados; que sus funciones eran de locutor y productor; que laboró de lunes a viernes por más de ocho horas diarias, inclusive los días sábados, domingos y feriados; que su última remuneración fue de US \$300,00; que el día 12 de noviembre del 2012 aproximadamente a las 10h00, la señorita Yajaira Huepud y los Padres Antonio Cabrejas Martin y Jorge Geovanny Pazmino Abril, procedieron a despedirlo intempestivamente.

Con estos antecedentes, demandó el pago de: indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio; décimos tercera y cuarta remuneraciones; vacaciones; horas suplementarias y extraordinarias; diferencia salarial entre lo percibido, y la remuneración que le correspondía en aplicación de las tablas sectoriales; compensación en dinero de la ropa de trabajo; fondos de reserva con sus respectivos intereses y recargos; intereses de ley y costas procesales.

Fijó como cuantía la cantidad de US \$60.000,00.

# 2.2. AUDIENCIAS

# 2.2.1. AUDIENCIA PRELIMINAR DE CON-CILIACIÓN, CONTESTACIÓN A LA DE-MANDA Y FORMULACIÓN DE PRUEBAS.

Con fecha 16 de abril de 2013, a las 10h09, se llevó a cabo la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, al no llegar a ningún acuerdo entre los litigantes, el procurador judicial de los demandados contestó la demanda y planteó las siguientes excepciones: 1) Falta de personería pasiva; 2) Nulidad del proceso al cual no se allana; 3) Incompetencia del juez en razón de la materia; 4) Falta de derecho del actor; 5) Improcedencia de la acción. En virtud de lo expuesto se trabó la *litis* y las partes formularon pruebas.

### 2.2.2. AUDIENCIA DEFINITIVA

El 15 de mayo del 2013, a las 10h09, se realizó la audiencia definitiva, por parte del actor se practicaron y presentaron las siguientes pruebas: testimonio de José Julián Ríos Chagñay; testimonio de Andrea Alexandra Silva Barrionuevo; testimonio de Carla Sofía Vega Zúñiga; juramento deferido;





y, se receptaron las confesiones judiciales de los demandados. Como prueba aportada por los demandados se receptó la confesión judicial al actor; y, por último, se realizaron alegatos de las partes a través de sus abogados.

# 2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Fue pronunciada el 06 de junio del2013, a las 15h08, por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Primera Civil del cantón Baños, quien aceptó parcialmente la demanda y en lo principal resolvió "Con la prueba testimonial y documental actuada por el demandado, se justifica los presupuestos para la existencia de la relación laboral (...) Establecida la relación laboral, el tiempo de servicios y la remuneración percibida, correspondía al demandado probar que ha cumplido con la obligación que le impone el contrato individual de trabajo, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del art. 42 del Código Laboral. A falta de prueba es procedente el pago de los siguientes rubros: A) El pago de la décima tercera remuneración durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse demostrado su pago; B) El pago de la décimo cuarta remuneración durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse demostrado su pago; C) El pago de las vacaciones durante todo el tiempo de la relación laboral por no haberse demostrado su pago; D) El pago de los intereses en los rubros que señala el art. 614 del Código del Trabajo que serán liquidados una vez ejecutoriada la sentencia; E) El pago de las costas procesales...". Los rubros que ordena pagar ascienden a la cantidad de US \$5.791,67.

El actor y los demandados, al encontrarse inconformes con la sentencia dictada, interponen recurso de apelación.

# 2.4. SENTENCIA DE LA CORTE PROVIN-CIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA.

La Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, mediante sentencia emitida el 09 de agosto del 2013, a las 10h09, en lo principal resolvió "En el presente caso ante la prueba que ha sido analizada en el considerando anterior, no permite establecer la convicción de la Sala, respecto a la relación laboral... En el presente caso no se ha planteado la demanda en contra de los legítimos contradictores (...) acogiendo la excepción de falta de personería pasiva o legitimación pasiva se rechaza la demanda propuesta por cuanto no han sido tomados en cuenta los anteriores empleadores, dejando a salvo del derecho que tienen el actor para iniciar las acciones pertinentes".

El actor, insatisfecho con el fallo de la sala *ad quem*, presenta recurso de casación.

# 3. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CA-SACIÓN.

El actor, en calidad de recurrente, considera que en la sentencia que impugna se han infringido las siguientes normas: artículos 115 inciso segundo, 122, 142 y 207 del Código de Procedimiento Civil; y, artículos 8, 10 y 36 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera, contenidas en el artículo 3 de la Ley de Casación.

# 4. CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBU-NAL DE CASACIÓN

El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; tiene como función primordial realizar el control del derecho en la actividad de los jueces, que éstos, en el desempeño de sus actividades específicas de administrar justicia, actúen con estricto sometimiento al ordenamiento legal.

**4.1. Fundamentos y resolución del recurso en análisis con base a la causal tercera.** La causal tercera, contenida en el artículo 3, de la Ley de Casación, permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado.

Para que prospere el recurso que se ha presentado por esta causal, el recurrente debe cumplir con cada una de las siguientes exigencias: 1. Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2. Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; 3. Demostrar, con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; y, 4. Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutiva de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o en forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de

**4.1.1.** En referencia a la causal que se examina, el fundamento del casacionista se contrae en sostener que de las pruebas debidamente incorporadas en el desarrollo del proceso, se encuentran



reunidos todos los elementos que exige el artículo 8 del Código del Trabajo para establecer su vínculo laboral con los accionados, razón por la cual, en aplicación del principio de primacía de la realidad, la relación que mantuvo con los demandados es estrictamente de orden laboral. De manera expresa, manifiesta que "...al no existir la valoración de todas las pruebas producidas conforme lo dispone el inciso segundo del art. 115 del Código de Procedimiento Civil, la resolución es contraria a la realidad establecida por las pruebas existentes." Para fundamentar sus dichos, dice:

a) De los recaudos procesales consta la confesión judicial rendida por el señor Padre AN-TONIO CABREJAS MARTIN, en su calidad de Director General de la estación radial "La Voz del Santuario" del cantón Baños, provincia de Tungurahua, la misma que al constituir una declaración de parte, tiene plena eficacia probatoria..."

En la referida confesión judicial, el señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTIN (...) dice: "1. Indique usted si conoce al señor Juan Carlos Guevara Manzano.- Si.- A la 2ª- Indique porque razones le conoce.- Porque soy párroco de Baños, entonces es una persona que le veo de vez en cuando.- A la 3ª- Indique usted si el señor Juan Carlos Guevara ha trabajado en la estación radial La Voz del Santuario.- Si.- A la 4ª- Indique usted bajo que modalidad ha trabajado el señor Juan Carlos Guevara en la radio anteriormente indicada.- De lo que yo se ha trabajado dos horas diarias como locutor y también ha conseguido espacios de publicidad de 10s que lleva un tanto por ciento..."

...El art. 122 del Código de Procedimiento Civil dispone que: "Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho...".

La verdad del hecho confesado por el señor Padre ANTONIO CABREJAS MARTIN, en su calidad de Director General de la estación radial "La Voz del Santuario" del cantón Baños, provincia de Tungurahua, determina la existencia de la relación contractual de trabajo entre el compareciente y la referida estación radial...

Sin embargo, en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, no se valora esta prueba legal y debidamente actuada...

A lo dicho, agrega que:

c) Inclusive es necesario señalar que la relación contractual de trabajo se encuentra plenamente justificada con las declaraciones testimoniales concordantes, unívocas y uniformes de los testigos presentados por el compareciente; sin embargo, en la sentencia dictada par la Sala de la Civil no se realiza valoración alguna de los testimonios aportados al juicio, a pesar de que el art. 207 del Código de Procedimiento Civil establece que: "Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran".

Por último, concluye al decir que la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de las pruebas referidas *supra*, ha tenido como consecuencia una equivocada aplicación de los artículos 8 y 10 del Código del Trabajo, toda vez que se encuentra plenamente justificada la relación laboral.

**4.1.2.** En la presente causa, la primera disposición que tiene como vulnerada el casacionista, es el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, este Tribunal considera pertinente transcribir íntegramente la norma invocada por quien impugna la sentencia objeto del presente recurso, misma que dispone:

Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

La norma transcrita establece el modelo de valoración de la prueba que ha escogido la legislación ecuatoriana, y que está basado en la libertad que tiene el juzgador para determinar el valor propio de cada medio probatorio, respetando al hacerlo las reglas de la sana crítica racional. Sobre este precepto normativo, ya se ha dicho en varias ocasiones, siguiendo la línea jurisprudencial impuesta por la Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), que:

...no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición, porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional.





Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado<sup>1</sup>.

En efecto, las reglas de la sana crítica son preceptos que no se hallan regulados en ninguna norma positiva, v por ende su control resulta harto difícil; la única manera en la que se puede ejercer tal actividad, sobre la valoración de la prueba del juzgador ad quem, es mediante la motivación que le da a sus sentencias, obligación que le viene impuesta como contramedida a la libertad en la que se le deja para analizar el acervo probatorio. En el examen de la motivación, se puede llegar a notar que la misma ha sido arbitraria, cuando las conclusiones expuestas no están sustentadas de ninguna manera en lo actuado en el expediente; o absurda, cuando lo afirmado por el juzgador, con carácter de cierto, fehacientemente no corresponde a las tablas procesales. **4.1.3.** Una vez revisados los recaudos procesales y confrontados con los cargos propuestos por el casacionista, este Tribunal verifica que a fojas 24 del cuaderno de primera instancia, con fecha 23 de septiembre de 2011, consta la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, del nombramiento del Padre Jorge Giovanny Pazmiño Abril, en calidad de Prior Provincial y Representante Legal de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador. Asimismo, a fojas 26, se encuentra incorporado el nombramiento de "Director de la radio la Voz del Santuario de Baños", otorgado con fecha 08 de diciembre de 2012, por Jorge Giovanny Pazmiño Abril, en calidad de Prior Provincial y Representante Legal de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, a favor del Fray. Antonio Cabrejas Martin.

Por otra parte, de fojas 372 a 378 se encuentra incorporada el acta de audiencia definitiva celebrada el 15 de mayo del 2013, a las 10h00; y, en efecto, tal como alega el casacionista, en dicha audiencia el señor Antonio Cabrejas Martin, "Director de la radio la Voz del Santuario de Baños", rindió confesión judicial, en la que de manera expresa constan las siguientes preguntas y respuestas: "1.- Indique

usted si conoce al señor Juan Carlos Guevara Manzano.- Si.- A la 2ª-Indique porque rezones lo conoce.Porque soy párroco de Baños, entonces es una persona
que la veo de vez en cuando.- A la 3ª Indique usted
si el señor Juan Carlos Guevara ha trabajado en
la estación radial La Voz del Santuario.- Si.- A
la 4ª- Indique usted bajo que modalidad ha trabajado el señor Juan Carlos Guevara en la radio
anteriormente indicada.- De lo que yo se ha trabajado dos horas diarias como locutor y también
ha conseguido espacios de publicidad de los que
lleva un tanto por ciento..." (Las negrillas no corresponden al texto original).

En este sentido, el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria del Código del Trabajo, dispone "Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho..."; y, el artículo 123 ibídem, dispone que "Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados".

En el sub judice, el confesante Antonio Cabrejas Martin reconoce que el señor Juan Carlos Guevara ha trabajado dos horas diarias como locutor en la estación radial "La Voz del Santuario", por lo que este Tribunal considera que en la sentencia objeto del presente recurso, el tribunal ad quem, al resolver que "En el presente caso ante la prueba que ha sido analizada en el considerando anterior, no permite establecer la convicción de la Sala, respecto a la relación laboral..." ha incurrido en yerro al no dar mérito probatorio a la mentada confesión judicial. Además, se indica que si bien los accionados, al contestar la demanda y formular excepciones por medio de su procurador judicial, Ab. Juan Carlos Orozco Morejón, manifestaron que "...hemos llegado a tener conocimiento que la radio La Voz del Santuario, desde el año 2007, ha venido manteniendo con el señor Juan Carlos Guevara Manzano, una relación comercial de carácter civil, cuyas prestaciones han sido canceladas en forma oportuna..."; tal como lo alega el casacionista, a más de la confesión judicial rendida por Antonio Cabrejas, de las declaraciones testimoniales concordantes, unívocas y uniformes de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia que pone fin a los recursos de casación signados con los números: 19-2001 (Villamagua Vs. Villamagua) y 68-199 (Consejo Gubernativo de la Diócesis de Tulcán Vs. Morillo & Pozo).



los testigos presentados por el actor, rendidas en la audiencia definitiva, se desprende la existencia del vínculo laboral, pues, de manera expresa constan las siguientes:

- Declaración de José Ríos Chagñay, que dice: "a la 1ª Indique si usted le conoce al señor JUAN GUEVARA MANZANO.- Si le conozco.- A la 2ª Indique si el señor Juan Carlos Guevara Manzano trabajó en la estación radial La Voz del Santuario de esta ciudad de Baños.- Si trabajaba ahí porque le escuchaba y todo Baños escuchaba la radio y fuego me consta porque empecé a trabajar y me consta que trabajaba en la radio (...) A la 5ª Indique usted si durante la relación laboral que usted mantuvo con La Voz del Santuario le constó qué labores hacía el señor Juan Carlos Guevara Manzano.- El trabajó como locutor y productor de la radio (...) A la 13ª Indique si el señor Juan Carlos Guevara trabajaba en la producción diariamente.- Si todos los días de lunes a viernes incluso nos encontrábamos los domingos haciendo producción, a veces los sábados.- A la 14ª Usted podría determinar cuántas horas aproximadamente al día trabajaba el señor Juan Carlos Guevara entre locución y producción.- Ocho horas a nueve, había veces que el trabajo de producción le llevaba incluso quedarse en la radio hasta las dos y tres de la mañana, básicamente si serían unas diez horas.- A la 15<sup>a</sup> Indique si el señor Juan Carlos Guevara durante el tiempo en que usted trabajó en la estación radial La Voz del Santuario ganaba por trabajo realizado o le pagaban mensualmente como un trabajador.- Mensualmente como un trabajador".
- Declaración de Andrea Alexandra Silva Barrionuevo, que dice: "1ª Indique la testigo si usted le conoce al señor Juan Carlos Guevara. Si le conozco (...) A la 3<sup>a</sup> Indique usted si por conocerle al señor Juan Carlos Guevara sabe si trabajó en la estación radial La Voz del Santuario de esta ciudad de Baños.- Si (...) A la 5a. Indique desde cuándo aproximadamente conoce que el señor Juan Carlos Guevara trabajaba en la radio anteriormente indicada.- Empecé escuchando aproximadamente desde el año 1997 hasta el año 2012 de noviembre-diciembre del 2012.- A la 6a- Indique usted si trabajó en la estación radial La Voz del Santuario. - Si yo trabajé en la radio La Voz del Santuario (...) A la 9<sup>a</sup> Indique durante el tiempo en que usted trabajó qué labores hacía en la radio el señor Juan Carlos Guevara.- Él trabajaba en locución, producción y transmisión de eventos especiales (...)
- A la 11ª Indique si durante el tiempo que trabajó como secretaria cuál era el mecanismo para que el señor Juan Carlos Guevara realice una producción.- Necesitábamos la disposición del director de turno.- A la 12<sup>a</sup> Indique si el señor Juan Carlos Guevara las actividades que desempeñaba tanto en locución como en producción y cobertura de eventos lo hacía por cuenta propia a disposiciones del director de la radio.- Todo se realizaba bajo la disposición del director (...) A la 14ª Indique si el señor Juan Carlos Guevara durante el tiempo que usted trabajó en la estación radial cobraba por trabajo realizado o mensualmente.- Mensualmente.- A la 15<sup>a</sup> Indique si usted sabía las razones por las cuales facturaba el señor Juan Carlos Guevara.- Cuando empecé trabajando nadie de los trabajadores facturaba, posteriormente recibimos la orden de que debíamos facturar.- A la 16ª Indique de quien recibieron la orden.- Del director y de la señora contadora, que era una orden del señor abogado.- A la 17<sup>a</sup> Indique si consecuentemente tanto el señor Guevara Juan Carlos así como usted y otros empleados de la radio empezaron a facturar después de la orden indicada anteriormente.- Si era obligación porque caso contrario no íbamos a poder cobrar nuestro mensual.- A la 18<sup>a</sup> Indique usted el tiempo aproximado que trabajaba el señor Juan Carlos Guevara diariamente en labores de producción y locución.- En locución todos los días de 10 a 12 del día en producción no tenía horario establecido porque realizaba producción a la hora que se requería en la tarde a noche...".
- Declaración de Carla Sofía Vega Zúñiga, que dice: "1ª Indique la testigo si le conoce al señor Juan Carlos Guevara Manzano. - Si le conozco (...) A la 3<sup>a</sup>. Por conocerle al señor Juan Carlos Guevara sabía usted si dicho señor trabajó en la estación radial de esta ciudad de Baños.- Si conozco.- A la 4a. Indique desde cuándo sabía que el señor Juan Carlos Guevara trabaja en la estación radial antes indicada.- Puede ser desde el año 1997 como desde los primeros días del mes de noviembre.- A la 5a. Indique hasta cuándo trabajó más a menos el señor Juan Carlos Guevara en la radio.- Como los primeros días de noviembre el año pasado.- Porque a partir de esa fecha en adelante no le volví a escuchar en la radio (...) A la 8ª. Indique usted si sabía qué labores hacía el señor Guevara en la radio.- Yo conozco que el señor hacía producción de los spots publicitarios porque en el año 2006 yo fui directora ejecutiva de la cámara de turismo y recuerdo que la presidenta de la cámara contrató





los servicios publicitarios con el señor José Luis Barrera y posteriormente a eso constáremos (sic) la cita con la secretaria de la radio para acudir a la misma con la presidenta de la cámara mi persona y otro miembro del directorio acudimos a la radio como 10 de la noche hacer las grabaciones del spot publicitario. A la 9ª. Indique cuando ustedes acudieron a las 10 de la noche si el señor Juan Carlos Guevara era quien realizaba dicha producción. Si el señor estaba ahí era el señor quien realizaba la producción de spots...".

Asimismo, aparte de la confesión judicial rendida por Antonio Cabrejas, y de los testimonios transcritos *supra*, de fojas 360 a 364 del cuaderno de primera instancia, se incorpora la historia laboral del señor Juan Carlos Guevara Manzano, de la que se desprende que estuvo afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo órdenes de la Provincia Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, entidad demandada en el presente juicio, durante el período de noviembre del 2010 a octubre del 2012.

Por todo lo dicho, este tribunal concluye que si bien los demandados se excepcionaron al decir que las relaciones que mantenían con el actor eran de carácter civil, pretendiendo justificar su excepción con la exhibición de comprobantes de egreso, facturas y notas de venta que correspondían a los pagos realizados al accionante Juan Carlos Guevara Manzano; en el caso que se examina, se encuentran reunidos los elementos del contrato individual de trabajo, que conforme al artículo 8 de la Ley que regula la materia son:

- Acuerdo de voluntades.- Debido a que es consensual y los intervinientes tienen la libertad de establecer las condiciones de aquel.
- Prestación de servicios lícitos y personales.-Siendo estas las actividades permitidas por la ley, mismas que deben realizarse de forma personal y directa por el trabajador.
- 3. Subordinación o dependencia.- Este es el elemento principal del contrato de trabajo, implica principalmente el poder de dirección del empleador sobre la actividad ajena contratada (disponer de la actividad de otro) con los límites establecidos en la ley, como por ejemplo: determinar horarios de trabajo, especificar tareas, instruir sobre procedimientos técnicos del

- trabajo, disponer el uso de uniformes, inter alia.
- 4. Remuneración.- Es la contraprestación a la prestación de la ejecución de los servicios lícitos y personales.

En el mismo sentido que en la presente resolución, se pronunció la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, al resolver que "Entre los principios imperantes en materia de derecho del trabajo y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"2; y es justamente lo que ocurrió en el presente caso, pues, si bien el actor presentaba mensualmente facturas para cobrar por sus servicios, existiendo aparentemente una relación de carácter civil, de los hechos que han sido probados por el accionante se llegan a establecer los elementos de un contrato individual de trabajo, existiendo por tal una relación de índole laboral regida por el Código del Trabajo. Por último, se indica a las partes procesales que si bien el ad quem resolvió que "En el presente caso no se ha planteado la demanda en contra de los legítimos contradictores (...) acogiendo la excepción de falta de personería pasiva o legitimación pasiva se rechaza la demanda propuesta por cuanto no han sido tomados en cuenta los anteriores empleadores..."; este Tribunal de Casación, ha llegado a la conclusión de que en el sub judice no existe falta de legítimos contradictores «... o [la] mejor llamada legitimación en la causa o "legitimatio ad causam" que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley, a contradecir u oponerse a la demanda...»<sup>3</sup>; y, para sustentar lo dicho se considera:

• El señor Juan Carlos Guevara Manzano, el 14 de marzo del 2013, a las 16h12, presentó su demanda en contra del Padre Jorge Geovanny Pazmiño Abril en su calidad de máxima autoridad de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, y del Padre Antonio Cabrejas Martin, en su calidad de director general de la estación radial "La Voz del Santuario"; y, como se indicó supra, a fojas 24 del cuaderno de primera instancia, con fecha 23 de septiembre de 2011, consta la inscripción

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, nro. 4. Página 1574.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, nro. 3. Página 864.



realizada en el Registro de la Propiedad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, del nombramiento del Padre Jorge Giovanny Pazmiño Abril, en calidad de prior Provincial y representante legal de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, entidad que gozaba de personería jurídica con el nombre de Gobierno y Administración de los Bienes de la Orden de Predicadores en el Ecuador, conforme al Decreto Supremo nro. 205, de 01 de diciembre de 1937, publicado en Registro Oficial nro. 45 del 17 de diciembre de 1937; y, que actualmente, tiene personería jurídica bajo el nombre de Gobierno y Administración de los Bienes de la Provincia Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador, nombre aprobado mediante Acuerdo Ministerial nro. 0671, de fecha 26 de diciembre del 2004 (fs. 126).

- A fojas 26, se encuentra incorporado el nombramiento de "Director de la radio La Voz del Santuario de Baños", otorgado con fecha 08 de diciembre de 2012, por Jorge Giovanny Pazmiño Abril, en calidad de Prior Provincial y Representante Legal de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador, a favor del Fray. Antonio Cabrejas Martin.
- De fojas 139 a 328 constan 102 facturas emitidas por Juan Carlos Guevara Manzano, con Registro Único de Contribuyentes RUC nro. 1803329224001, a favor de la "radio La Voz del Santuario", con Registro Único de Contribuyentes RUC nro. 1791748654001; así como también, constan en 87 fojas, los comprobantes de egreso emitidos a favor del accionante, bajo el Registro Único de Contribuyentes RUC nro. 1791748654001, perteneciente a Provincia Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador (persona jurídica), comproban-

tes en los que aparte del nombre de la persona jurídica, se constata que se utiliza "radio La Voz del Santuario" como nombre comercial de dicho culto religioso<sup>4</sup>.

Con base a lo expuesto, este Tribunal de Casación concluye que el ad quem no ha valorado en su totalidad la prueba, infringiendo por tal hecho, el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo alega el casacionista; asimismo, la motivación realizada por el tribunal de instancia es alejado de la realidad procesal, por cuanto lo afirmado por dicho juzgador no corresponde a las tablas procesales, debido a que el señor Juan Carlos Guevara Manzano ha demostrado la relación laboral existente con Provincia Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores del Ecuador (persona jurídica), entidad que ha sido demandada en debida forma por medio de su representante legal, cuyo nombre comercial es "Radio la Voz del Santuario". 5. RESOLUCION. Sobre la base de estas consideraciones, al ser innecesario perseverar en otro análisis, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, de la Corte Nacional de Justicia, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 09 de agosto del 2013, a las 10h09, y confirma la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Primera Civil del cantón Baños, de fecha 06 de junio del 2013, a las 15h08, lo que incluye la liquidación practicada. Notifíquese y devuélvase.

f) Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional; Dra. Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional.

# **AMPLIACIÓN**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, 29 de agosto de 2014, las 10h00.

**VISTOS:** En el juicio laboral nro. 1267-2013,

seguido por Juan Carlos Guevara Manzano, en contra del Padre Antonio Cabrejas Martin y del Padre Jorge Geovanny Pazmiño Abril, en sus calidades de director general de la estación radial "La



<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> En el Ecuador, la Ley de Cultos publicada en Decreto Supremo nro. 212, publicada en Registro Oficial nro. 547 de 23 de julio de 1937, y el Reglamento de Cultos Religiosos, expedido mediante Decreto Ejecutivo nro. 1682, publicado en Registro Oficial nro. 365 de 20 de enero del 2000, regulan el ejercicio de la personalidad jurídica de las diócesis y demás organizaciones religiosas de cualquier culto.



Voz del Santuario" y máxima autoridad de la Provincia de Santa Catalina de Siena Orden de Predicadores en el Ecuador respectivamente; agréguense los escritos presentados el 08 de agosto de 2014 y el 19 de agosto del mismo año por el accionante, y confiérase tres copias debidamente certificadas de la sentencia proferida por este Tribunal a costa del peticionario. Con referencia a la ampliación solicitada por el actor, de la sentencia dictada el 11 de julio de 2014, a las 10h30, por este órgano jurisdiccional, y que fuera legalmente notificada el 14 de julio de 2014. Oídas las partes por el término de ley, para resolver se considera:

**PRIMERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, la ampliación tendrá lugar cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

**SEGUNDO:** En el numeral primero del escrito, el recurrente solicita "AMPLIAR la sentencia dictada emitiendo un pronunciamiento en derecho respecto a lo mencionado en el literal g) (página 11 de mi escrito que contiene el presente recurso extraordinario)...". El mentado literal g) del escrito de casación, indica que existe error en la valoración de la prueba y un agravante en la sentencia proferida por el juez de instancia, por cuanto se ha resuelto que "...por presumirse que el actor podría incurrir lamentablemente, en el delito de perjurio, tipificado y sancionado en los art. 354 y art. 355 del Código Penal, se dispone que se saquen las capias de las siguientes piezas procesales: fs. 1, fs.4, fs.5, fs.359, fs. 360, fs. 361, fs. 372 a fs. 378, y se remita a la Fiscalía Provincial de Tungurahua, para el ejercicio de la acción penal correspondiente". De lo dicho, se infiere que del contenido del literal g) del recurso de casación, no se desprende ningún cargo que pueda ser resuelto en virtud de las causales contenidas en el artículo 3 de la Ley de Casación, pues, cabe decir que el casacionista ni siquiera menciona en que causal o causales fundamenta sus alegaciones. Sin embargo, este órgano jurisdiccional considera pertinente indicar al recurrente que cuando el Tribunal de Casación acepta totalmente el recurso de casación, como ha sucedido en el sub judice, y por tanto casa la sentencia, se anula en su totalidad o se deja sin efecto la resolución impugnada.

**TERCERO:** En el numeral segundo del escrito, quien impugna la sentencia de casación, solicita ampliar dicha resolución, debido a que manifiesta: "...en mi escrito de recurso extraordinario,

precisamente hacía referencia a lo absurdo que resultaba el argumento utilizado por el señor Juez de Primera Instancia pues no era pertinente que se reconozca la existencia de la relación laboral y se deje sin resolver la forma como terminó aquella, en mi libelo de demanda señalé que fui despedido intempestivamente lo cual se justificó con las declaraciones de los testigos presentados (...) además está como prueba a mi favor el juramento deferido que rendí, así como la confesión judicial que rendí...". Respecto a la impugnación que se analiza, se debe considerar que conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Casación, cuando se interpone un recurso de tal índole, aquel procede "...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes [provinciales] superiores1..."; por lo que, mediante dicho recurso extraordinario no pueden impugnarse supuestos vicios o yerros cometidos en las sentencias proferidas por jueces de primer nivel, como lo intentó en su momento el casacionista. Los fallos emitidos en primera instancia, no pueden constituir de ninguna manera objeto de un recurso de casación, y por tanto de resolución por parte de los jueces de casación.

CUARTO: En los numerales 3 y 4 del escrito del recurso de ampliación, el recurrente respectivamente solicita "...disponer se inicie el enjuiciamiento penal a los demandados, quienes en su confesión judicial perjuran al sostener que no existió relación laboral entre las partes sino una relación civil..."; y, «...aplicar lo dispuesto en el segundo inciso del art. 18 de la Ley de Casación que señala "igualmente se podrá imponer la multa a los jueces o magistrados que expidieron el fallo casado"». Con relación a lo solicitado por el recurrente, como se dijo en el considerando primero de la presente resolución, el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil dispone que la ampliación tendrá lugar cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas; en el caso in examine, lo que indica el impugnante no recae sobre ninguno de los puntos o cargos controvertidos en sede de casación, entendidos aquellos como los reclamos concretos efectuados por quien recurre, en virtud de un error o errores plenamente identificados en el texto del fallo recurrido, los cuales deben constar en el escrito de interposición del medio de impugnación correspondiente.

**QUINTO: RESOLUCIÓN.** En atención a las consideraciones que anteceden, se niega la ampliación



solicitada por el accionante. Por licencia otorgada al Secretario Relator titular, actúa la Dra. Ximena Quijano Salazar en su calidad de Secretaria Relatora Encargada. **Notifíquese y devuélvase.**  f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, JUEZ NACIONAL (V.S.)

### **VOTO SALVADO**

Juicio nro. 1276-2013

Juez ponente: Dr. Johnny Aylluardo Salcedo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ES-PECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, 29 de agosto de 2014, las 10h00.

VISTOS. Por cuanto, no forme parte del Tribunal que emitió la sentencia del 14 de julio de 2014, a las 10h30 y notificada en la misma fecha, me aparto de emitir mi criterio respecto del pedido de ampliación solicitado por el actor señor Juan Carlos

Guevara Manzano. Por licencia otorgada al Secretario Relator titular, actúa la Dra. Ximena Quijano Salazar en su calidad de Secretaria Relatora Encargada. **Notifíquese y devuélvase.** 

f) Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional (V.s.); Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional;

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



Nota: La Constitución de la República vigente (R.O. 449: 20-oct-2008), sustituyó a la Corte Superior de Justicia por la Corte Provincial de Justicia.

Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LO CIVIL
Y MERCANTIL
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA



# | Juicio nro. 94-2013-MB

Juicio civil por daño moral seguido por René Yandún vs. Byron Pérez

# SÍNTESIS

El señor GNRAL.S.P. CÁSTULO RENÉ YANDÚN POZO, demanda en juicio ordinario al Abogado BYRON MIGUEL PÉREZ LOMBANA, para que en sentencia se declare el daño moral causado en su persona y familia por la campaña sostenida, continua y perversa de descrédito de su buen nombre y de su gestión como Prefecto de la Provincia, frente a la sociedad, llegando incluso a deducir irresponsablemente, acciones legales en su contra. El demandado reconviene al actor y deduce, entre otras, las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada, validez de las acciones presentadas en contra del actor del Recurso de Acceso a la Información, y por el Delito de Desacato, alegando que en ningún momento ha causado ningún daño moral al actor. El Juez de primera instancia, con fundamento en el Art. 2231 del Código Civil dicta sentencia desechando las excepciones y aceptando la demanda fija en veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica la indemnización. Las partes interponen recurso de apelación. La Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, luego de un minucioso análisis de la causa subida en grado, confirma esta sentencia pero la reforma en el monto que se manda a pagar como indemnización del daño moral, fijándola en Quince mil dólares. El demandado, Ab. Byron Miguel Pérez Lombana, interpone recurso de Casación, impugnando la resolución dictada por la Sala Única, fundamentando su recurso en la causal 3 de la Ley de Casación. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, luego de examinar el caso en relación a las objeciones presentadas, manifiesta que se debe aclarar que la enmienda de la demanda, así como la petición de prueba dentro del proceso, no son causales para invocar a través de la causal tercera de la Ley de Casación. Además, quien invoque esta causal debe detallar cómo debió ser la debida aplicación o cual la correcta interpretación de la norma relativa a la valoración de la prueba, circunstancia que en ningún acápite del recurso el recurrente lo plantea. En consecuencia NO CASA la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial del Carchi.

# PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL, MER-CANTIL E INQUILINATO DEL CARCHI. Tulcán, miércoles 8 de septiembre del 2010, las 16h54. VISTOS: el señor GRAL. S.P. CÁSTULO RENÉ YANDÚN POZO, comparece con su demanda de fs. 511 a 515 de los autos y manifiesta: que el señor abogado Byron Miguel Pérez Lombana, sin duda por envidias, completos o rencillas de carácter político, o quizá también retaliaciones por actos ejecutados en su calidad de Prefecto Provincial del Carchi, o motivado por protervos propósitos, se ha dedicado a una campaña sostenida, continua y perversa de molestar, estorbar su gestión personal, des-

acreditándolo en forma absurda frente a la sociedad de la provincial e inclusive en forma irresponsable y punible, imputándole la perpetración de delitos. Así no solo que ha recurrido a la infame tarea de cuestionar sin fundamento su tarea y actuaciones de Prefecto de la Provincia, obteniendo inclusive que se publiquen hechos o situaciones falsas que afectan su bien ganado prestigio profesional como militar, personal y social, ahora en actividades civiles. Ciego en su propósito doloso de perjudicar su buen nombre no solo que se ha ingeniado para obtener que periódicos, que sin la adecuada y fiel información publiquen noticias que atentan a su honor, sino que



se han permitido irresponsablemente deducir acciones legales buscando a través de ellas causarle dolor y angustia. Que de la documentación que anexa, consta que en el Juzgado Primero de lo Civil de Carchi, se tramitó la acción especial o recurso de acceso a la información en contra del Prefecto, Procurador Síndico y Secretario del Gobierno Provincial del Carchi, el mismo que se estableció o dedujo con el objeto de obtener que se conceda la información sobre el convenio firmado entre el Gobierno Provincial del Carchi y el proyecto de Vivienda Humanitaria Ecohabitat. El Juez a quo, ha desechado el recurso que se interpuso, habiendo el Tribunal Constitucional, a través de la Primera Sala, dispuesto que se entregue la información recurrida, todo lo que consta del fallo de 26 de abril del 2006, disponiendo por lo tanto que el Juez de la Instancia Inferior proceda a dar cumplimiento a lo resuelto por dicha Sala. Que acogiendo la Resolución de la Primera Sala del Tribunal Constituciones de fecha 30 de abril del 2006, a las 9H45 dispone que los demandados entreguen la información requerida por el señor Byron Pérez, misma que ha sido cumplida cuando han remitido la información completa requerida por la parte actora, esto es copias debidamente certificadas, siendo información la única que reposa en los archivos respectivos. Que a pesar de la documentación entregada la parte actora ha insistido tanto ante el Juez a quo, como ante la Primera Sala del Tribunal Constitucional se declare un supuesto DESACATO, ante lo cual la mencionada Sala en resolución de 3 de enero del 2007, dictaminó: "AL CONSTAR EN LA LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFOR-MACION PUBLICA DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA FIGURA DEL "DESACA-TO", AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ÚLTIMO INCISO DEL ART. 22 DE LA INDI-CADA LEY, ACUDIMOS A LO ESTABLECIDO EN LA LEY DE CONTROL CONSTITUCIO-NAL EN CALIDAD DE NORMA SUPLETO-RIA. AL EFECTO, EL ART. 55 DE ESTE CUER-PO LEGAL DISPONE QUE CORRESPONDE EL CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN FI-NAL ADOPTADA POR EL PROCEDIMIEN-TO DE AMPORO, AL JUEZ DE INSTANCIA ANTE QUIEN SE INTERPUSO EL RECUR-SO". Que el señor Juez Primero de lo Civil de Carchi, ha dispuesto la verificación de la documentación de los archivos del Gobierno Provincial del Carchi, que fue materia de resolución del Superior, de conformidad con el art. 22 de la Ley Orgánica de

Transparencia y Acceso a la Información Pública; la diligencia se ha cumplido en forma legal por lo que el señor Juez ha verificado en la Secretaría de la Prefectura, Secretaría General, Sindicatura, Departamento de Obras Públicas Y Financiero, determinando que no existen más documentos sobre el tema materia del juicio y para corroborar a la diligencia de verificación el señor perito nombrado para el efecto, presenta su informe llegando a la conclusión de que de la documentación compilada relacionada al caso, son los únicos que se encuentran especificados en los anexos 1, 2, 3 y observación nro. 9, hecho lo cual el señor Juez dispone que se informe de lo actuado a la Primera Sala del Tribunal Constitucional, a quien se le ha remitido copias certificadas de la providencia e informe pericial correspondiente, y posteriormente la Primera Sala de este Tribunal remite todo lo actuado al Pleno del Tribunal con fecha 21 de julio del 2007. De la misma forma el señor Juez Primero de lo Civil del Carchi, mediante providencia de fecha 20 de febrero del 2008, sostiene que no es competente para conocer sobre el delito de desacato. Por último que en providencia de fecha 3 de junio de 2008, dictada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional dentro de la causa nro. 0004-06-AI, referente el Recurso del Abogado Byron Miguel Pérez Lombana en el que se analiza el oficio del Juez Primero de lo Civil del Carchi, sobre la verificación antes mencionada, disponiendo el archivo de la causa, en vista de que el Gobierno Provincial del Carchi ha dado cumplimiento a la Resolución de la Sala y respecto a esta no hay recurso pendiente que conste de autos, es decir causó estado y se encuentra ejecutoriada. Que de las piezas procesales que en copias debidamente certificadas adjuntan dentro de la indagación Previa nro. 02-2008 seguida en contra del compareciente por parte del Abogado Byron Miguel Pérez Lombana, constan los siguientes hechos. Que la señora Ministra Fiscal a dispuesto la práctica de algunas diligencias conexas con los delitos denunciados que se refieren a documentos públicos e informes, dentro el que consta el informe emitido por el señor Juez Primero de lo Civil del Carchi, quien con fecha 112 de mayo del 2008 contesta manifestando que se ha informado al Tribunal Constitucional de los actos de verificación y que a esa fecha no había respuesta (fecha posterior a la presentación de la denuncia presentada en su contra y de otros). Que mediante escrito de fecha 02 de julio del 2008, la Doctora Narciza Tapia, Ministra Fiscal Distrital del Carchi (e), requiere al señor Presidente de la H. Corte





Superior de Justicia de Tulcán el ARCHIVO DE LA CAUSA, al haberse desvanecido la presunción de existencia de delito penal, amparada en la disposición constante en el art. 38 del Código de Procedimiento Penal. Que revisado el requerimiento de la señora Ministra Fiscal Distrital del Carchi ( e ), el señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Tulcán, con fecha 25 de julio del 2008 dicta su resolución en el sentido de que se acepta el requerimiento de archivo de la denuncia que ha formulado la señora Ministra, ordenando que devuelva el expediente al Ministerio Público, resolución esta que se encuentra debidamente ejecutoriada y sin recurso alguno que se encuentre pendiente. Que mediante la infundada, maliciosa y temeraria denuncia presentada por el señor Abogado Byron Miguel Pérez Lombana, se ha tratado de imputar un delito jamás realizado por el compareciente y peor aún de delito de desacato a la autoridad, tipificado y sancionado por el art. 249 del Código Penal, por otra parte se denuncia también a los señores Consejeros Provinciales y ex representantes del Gobierno Provincial del Carchi, por haber incurrido en desacato flagrante tipificado en el art. 251 del mismo cuerpo de leyes teniendo incurrido en desacato flagrante tipificado en el art. 251 del mismo cuerpo de leyes teniendo como supuestos antecedentes el Juicio de Acceso a la Información nro. 05-2006, seguido por el mismo denunciante en contra del compareciente en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, proceso dentro del cual y como resolución definitiva se ha procedido a su archivo, tal cual consta de las copias certificadas que adjuta. Que conforme demuestra con los recortes de periódicos que apareja, se ha comunicado en forma errada y teniendo como fuente, sin duda al demandado una serie de hechos que distan de la realidad y que equivocadamente causan una grave afrenta a su bien ganado prestigio moral y profesional. Que ha sido víctima de un gravísimo daño moral y profesional. Que ha sido víctima de un gravísimo daño moral que indiscutiblemente afecta no solo a su prestigio personal sino también al de su familia, la cual se ha visto y se ve avocada a una serie de presiones provenientes de errados comentarios, y falsas informaciones que les causan angustia, temor, vergüenza, desprestigio que en suma causan un grave problema al diario y normal convivir, todas causadas en virtud de acusaciones gratuitas, maliciosas y temerarias por parte del demandado, los que hacen que indiscutiblemente la ciudadanía provincial pierda la confianza en su Prefecto, su gestión se vea observada e indiscutiblemente todo acto

provenientes de su persona ya es objeto de duda, sino de cuestionamientos. Como hombre de bien formado que es, ha proclamado durante toda su vida la defensa del honor, del buen nombre, a través del desempeño ejemplar, digno y honesto de todas las funciones, tareas y encargos que se le han confiado en su vida militar, lo que ha servido para que abrace la gesta política como un peldaño más en la lucha por mejorar la situación humana, moral, personal y familiar. Que cuarenta años de esfuerzo de entrega sin condicionamientos a los más altos intereses de la Patria y de su familia, han sido mancillados, vejados por esta infame persecución y por las falsas denuncias por parte del demandado, que su reputación ha sido manchada mediante la difamación por dodos los medios que han sido posibles causándole ansiedad, humillación, angustia, daños psicológicos y físicos que ha tenido que afrontar su familia y el propio compareciente. Que la determinación del daños causado es el desprestigio moral tanto particular del compareciente y de todos quienes son funcionarios del Gobierno Provincial del Carchi ex consejeros y ex funcionarios, toda vez que se ha presentado un sinnúmero de denuncias y quejas en su contra que nunca han sido probadas durante su tramitación como consta de los expedientes a los que hace alusión. Con los antecedentes expuestos deduce la presente demanda a fin de que se ordene la reparación de sus derechos vulnerados por la dolosa, perversa y temeraria actitud del demandado, lo que le ha causado una cuantiosa pérdida de su buen ganado prestigio a consecuencia de la angustia, ansiedad, humillación y ofensa de las que ha sido, injusta e ilegalmente, objeto por parte del demandado que ha limitado sin lugar a dudas la gestión profesional, particular y social, como solía hacerlo en beneficio de su país, provincia y de su familia, como consecuencia de la pérdida de su fama y credibilidad en el ámbito público como privado, tanto a nivel nacional como internacional. Que la responsabilidad civil que debe asumir el demandado se halla determinada y protegida por el art. 2258 del Código Civil y siguientes añadidos mediante Ley reformatoria nro. 171, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984 en base lo cual demanda al señor Byron Pérez Lombana, a fin de que en sentencia se acepte su demanda y se declare el daño moral causado en su persona y familia, así como la obligación del demandado al resarcimiento del daño moral causado, esto es, por los daños y perjuicios irrogados, los cuales deberán ser cuantificados y que deben estar acorde y en



proporción a la magnitud del daño causado. La cuantía la fija en quinientos mil dólares. Por excusa del señor Dr. Marcelo Benavídes Pérez, Juez Primero de lo Civil del Carchi, avoco conocimiento de la presente causa; procediéndose a calificar la demanda dándose el trámite de Juicio Ordinario y la citación al demandado Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, quien comparece con su escrito de fs. 611 y 612, deduciendo las siguientes excepciones: I. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada. II. Falta de derecho en la forma como lo está haciendo. III. Ilegitimidad de personería activa y pasiva. IV. Alega inepta acumulación de acciones. V. Alega nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales relacionadas con la naturaleza de estos juicios. VI. En subsidio alega la validez de la acciones empleadas por el compareciente en relación a exigir la ejecución de la sentencia, nacida a través del RECUR-SO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, signada con el nro. 5-2006 y tramitada en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, así como la empleada para que se investigue por el Delito de Desacato ante el Ministerio Público Distrito del Carchi. VII. Alega que el compareciente en ningún momento ha casado (sic) ningún daño moral al actor de este juicio. VIII. Que el trámite a seguirse en la demanda no es el que corresponde tal como lo plantea el actor al manifestar que fundamenta en el art. 404 del Código de Procedimiento Civil. Con el escrito de fs. 697 del proceso el demandado Abogado Byron Miguel Pérez Lombana, reconviene al actor, la misma que es contestada con el escrito de fs. 699 de los autos. Se convoca a la Junta de conciliación diligencia dentro de la cual las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio. A petición de parte se abre la causa a prueba por el término de Ley. Tramitada que ha sido la causa su estado es el de dictar sentencia para lo cual se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA**. A la presente causa se le ha dado el trámite legal correspondiente en consecuencia el proceso es válido. SEGUNDA. El actor con fundamento en los arts. 2214, 2215, 2216 y siguientes del Código Civil, en juicio ordinario demanda al Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, a fin de que en sentencia se declare el daño moral causado en su persona y familia, así como la obligación del demandado al resarcimiento del daño moral causado. **TERCERA**: El actor durante el término de prueba reproduce todo cuanto de autos le sea favorable, especialmente el líbelo de demanda, los documentos aparejados a la misma, la exposición realizada por su

Abogado patrocinador en la Junta de Conciliación; tacha a los testigos presentados o que llegare a presentar la parte demandada, por desconocer los hechos; impugna y redarguye de falsa toda la prueba que actúe la parte demandada por improcedente, indebidamente actuada, se agregue al proceso los certificado de honorabilidad que anexa, se oficie al señor Director del Semanario "La Prensa"; a fin de que proporcione a su costa un ejemplar íntegro del periódico de fecha 27 de abril del 2008 o copia del artículo publicado en esa fecha titulado "Prefecto y Consejeros denunciados por desobediencia"; en la misma forma se oficie al Director del Diario "La Hora" un ejemplar del Diario o copia certificada de la noticia titulada "Piden prisión para Prefecto" publicado el día viernes 25 de abril del 2008: se oficie al señor Director del Semanario "La Prensa" a fin de que entregue una copia o un ejemplar de la noticia del día domingo 2 de marzo del 2008 titulada "Yandún sentenciado a prisión"; se agregue cuatro copias de las publicaciones efectuadas en distintos diarios con circulación en la Provincia del Carchi, de donde se publican noticias proporcionadas a esos medios de difusión en forma falsa y perversa por Byron Pérez Lombana; se agregue la diligencia procesal practicada ante el señor Agente Fiscal del Carchi, en la cual se proporcionan copia de los artículos del Semanario La Prensa, de fecha domingo 27 de abril del 2008, en donde se publican noticias proporcionadas por Byron Pérez Lombana en contra del Gral. René Yandún y otros: que se agregue copias debidamente certificadas del auto resolutorio del señor Presidente de la Corte Superior de Justicia del Carchi, en virtud de la cual esa autoridad desestima y ordena el archivo de la denuncia presentada por Byron Pérez Lombana, por un supuesto delito de desacato; que el demandado Byron Pérez Lombano, rinda confesión Judicial de conformidad al pliego de preguntas que en sobre cerrado adjunta, y se receptan las declaraciones de Cecilia del Carmen Chicaiza, Luis Hernán Chamorro Ponce, Lenin Oswaldo Altamirano Andino; quienes afirman que conoce que han salido varias publicaciones en los medios de comunicación, con las cuales se desprestigia al Gral. Yandún Pozo; además conocen que el Abogado Byron Pérez ha presentado las denuncias en la Fiscalía; se oficie a los señores Jueces de Garantías Penales del Carchi, a fin de que remitan copias certificadas de todos los procesos penales incoados en contra del señor Byron Pérez Lombana; se oficie a todos los Fiscales del Carchi, a fin de que remitan copias certificadas de todas las denuncias presentadas en





contra de Byron Miguel Pérez Lombana; se señale día y hora a fin de exhibir toda la documentación con la que acredita su brillante carrera estudiantil, profesional, político, social y familiar; así como la documentación con la cual justifica todos los gastos por los padecimientos médicos y ecológicos que le ha causado Byron Pérez Lombana, así como los perjuicios económicos sufridos. CUARTO: El demandado Abogado Byron Miguel Pérez Lombana, durante el término de prueba reproduce, todo cuanto constando de autos le fuere favorable, lo manifestado por el compareciente en la contestación de la demanda y la reconvención, y de manera especial lo manifestado en la Junta de Conciliación; impugna todas la pruebas presentadas o que llegare a presentar la contraparte por forjadas y mal actuadas, tacha a los testigos que presente o llegare a presentar la contraparte, por estar inmersos en las prohibiciones determinadas en los arts. 213, 216 del Código de Procedimiento Civil; se recepte las declaraciones Amparo del Socorro Salas, Juan Mauricio Ruales Calpa, Doris Liliana Morales y Segundo Rodrigo Bolaños; quienes afirman que el Abogado Byron Pérez es un dirigente deportivo, asesor jurídico de la Cooperativa Rápido Nacional; y se oficie a los Juzgados de lo Civil del Carchi, Corte Provincial de Justicia del Carchi, y demás instituciones Públicas en la forma como solicita, se señale día y hora en los cuales el señor Gral. René Yandún Pozo rinda confesión judicial de conformidad con el pliego de preguntas que acompaña; se agregue al proceso las hojas de los diarios en donde consta la serie de felicitaciones, agradecimientos, reconocimientos, entrevistas y otros en donde aparece el Gral. René Yandún Pozo, con lo que justifica que no ha causado daño moral alguno ni a su nombre, prestigio, honor, reputación o desprestigio alguno sobre todo como Prefecto de la Provincia del Carchi, que nunca ha perdido su credibilidad y respeto como autoridad. QUINTA: De autos consta la denuncia presentada por el Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, ante la señora Fiscal Distrital del Carchi, en contra del General René Yandún Pozo y otros: así como también las publicaciones realizadas en los diarios que circulan en esta ciudad de Tulcán, y Provincia del Carchi, relacionadas con el señor Gral. René Yandún Pozo; tales como: "Piden Prisión para Prefecto"; "Reproducción Solicitada por Byron Miguel Pérez Lombana"; "Prefecto y Consejeros denunciados por desobediencia"; "Yandún Sentenciado a Prisión"; "Piden cumplir sanciones a la corporación provincial"; Denuncia por desacato"; "Prefecto,

síndico y secretario del Gobierno Provincial no podrán cobrar sueldo este mes"; entre otras. Así mismo a fs. 1255 y 1256 constan las certificaciones conferidas por la Dra. Magdalena Alcocer y Dr. Ramiro Montenegro López, respectivamente, en los que se determina que el señor General René Yandún Pozo, presenta síntomas de stress, cansancio, insomnio, angustia un cuadro de cefalea tensional, depresión, ansiedad e insomnio, trastornos a su vez generados por exposición a severos factores de stress. SEXTA: A respecto el Dr. Galo García Feraud, en su obra, El Daño Moral, Anotaciones Bibliográficas y Jurisprudencia con Breves Comentarios, página 14, cita a Abelikm, quien expresa: "el daño moral puede traducirse en dolor, pesar, angustia, molestias psíquicas, en la ansiedad, la humillación, o el sufrimiento que puede recibir una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración de que si misma le tienen los demás" y que puede ser producido por una acción y omisión ilícita de otra persona" y no solo puede recaer sobre bienes actuales sino también previsibles". También cita al profesor chileno Arturo Alessandri, que dice: "El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria – el patrimonio de la víctima está intacto- consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris;...". También en la Resolución nro. 20-2007, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVIII, nro. 4, hacen la siguiente cita: "...La doctrina, jurisprudencia y la ley, coinciden en distinguir entre el daño material y el daño moral, que aunque no trasciende a la esfera patrimonial o económica, sin embargo debe, como el patrimonial, ser indemnizado por el agente que lo causó..." SÉPTIMA: El art. 2231 del Código Civil, expresa: "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se presume daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral". Por las consideraciones expuestas: ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚ-BLICA, desechándose las excepciones se acepta la



demanda y se fija en veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica la indemnización que queda obligado a pagar inmediatamente el señor Abogado Byron Miguel Pérez Lombana al señor General S.P. Cástulo René Yandún Pozo, por los daños morales a él causados. Así mismo se desecha la reconvención planteada por no haberse justificado los fundamentos de la misma. Con costas. En cuatrocientos dólares americanos se regulan los honorarios del Dr. Germánico Maya. **Notifíquese.** 

f). Dr. Jorge Iván García C.

#### SEGUNDA INSTANCIA

Juez ponente: Dr. Carlos Humberto Hurtado Cadena.

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CARCHI. Tulcán, jueves 8 de noviembre del 2012, las 11h10.

**VISTOS:** El señor Juez Primero de la Civil y Mercantil del Carchi, dicta sentencia en el juicio que por daño moral sigue el señor Gral. en S.P. CÁS-TULO RENÉ YANDÚN POZO en contra del señor ABG. BYRON MIGUEL PÉREZ LOMBA-NA, desechándose las excepciones propuestas por los demandados, acepta la demanda y fija en VEIN-TICINCO MIL DÓLARES DE ESTADOS UNI-DOS DE AMÉRICA la indemnización que queda obligado a pagar inmediatamente del demandado a favor del accionante por daños morales a él causado y desechándose la reconvención planteada por no haberse justificado los fundamentos de la misma. Interpuesto recurso de apelación tanto por el demandado como por el actor, sube el proceso a conocimiento de esta Sala, radicada la competencia para resolver, considera: PRIMERO: COMPETEN-CIA. Esta Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, es competente para conocer esta causa, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1º. Del Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con lo señalado en el Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil; y, habiéndose dado a esta causa el trámite legal correspondiente, no existiendo omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en su decisión, se declara válido el proceso. SEGUN-DO: FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA. EL GNRAL. En SP. Cástulo René Yandún Pozo, comparece con su demanda, manifestándo en lo esencial: que el señor Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, sin duda por envidias, complejos o rencillas de carácter político, o quizá también retaliaciones por actos ejecutados en su calidad de Prefecto Policial del Carchi, o motivado por protervos propósitos, se ha dedicado a una campaña sostenida, continua y perversa de molestar, estorbar su gestión personal, familiar y política desacreditándola en

forma absurda frente a la sociedad de la provincia e inclusive en forma irresponsable y punible, imputándole la perpetración de delitos. Así que no solo ha recurrido a la infame tarea de cuestionar sin fundamento su tarea y actuaciones de Prefecto de la Provincia, obteniendo inclusive que se publiquen hechos o situaciones falsas que afectan su bien ganado prestigio profesional y militar, personal y social. Ciego en su propósito doloso de perjudicar su buen nombre no solo que se ha ingeniado para obtener que periódicos, que sin la adecuada y fiel información publiquen noticias que atentan a su honor, sino que ha permitido irresponsablemente deducir acciones legales buscando a través de ellas causarle dolor y angustia. Que de la documentación que anexa, consta que en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, se tramitó la acción especial o recurso de acceso a la información en contra del Prefecto, Procurador Síndico y Secretario del Gobierno Provincial del Carchi, el mismo que se estableció o deduje con el objeto de obtener que se conceda la información sobre el convenio firmado entre el gobierno Provincial del Carchi y el Proyecto de Vivienda Humanitaria ECOHABITAT. Que el Juez a quo desechó el recurso que se interpuso habiendo el Tribunal Constitucional, a través de la Primera Sala, dispuesto que se entregue la información recurrida, todo lo que consta del fallo de 26 de Abril del 2006, disponiendo por lo tanto que el Juez de la Instancia Inferior proceda a dar cumplimiento a lo resuelto por dicha Sala. Que acogiendo la Resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de fecha 30 de abril del 2006, el señor Juez Primero de la Civil del Carchi, mediante providencia de 12 de junio del 2006, a las 9H45 dispone que los demandados entreguen la información requerida por el señor Byron Pérez, misma que ha sido cumplida cuando han remitido la información completa requerida por la parte actora, esto es, copias debidamente certificadas, siendo dicha información la única que reposa en los archivos respectivos. Que a pesar de la





documentación entregada, la parte actora ha insistido tanto ante el Juez a quo, como ante la Primera Sala del Tribunal Constitucional se declare un supuesto DESACATO, ante lo cual la mencionada Sala en resolución de 3 de enero del 2007 dictaminó. "AL CONSTAR EN LA LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA IN-FORMACIÓN PÚBLICA DEL PROCEDI-MIENTO APLICABLE A LA FIGURA DEL "DESACATO", AL TENOR DE LO DISPUES-TO EN EL ÚLTIMO INCISO DEL ART. 22 DE LA INDICADA LEY, ACUDIMOS A LO ESTA-BLECIDO EN LA LEY DE CONTROL CONS-TTIUCIONAL EN CALIDAD DE NORMA SUPLETORIA, AL EFECTO, EL ART. 55 DE ESTE CUERPO LEGAL DISPONE QUE CO-RRESPONDE EL CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN FINAL ADOPTADA POR EL PRO-CEDIMIENTO DE AMPARO, AL JUEZ DE INSTANCIA ANTE QUIEN SE INTERPUSO EL RECURSO". Que el señor Juez Primero de lo Civil del Carchi, ha dispuesto la verificación de la documentación de los archivos del Gobierno Provincial del Carchi, que fue materia de la resolución del Superior, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que la diligencia se ha cumplido en forma legal por lo que el señor Juez ha verificado en la Secretaría de la Prefectura, Secretaría General, Sindicatura, Departamento de Obras Públicas y Financiero, determinando que no existen más documentos sobre el tema materia del juicio, y para corroborar tal diligencia de verificación, el señor Perito nombrado para el efecto, presenta su Informe, llegando a la conclusión de que de la documentación compilada relacionada, son los únicos que se encuentran especificados en los anexos 1,2,3 y observación nro. 9, hecho lo cual el señor Juez, dispone que se informe de lo actuado a la Primera Sala del Tribunal Constitucional, a quien se ha remitido copia certificada de la providencia e informe pericial correspondiente y posteriormente la Primera Sala de este Tribunal remite todo lo actuado al Pleno del Tribunal con fecha 21 de julio del 2007. De la misma forma, el señor Juez Primero de lo Civil del Carchi mediante providencia de 20 de febrero del 2008, sostiene que no es competente para conocer sobre el delito de desacato. Por último que en providencia de 3 de junio del 2008 dictada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional dentro de la causa nro. 0004-06-AI, referente al recurso del Abg. Byron Miguel Pérez Lombana en el que se

analiza el oficio del Juez Primero de lo Civil del Carchi, sobre la verificación antes mencionada, dispone el archivo de la causa en vista de que el Gobierno Provincial del Carchi ha dado cumplimiento a la Resolución de la Sala y respecto a esta no hay recurso pendiente que conste de autos, es decir causó estado y se encuentra ejecutoriada. Que de las piezas procesales que en copias debidamente certificadas adjuntas dentro de la Indagación previa nro. 02-2008, seguida en contra del compareciente por parte del Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, constan los siguientes hechos: Que la señora Ministra Fiscal a dispuesto la práctica de algunas diligencias conexas con los delitos denunciados que se refieren a documentos públicos e informes como el del Juez Primero de lo Civil del Carchi de fecha 12 de mayo del 2008 en que dice se ha informado al Tribunal Constitucional de los actos de verificación y que a esa fecha no había respuesta; que mediante escrito de 2 de julio del 2008 la Dra. Narciza Tapia Guerrón, Ministra Fiscal Distrital del Carchi (E), requiere al señor Presidente del a H. Corte Superior de Justicia de Tulcán EL ARCHIVO DE LA CAU-SA, al haber desvanecido la presunción de existencia de delito penal, amparado en la disposición del art. 38 del Código de Procedimiento Penal. Que revisado el requerimiento de dicha Sra. Ministra Fiscal el señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Tulcán el 25 de julio del 2008 dicta resolución en el sentido de que se acepta el requerimiento de archivo de la denuncia que ha formulado la señora Ministra, ordenando que se devuelva el expediente al Ministerio Público, resolución ésta que se encuentra debidamente ejecutoriada y sin recurso alguno que se encuentre pendiente. Que mediante la infundada, maliciosa y temeraria denuncia presentada por el señor Abg. Byron Miguel Pérez Lombana, se ha tratado de imputar un delito jamás realizado por el compareciente y peor aún de delito de desacato tipificado y sancionado por el art. 249 del Código Penal; que por otra parte, se denuncia también a los señores Consejeros Provinciales y ex representantes del Gobierno Provincial del Carchi por haber incurrido en desacato flagrante tipificado en el art. 251 del mismo Cuerpo legal, teniendo como antecedentes el Juicio de Acceso a la Información nro. 05-2006 seguido por el referido denunciante en contra del compareciente, en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, proceso en el cual y como resolución definitiva se ha procedido a su archivo como consta de las copias certificadas que adjunta. Que como demuestra con los recortes de



periódico que agrega se ha informado en forma errada y teniendo como fuente, sin duda, al demandado una serie de hechos que distan de la realidad y que equivocadamente causan una grave afrenta a su bien ganado prestigio moral y profesional, siendo víctima de un gravísimo daño moral que indiscutiblemente afecta no solo a su prestigio personal sino al de su familia la cual se ha visto avocada una serie de presiones provenientes de errados comentarios y falsas informaciones que les causan angustia, temor, vergüenza, desprestigio que causan un grave problema al diario y normal convivir en virtud de acusaciones gratuitas, maliciosas y temerarias por parte del demandado, que hacen que la ciudadanía provincial pierda la confianza en su Prefecto, que su gestión se vea observada como todo acto proveniente de su persona ya que es objeto de duda y de cuestionamientos. Como hombre bien formado, que es, ha proclamado toda su vida la defensa del honor, del buen nombre, a través del desempeño ejemplar, digno y honesto de todas las funciones, tareas y encargos que se le han confiado en su vida militar, lo que ha servido para que abrace la gesta política como un peldaño más en la lucha por mejorar la situación humana, moral, personal y familiar. Que cuarenta años de esfuerzo de entrega sin condicionamientos a los más altos intereses de la Patria y de su familia, han sido mancillados, vejados por esta infame persecución y por las falsas denuncias que ha soportado por parte del demandado; que su reputación ha sido manchada mediante la difamación por todos los medios que han sido posibles causándole ansiedad, humillación, angustia, daños psicológicos y físicos que ha tenido que afrontar su familia y el propio compareciente. Que la determinación del daño causado es el desprestigio moral tanto particular del compareciente y de todos quienes son funcionarios del Gobierno Provincial del Carchi, ex consejeros y ex funcionarios, toda vez que se ha presentado un sinnúmero de denuncias y quejas en su contra que nunca han sido probadas durante su tramitación como consta de los expedientes a los que hace alusión. Con los antecedentes expuestos fundamenta su acción, diciendo: Que la responsabilidad civil que debe asumir el demandado se encuentra determinada y protegida por el art. 2258 y siguientes del Código Civil, añadidos mediante Ley Reformatoria nro. 171 Reg. Of. 779 de 4 de julio de 1984 en base a lo cual demanda al señor Abg. Byron Miguel Pérez Lombana a fin de que en sentencia se acepte su demanda y se declare el daño moral causada en su persona y su familia, así como

la obligación del demandado al resarcimiento del daño moral por los daños y perjuicio irrogados, los cuales deben ser cuantificados y estar acordes y en proporción a la magnitud del daño causado, fijando como cuantía en la cantidad de quinientos mil dólares. TERCERO: CONTESTACIÓN A LA DE-MANDA-EXCEPCIONES. Calificada la demanda, se le ha dado a la causa el 661 y 612 del proceso deduciendo las siguientes excepciones: I.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la acción planteada; II. Falta de derecho en la forma como lo está haciendo; III. Ilegitimidad de personería activa y pasiva; IV. Alega inepta acumulación de acciones; V. Nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales relacionadas con la naturaleza de estos juicios; VI. En subsidio alega la validez de las acciones empleadas por el compareciente en relación a exigir la ejecución de la sentencia, nacida a través del RECURSO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, signada con el nro. 05-2006 y tramitada en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, así como la empleada para que se investigue por el delito de desacato ante el Ministerio Público. Distrito del Carchi; VII. Alega que el compareciente en ningún momento ha causado ningún daño moral al actor de este juicio; VIII. Que el trámite a seguirse en la demanda no es el que corresponde tal como lo plantea el actor al manifestar que fundamenta en el Art. 404 del Código de Procedimiento Civil. Con el escrito de fs. 697 del proceso el demandado Abg. Byron Miguel Pérez Lombana RECONVIENE AL ACTOR, misma que es contestada, a su vez, por el accionante a fs. 699 de autos quedando de esta forma trabada la litis. Se convoca a junta de conciliación, diligencia en la cual las partes no llegan a ningún acuerdo conciliatorio que pudiera dar terminado presente litigio, por lo que continuando con el trámite del mismo se ha abierto la causa a prueba por el término de Ley. **CUARTO. PRUEBAS**. De conformidad con lo dispuesto en el art. 113 del Código de Procedimiento Civil: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente, y que ha negado el reo"; y, según lo dispone el art. 114 del mismo Código "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley". Dentro del término de prueba las partes han aportado aquellas con los que consideran fundamentan la acción del demandante y las excepciones por parte del demandado. Así tenemos que el actor ha reproducido las siguientes pruebas: 1º. Reproduce a su favor todo cuanto de autos le fuere favorables





y los documentos que adjuntó a la demanda; 2º. Un ejemplar íntegro del periódico "La Prensa" de fecha 27 de abril del 2008 en que se encuentra un artículo titulado: "Prefecto y Consejeros denunciados por desobediencia; 3. Copia certificado de un artículo de prensa del Diario "La Hora" que titula "Piden prisión para Prefecto" de fecha 25 de abril del 2008; 3. Capia del artículo de la noticia: "Yandún sentenciado a prisión", noticia publicada en el Semanario La Prensa del Domingo 2 de marzo del 2008; copias de publicaciones realizadas en distintos diarios con circulación en la Provincia del Carchi en que se publican noticias proporcionadas a estos medios de difusión en forma falsa y perversa por Byron Pérez Lombana; 5. Que se agreguen al proceso cinco cuerpos debidamente certificado del proceso denominado: Recurso de Acceso a la Información propuesto por Byron Pérez Lombana en contra del Gnral. René Yandún y otros; 6. Copia certificada del auto resolutorio del señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tulcán, por el cual dicha Autoridad desestima y ordena el archivo de la denuncia presentada por Byron Pérez Lombana, por un supuesto delito de desacato. 7. El Juez a quo en la Consideración Quinta de la sentencia resolutiva hace mención de las pruebas aportadas a favor del actor de esta causa, cuando se refiere a que de autos constan las publicaciones realizadas en los diarios que circulan en esta ciudad de Tulcán y provincia del Carchi, relacionados con el señor General René Yandún Pozo, tales como: "Piden prisión para prefecto", reproducción solicitada por Byron Miguel Pérez Lombana, "Yandún sentenciado a prisión"; "denuncias por desacato"; prefecto, síndico y secretario del Gobierno provincial no podrán cobrar sueldo este mes"; entre otros. 8. Certificación conferida por la Dra. Magdalena Alcocer y Dr. Ramiro Montenegro López, en los que se determina que el señor General René Yandún Pozo, presenta síntomas de STRESS; cansancio, insomnio, angustia, cuadro de cefalea tensional, depresión, ansiedad. Por su parte a favor del demandado, también constan se han practicado como pruebas: A) Reproduce todo cuanto de autos le fuere favorable, especialmente su contestación a la demanda, las excepciones planteadas y la reconvención; así como la impugnación a la prueba presentada por el accionante y la tacha a sus testigos; B) Las declaraciones de sus testigos que afirman la honorabilidad y buen nombre del abogado Byron Pérez, especialmente que se ha destacado como Dirigente Deportivo, asesor jurídico de la Cooperativa "Rápido Nacional" y

certificados de honorabilidad y buena conducta. Ha solicitado que el demandado rinda confesión judicial, diligencia con la que en nada enerva la acción propuesta. QUINTO DEL RECURSO DE APE-**LACION.** El juez de la causa ha motivado debidamente la sentencia tomando en cuenta tanto las pruebas de cargo como de descargo obradas en este juicio, señalando jurídicamente las razones que le han llevado para aceptar la demanda y establecer la sanción que por indemnización de daño moral debe pagar el demandado. La Sala ha analizado la totalidad del proceso contenido en más de catorce cuerpos y de ellos observamos, que como antecedente principal tiene el juicio propuesto por el Abg. Byron Miguel Pérez Lombana sobre acceso a la información por cuanto requería ciertos documentos y relacionados a un programa de vivienda con ECOHA-BITAT, de todo lo cual hemos llegado a apreciar que el señor Gnral. René Yandún, en su calidad de Prefecto del Gobierno Provincial del Carchi cumplió con todo lo requerido por el peticionario, mas sin embargo, aparecen una infinidad de peticiones con la finalidad de solicitar se exhiban documentos que no estaban en poder del Gobierno Provincial ni de sus dependencias y que ya había cumplido con lo dispuesto por la Corte Constitucional, pese a ello, el demandado a lo largo de proceso que se ha incidentado en tal forma que lo volvió en su proceso voluminoso y repetitivo de peticiones que en su momento inclusive fueron desechadas por los Jueces Titulares de esta Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, cuando dicho juicio por efecto del recurso de apelación llegó a su conocimiento. En efecto en segunda instancia luego de fundamentar la petición del recurso inclusive se abrió la causa a prueba y encontramos que las mismas solicitudes o peticiones incidentales que se practicaron en primera instancia, se volvieron a pedir se practiquen en segunda instancia, no habiendo cambiado en nada la situación de los hechos que se encuentran probados y analizados por el juez a quo. SEXTA: MOTI-VACIÓN DE LA SENTENCIA. El demandante ha presentado su acción a fin de que en sentencia se declare el daño moral causado por el demandado Abg. Byron Miguel Pérez. El Art. 2332 del Código Civil en su último inciso se refiere a que la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción y omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, esta misma disposición legal se refiere a la demanda de indemnización pecuniaria a título



de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales y se halle justificada por la gravedad del perjuicio sufrido y de la clase de falta. Sobre esta materia es importante señalar lo que dice el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, cuando da un concepto de Daño Moral y dice: "Lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otro. Estrago que algún acontecimiento o doctrina acusa en los ideales, costumbres de un pueblo, clase o institución". El profesor Dr. José García Falconí dice: "Daño es el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien, moral: es el conjunto de facultades espirituales, y dolor o una aflicción a sus sentimientos. Daño moral es aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las facultades o presupuestos de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona". Y para mayor abundamiento de lo que es el daño moral y sus complicaciones o consecuencias en la personalidad de una persona, podemos citar también lo que contiene la Jurisprudencia. Ediciones Legales, Pág. 676-5-1988 (GJ.S.XV. Nro. 2P.399) Cita: "lo que señala la doctrina expuesta por el profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra: "De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno", Segunda Edición, pág. 220 y siguientes. "El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine – pretium doloris-; el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los tributos o facultades morales del que sufre el daño". La Sala estima por último que es conveniente anotar que el mismo demandado en sus numerosos escritos y peticiones que constan del proceso, de alguna forma ha reconocido la personalidad y buen nombre del accionante, cuando él mismo solicita se agreguen al proceso las numerosas certificaciones de autoridades

públicas que demuestran que el actor por varios años ha venido ostentando cargos connotados de servicio público como diputado en el Congreso Nacional; Prefecto de Gobierno Provincial del Carchi u otros que no hacen sino afirmar la prestancia de sus méritos y personalidad, que en verdad ha sido menoscabada y desprestigiada por el accionar del demandado, en esta causa, quien como se tiene dicho en la Junta de Conciliación realzada ante la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi el trece de enero del dos mil once, folio doce, del Cuaderno de Segunda Instancia, pretendiendo de alguna manera justificar sus excepciones y la reconvención planteada para decir que su accionar no ha sido la intención de perjudicar la honra del demandante y pretender desvirtuar su acción, dice: "Señores Jueces conforme lo determina el art. 402 de la misma norma (Código de Procedimiento Civil) es menester y así lo exige tratar de llegar a un acuerdo, implicando que de llegar a una conciliación no significa de ninguna forma aceptar la ilegal demanda que se planteó en mi contra por daño moral, que la parte actora debió plantear una fórmula conciliatoria, por mi parte, como hombre de derecho de paz y honorable y a lo mejor reconociendo algún error, sin querer dañar su imagen se planteó alguna causa, propongo reconocer las costas judiciales en las que incluye los honorarios del defensor y de alguna forma pública como conciliación en los medios de comunicación pedir las debidas disculpas si en caso consentido hubiese afectado a su honorabilidad..." De todo lo expuesto luego de ser analizadas todas las tablas procesales se considera que la demanda presentada por el señor Gnral. S.P. René Yandún Pozo reúne los requisitos establecidos en el art. 2232 del Código Civil que le otorga al actor la facultad de demandar en la forma como lo ha hecho: reformándola en cuanto a la cuantía del monto que se nada a pagar como indemnización del daño moral: ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚ-BLICA, desechándose los recursos de apelación interpuesta, se confirma la sentencia venida en grado, fijándose en la cantidad de: QUINCE MIL DÓ-LARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉ-RICA el valor de la indemnización que debe pagar el demandado. Notifíquese.

f) Drs. Daniel Bolaños Córdova, Conjuez; Carlos Hurtado Cadena, Conjuez; y, Miguel Ángel Hermosa Burbano, Conjuez.





# ACLARACIÓN

#### Juez ponente: Dr. Carlos Humberto Hurtado Cadena.

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CARCHI, Tulcán, lunes 10 de diciembre del 2012, las 10H33. VISTOS: El abogado Byron Miguel Pérez Lombana ha solicitado se aclare la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi diciendo: aclare cuáles son los elementos consideraciones y hechos que supuestamente produje para que se cause un Daño Moral. El art. 281 del Código de Procedimiento Civil dispone: "La jueza o juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitarse dentro de tres días". El Art. 282 del mismo Código, dice: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fue obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada. Para la aclaración o la ampliación se oirá previamente a la otra parte". Se ha corrido traslado de esta petición a la otra parte quien en el escrito correspondiente

se opone a tal petición. Revisada la sentencia la Sala observa que se la ha dictado utilizando términos sencillos guardando la lógica necesaria en todas las partes que forman la misma, así en su parte expositiva, el análisis de las pruebas y la motivación correcta de las pruebas aportadas por las partes, reuniendo así todos los requisitos necesarios para expedir tal resolución en la forma como se ha expuesto. La petición del abogado Lombana no tiene entonces sentido el aclarar aquello que en forma diáfana y con el análisis y ponderación debida de las pruebas ha hecho esta Sala de la Corte Provincial de Justicia, pues atender de la resolución, cosa que no es permitido por lo indicado en el referido art. 281 del Código de Procedimiento Civil. Al ser la sentencia dictada por la Sala suficientemente clara y explícita, nos ratificamos en la misma negando la petición de aclaración. Notifíquese.

f) Dr. Miguel Hermosa Burbano, Conjuez; Dr. Carlos Hurtado Cadena; Conjuez, Dr. Daniel Bolaños Córdova, Conjuez.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 94-2013-MB

Juicio civil por daño moral seguido por René Yandún vs. Byron Pérez

Juez ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 30 de enero de 2014. Las 11h45.

VISTOS: Byron Miguel Pérez Lombana, interpone recurso de casación mediante escrito que corre de fojas 167 a 171 del cuaderno de segunda instancia, en el que impugna la resolución dictada por Única Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, la cual confirma la sentencia dictada por el Juez Noveno de lo Civil del Carchi, en el juicio ordinario por daño moral, que en su contra sigue René Yandún Pozo. Para resolver, se considera:

PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETEN-CIA: El Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integran han sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero del 2012 y posesionados por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero de 2012 y posesionado por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero del 2012; y conforme resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia nro. 03-2013 de 22 de julio del 2013; su competencia para conocer el recurso interpuesto se fundamenta en lo dispuesto por los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. La Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analiza el recurso y lo admiten a trámite, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación

SEGUNDO. NORMAS INFRINGIDAS. El casacionista señala que las normas que se ha infringido son los artículos 5, 6, 2232, 2223 del Código Civil; 113, 115, 165, 166, 167, 404, 1014 del Código de Procedimiento Civil, artículos 11, 76 numeral 7 literal l), 82, 172, 173, 424, 425, 426



de la Constitución de la república y 4, 9, 18, 23, 25, 29, 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Fundamenta su recurso en la causal 3 de la Ley de Casación.

TERCERO. ARGUMENTOS MATERIA DE LA **IMPUGNACION: 3.1**. El casacionista argumenta que no ha causado daño moral al accionante, que no se ha perjudicado su patrimonio económico de ninguna forma, no se ha afectado de ninguna manera su rol político o como autoridad, que por el contrario, ganó la tercera relección como Prefecto de la provincia del Carchi. Que viajó a Japón, lo que corrobora que goza de buena salud mental y física para viajar a otro continente, someterse a otra cultura a otros usos horarios, costumbres, tipos de comida, participar en reuniones extenuantes y giras. 3.2. Alega el recurrente que los señores Jueces de la sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi han dejado de valorar la prueba constante en el proceso y que sin fundamento sentencia al pago por daño moral. 3.3. El recurrente manifiesta que en el momento oportuno impugnó la prueba actuada en juicio y que dentro del proceso se ha generado la nulidad del proceso.

CUARTO. ALGUNOS ELEMENTOS DEL RE-**CURSO DE CASACIÓN:** Con la expedición de la Constitución del 2008 se instauró en nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, marco constitucional que cambia radicalmente la administración de justicia, ello obliga a que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables, y que, respecto del recurso extraordinario de casación a la Corte Nacional de Justicia como máximo Tribunal Ordinaria en el control de legalidad le corresponde desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, lo que de acuerdo con la Corte Constitucional: "El establecimiento de la casación en al país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o

legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación..."<sup>1</sup>

QUINTO. EXAMEN DE NORMAS CONSTI-**TUCIONALES: 5.1.** En relación a la alegación que realiza el recurrente en base a los artículos 11, 76 numeral 7 literal l), 82, 172, 173, 424, 425, 426 de la Constitución de la República, disposiciones referentes a la aplicación de los principios constitucionales, garantías básicas al debido proceso, derecho a la seguridad jurídica, principios de la Función Judicial, impugnación de actos administrativos, jerarquía de la Constitución y aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución, se debe mencionar que los principios constitucionales son normas rectoras que tienen como fin la solución de conflictos. Para Robert Alexy los principios son mandatos de optimización<sup>2</sup>. Es decir que son normas jurídicas que deben ser aplicadas y que sirven de parámetros de interpretación, que ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico.

En relación al artículo 76 de la Constitución referente al debido proceso derecho que contiene amplias garantías básicas o mínimas, entre las que se pueden mencionar: la presunción de inocencia, el cumplimiento de normas y derechos de las partes, la acción punible prevista en la ley para su sanción, la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, la eficacia probatoria, el derecho a la defensa, esta última garantía es el derecho "...que tiene toda persona a la recta administración de justicia. El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo, a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado. Es debido aquel proceso que satisface todos los requisitos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se llama debido entonces, porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica..."3, en este sentido, este Tribunal observa que en la sentencia impugnada no existe ausencia de defensa, pues los contendientes estuvieron en igualdad de condiciones en todos los estados procesales del juicio, al ser atendidos, tutelados y protegidos sus derechos hasta las actuales circunstancias.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sentencia nro. 364, 17, I, 2011, pág. 53.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Alexy Robert, El derecho general de libertad. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Marcelo Hernán Narváez Narváez, *Procedimiento Penal Abreviado,* Primera Edición, 2003, Quito-Ecuador, págs. 204, 205.



El artículo 82 de la Constitución de la República señala: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes", en concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial que determina: "Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas".

La seguridad jurídica es la "condición básica para que un Estado pueda tener paz social y estabilidad política, condiciones que a su vez favorecerán su desarrollo económico; con paz habrá seguridad jurídica, y con ella vendrán las inversiones, de manera que la existencia y el respeto al Derecho, es condición sine qua non de la seguridad y el desarrollo". <sup>4</sup>

De lo que se desprende que la seguridad jurídica, no es otra cosa que la posibilidad que el Estado debe damos mediante el derecho, de prever los efectos y consecuencias de nuestros actos o de la celebración de los contratos para realizarlos en los términos prescritos en la norma, para que ellos surtan los efectos que deseamos o para tomar las medidas actualizadas para evitar los efectos que no deseamos, y que podrían producirse según la ley. En cuanto al artículo 172 referente a los principios de la Función Judicial señala que los jueces harán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la Ley, aplicando el principio de diligencia en los procesos, y que serán responsables por el perjuicio que causen por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de Ley, situación que debe ser invocada expresamente por el recurrente. Y por último en lo referente a las normas atinentes a la supremacía constitucional, se debe mencionar que este es un principio del Derecho Constitucional que ubica a la Constitución en orden jerárquico superior a las demás normas jurídicas, de directa e inmediata aplicación, siendo obligación del recurrente señalar de qué modo no se han aplicado o vulnerado las disposiciones arriba citadas.

De la lectura del recurso se desprende que el casacionista no cumple con su obligación de establecer de manera clara los vicios, ni los argumentos alrededor de las supuestas violaciones que expone. No basta, por tanto, citar como se lo hace en el presente caso las normas constitucionales y alegar han sido violadas, in genere, un derecho fundamental, sino que debe manifestarse en forma concreta y precisando la manera cómo ha ocurrido. Porque de ser verdad el cargo, todo lo precisado estaría sin valor ni eficacia, lo que no acontece en el presente caso, por lo que la Sala procede a desestimar dicha supuestas violaciones por falta de fundamento del

SEXTO. ALGUNOS RAZONAMIENTOS SO-**BRE DAÑO MORAL.** Pese a que el recurrente no es claro en su petición corresponde a este Tribunal analizar la figura del daño moral. Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño moral consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos creencia o afectos. En otro sentido, daño moral es el que afecta los atributos o facultades morales espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc., es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo.

El daño moral puede presentarse de distintas formas: unido a un daño material, o como único daño, como un daño puro. O más típicamente aún, el daño moral que produce consecuencias pecuniarias, como el descredito que se hace de una persona y la perjudica en sus negocios. En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegitima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización

<sup>4 &</sup>quot;LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ECUADOR. CONTRIBUCIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO" Dra. Ana María Rosero Rivas, Quito, julio 2003, IAEN.





pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación solo comprende el daño emergente. En consecuencia, puede originarse por delitos, que se liquida como juicio incidental ante el propio juez penal, o no por delitos, que se liquida en proceso civil. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. Nro. 5. Página 1293. (Quito, 28 de febrero de 2001).

El artículo 2231 del Código Civil manifiesta: "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral". En tanto que, el artículo 2232 del citado Código ha prescrito que: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasi delito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procedimientos injustificados, y, en general sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo". El insigne profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra "De la Responsabilidad Extra Contractual en el Derecho Chileno", segunda edición, páginas 220 y siguientes, nos enseña que: "El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria - el patrimonio de la víctima está intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium-doloris". Jorge Bustamante sostiene que: "Es la lesión en los

sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas y en general todas clases de padecimientos imposibles de apreciación pecuniaria". Por su parte Alfredo Orgaz menciona "Cuando la acción antijurídica hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral y no patrimonial". Las distintas Salas de Casación han dictado fallos sobre daño moral, tal es el siguiente pronunciamiento: "Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. El daño moral consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos creencia o afectos. En otro sentido, daño moral es el que afecta los atributos o facultades morales espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc. Es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo. El daño moral puede presentarse de distintas formas: unido a un daño material, o como único daño, como un daño puro. O más típicamente aún, el daño moral que produce consecuencias pecuniarias, como el descrédito que se hace de una persona y la perjudica en sus negocios. En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación solo comprende el daño emergente.

En esta virtud, la Institución del Daño Moral consagrado en nuestra legislación tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario de quien sufre un agravio por alguno de los eventos que se determinan en los artículos 2214, 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil, reparación o indemnización que corresponde hacerlo a quien lo ocasionó. Por





consiguiente, el Juzgador al dictar su fallo debe tener en cuenta las circunstancias reales en las que se desenvuelve la declaración de la voluntad (artículos 1453, 2184 C.C.). Entonces si podemos afirmar, que en el daño moral existen dos condiciones, a saber: a. La declaración de que existe el daño; y, b. La reparación. En consecuencia, para merecer indemnización por daños morales debe existir y ser apreciada en cada caso -gravedad particular del perjuicio sufrido y gravedad particular de la falta. SÉPTIMO. EXAMEN DEL CASO EN RELA-CIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS. **6.1 SOBRE LAS ACUSACIONES:** Corresponde examinar respecto del cargo por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación argumentada por el recurrente, causal que procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". En la proposición de esta causal deben producirse dos violaciones continuas: a). La transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); y, b) La afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera infracción por equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por consiguiente, al demandar por esta causa incumbe a la parte recurrente establecer. 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, este es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación.

**6.2.** El recurrente en su extenso libelo de casación manifiesta: "se ha incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación porque se da una aplicación indebida de la norma jurídica sustantiva y adjetiva vigente a la fecha en que se trabó la *litis*, y falta de aplicación en los artículos antes referidos del Código de Procedimiento Civil, Constitución de la República y Código Orgánico de la Función Judicial." Es decir invoca a la vez la aplicación indebida y la falta de aplicación de los artículos referidos del Código de Procedimiento Civil. Ante tal equívoca formulación de aplicación indebida y a la vez de falta de aplicación de las normas adjetivas que revela, lo que no es dado hacerlo en forma conjunta la indebida y falta de aplicación; cuando como es lógico al presentar recurso de casación por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación concernía determinar cuál de los tres conceptos es el procedente. Al depositar los dos, esto es la indebida y falta de aplicación, que tienen juicios y percepciones diferentes, hacerlo en forma unida y sin diferenciarlas, tal acumulación no procede. Al depositar los dos, esto es la indebida y falta de aplicación, que tienen juicios y percepciones diferentes, hacerlo en forma unida y sin diferenciarlas, tal acumulación no procede. El casacionista tenía la obligación de precisar por cuál de las tres situaciones de menoscabo de la ley acusa, no de los dos, pues al tribunal de Casación le está impedido elegir una de ellas o cambiar lo señalado por el reclamante, se ha de insistir en que los casacionistas deben establecer uno solo de estos términos en la causal, nunca dos o más como se lo hace, pues si se insertan nociones disímiles de modo conjunto no diferenciado, tal acumulación hace inadecuada la casación, tampoco se puede citar dos conceptos en forma confusa como en la especie. En casos como el presente, la anterior Corte Suprema y esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia han reiterado en el sentido indicado.<sup>5</sup>

De otra parte, en el recurso interpuesto no señala que norma de valoración de la prueba ha sido a su criterio aplicada de forma indebida, erróneamente interpretada o no se ha aplicado, al invocar la causal tercera no basta indicar cuáles son las normas que han sido transgredidas, es necesario señalar

<sup>5</sup> R.O. nro. 137, 25 Agosto de 1977. Pág. 10. Resolución nro. 802-2009, Rescisión de contrato por lesión enorme sigue Luis E. Salazar Chávez y otro contra Doshinska P. Obando Guzmán y otros, 2 VIII 2012; Resolución nro. 568-2011, verbal sumario por terminación de contrato sigue Jorge E. Molina Herrera contra Gobierno Provincial de Sucumbíos, 27 III 2013.



en forma concreta y detallada de qué manera se han transgredido las normas de derecho invocadas, cuando es deber de quien lo interpone especificar cómo debió ser la debida aplicación o cuál la correcta interpretación de la norma relativa a la valoración de la prueba y cuál norma de derecho sustancial a consecuencia de ello ha sido vulnerada. El recurrente señala en relación a la prueba documental aportada en el proceso que consta la declaración juramentada rendida por el actor René Yandún Pozo, ante el Notario, y concluye manifestando que no se ha perjudicado su patrimonio económico de ninguna forma, no se ha afectado de ninguna manera su ron político, y que goza de buena salud mental y física para viajar a otro continente, sin indicar qué norma de valoración de la prueba ha sido vulnerada, volviendo improcedente la causal. Por otro lado, manifiesta que ha impugnado de manera oportuna las certificaciones médicas conferida por los doctores Magdalena Alcocer y Ramiro Montenegro por ser ineficaces al querer el actor demostrar que sufría de stress, pero que no ha podido probar daño psicológico, en este caso, el casacionista debió señalar por qué son ineficaces dichas declaraciones y cómo el juez ha valorado en forma arbitraria o ilegal la prueba.

La impugnación procesal es el poder concedido a las partes tendiente a lograr la modificación, revocación, anulación o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto, es decir que el recurrente reconoce que tuvo la posibilidad de impugnar la prueba actuada dentro del juicio, tal como lo dispone una de las garantías básicas del derecho al debido proceso plasmada en el art. 76 numeral 7 literal h) de la Constitución de la República6, por lo tanto no existe violación a derecho constitucional alguno, así tampoco es procedente la alegación realizada por cuanto no se han precisado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; tampoco se ha determinado el modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación: no se ha demostrado cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los

preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación.

En relación al literal b) del libelo de casación, el recurrente a modo de interrogante cuestiona "dónde o cuáles son los elementos que se cumplen para que se me sentencie a la reparación de un Daño Moral inexistente ya que no se afectado de ninguna manera daños patrimoniales peor aún daños morales porque su patrimonio más bien ha incrementado". Nuevamente el casacionista no hace relación a la vulneración de norma alguna incurriendo en falta de la proposición jurídica completa relacionada a la causal tercera. Para que sea considerado el cargo por esta causal, el recurrente debe cumplir con ciertos requisitos: "1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio, ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido erróneamente. No tienen valor las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar "y siguientes". 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo e vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido el yerro alegado. 4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada" 7

Como queda dicho, el recurrente se sustenta en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, sin embargo no señala las normas contentivas de preceptos de valoración de la prueba, menos aún fundamenta cómo a consecuencia de estos yerros, normas sustantivas hayan sido inaplicadas o indebidamente aplicadas, y que esto haya sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia.



<sup>6</sup> Art. 76 numeral 7 liberal h) Constitución de la República: "Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar y contradecir las que se presenten en su contra".

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Resolución nro. 178 de 24 de junio de 2003, juicio nro. 19-2003 (Bravo vs. Palma) Corte Suprema de Justicia.



"No es, pues, debidamente el recurso de casación respaldado en la causal tercera cuando no se cita la norma sustancial que se afirma ha sido violada por medio de la transgresión de la norma sobre regulación probatoria".8

En relación al literal c) del recurso de casación en el que el recurrente manifiesta que la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada no guarda relación jurídica procesal con los méritos del proceso y la prueba aportada, al considerar que el actor de esta infundada y desatinada demanda el señor René Yandún Pozo, fundamenta su demanda en la Codificación que no se encuentra vigente y hace referencia al artículo 2258 del Código Civil mediante Ley Reformatoria nro. 171 publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, cuando lo correcto es fundamentar su pretensión en la codificación del Código Civil publicada en el Registro Oficial del 24 de junio del 2005, manifestando que no tenían relación con la naturaleza del trámite ni el procedimiento de la acción. Cabe mencionar que las normas a las que se refiere no son normas de valoración de la prueba, el Tribunal de instancia tiene potestad para valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que no estaría sujeto a resolver conforme un determinado criterio. En tal virtud, para demostrar si se atribuye a la sentencia la existencia de este vicio, deberá demostrarse que ha sido expedida con razonamientos arbitrarios. Por ello, con alcance de esta causal, la anterior Corte Suprema de Justicia se pronuncia emitiendo criterio, en el sentido Que: "..no puede alterar la valoración de la prueba, ni cambiar los hechos establecidos por el juez de instancia, así como tampoco modificar su grado persuasivo, sino que debe limitarse a verificar si existe una violación directa de una norma jurídica que impele a valorar la prueba de los hechos de una forma distinta que la que ha efectuado el juez. Por tanto, debe haber expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda; o debe acreditarse que la valoración es absurda o arbitraria, por atentar contra las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia" (R.O. nro. 282, 12-III-2001, p. 25) Por lo que, no ha lugar a emitir pronunciamiento alguno por parte de la Sala, menos sobre esta causal. Constantemente ha expresado el Tribunal de Casación

sobre el carácter técnico de este recurso que exige claridad y precisión en cuanto a la enunciación de las normas violadas en el fallo.

En relación al literal d) del recurso en el que a criterio del recurrente la Corte Provincial de Justicia del Carchi realiza un equivocado análisis jurídico por que no realiza un examen exhaustivo de las pruebas aportadas y su valoración conceptual aplicando la sana crítica e inaplicada indebidamente el artículo 2232 el Código Civil se manifiesta: el artículo 2231 determina: "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral", tanto el criterio entendido como el artículo 2232 del Código Civil, son normas sustantivas que regulan conductas y consagran derechos. Los vicios posibles de alegarse en el recurso de casación comprenden los vicios in iudicando y vicios in procedendo. Los vicios in iudicanado, solo se pueden sustentar en normas materiales y los vicios in procedendo en la afectación de normas procesales.

El recurrente manifiesta en el literal f) de su libelo de casación que no fue citado con todos los documentos sino que al momento de la reforma de la demanda se amplió la pretensión dando lugar a la nulidad de todo el proceso e incurriendo en costas que regular. Asimismo expresa que no procede una reforma a la demanda cuando ya se trabó la *litis*.

En el caso *sub judice* el casacionista fue citado con la demanda y reforma a la misma el 30 de octubre del 2008 en persona razón que consta en el proceso a fojas 527, compareciendo a juicio y señalando casillero judicial mediante escrito presentado el 7 de noviembre del 22008 (fs. 538), contestando la demanda mediante escrito presentado el 12 de noviembre del 2008 presentando excepciones, es decir la fecha en la que se trabó la litis con la contestación a la demanda propuesta en su contra.

Del análisis realizado se desprende que existió reforma a la demanda antes de que se produzca la citación al demandado y antes de que éste haya comparecido o juicio y haya dado contestación a la misma, por consiguiente, no existió vulneración del procedimiento y el actor estaba facultado mediante norma expresa a reformar la demanda, la

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> R.O. nro. 535, 22 VI, 2001. Pág. 17.



nulidad procesal se produce cuando en el desarrollo del proceso se han violentado las normas constitucionales que consagran las garantías básicas del debido proceso provocando indefensión, es decir cuando a una de las partes se le privó de la posibilidad de defensa o en los casos que determina el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

De existir, a criterio del casacionista nulidad del procedimiento la causal segunda de la Ley de casación era la adecuada y no por la causal tercera como en su petitorio argumenta, y sin embargo del error cometido se ha analizado conforme consta en líneas precedentes, a fin de garantizar el debido proceso y los derechos del recurrente establecidos en la Constitución.

Ahora bien, respecto a la acusación del recurrente frente a la falta de valoración de la prueba es preciso mencionar que el artículo 115 del Código de Procedimiento civil textualmente dice: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. Según este precepto, corresponde al juzgador examinar en conjunto la prueba aportada por las partes dentro del proceso. La valoración de la prueba es un procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho. En la especie se ha valorado la prueba aportada por las partes en su conjunto, de acuerdo a las reglas de lasaña crítica, operación intelectual realizada por los jueces de instancia de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tocando a las partes procesales aportar con todos los medios de prueba a su alcance a efecto de que el juzgador tenga la posibilidad que de acuerdo a la sana crítica pueda resolver el caso.

Se debe dejar en claro que la enmienda a la demanda, así como la petición de prueba dentro del proceso no son causales para invocar a través de la causal tercera de la Ley de Casación. Quien invoque esta causal debe especificar cómo debió ser la debida aplicación o cuál la correcta interpretación de la norma relativa a la valoración de la prueba, el recurrente en ningún acápite de su recurso hace relación a la norma de valoración de la prueba que fue vulnerada así como tampoco a en qué forma ésta debió haber sido aplicada o interpretada.

Respecto a la reconvención a la que se refiere el recurrente ésta no es un medio de prueba y por lo tanto no corresponde impugnarla o enunciarla a través del recurso de casación debido a que este no es una instancia, la casación es un recurso extraordinario destinado a corregir errores de derecho, no constituye otra instancia.

Es necesario indicar que el casacionista no ha invocado los medios de prueba que no se han tomado en cuenta o la forma en que estos no fueron apreciados. Los medios de prueba se encuentran establecidos en el artículo 121 de Código de Procedimiento Civil que textualmente determina que: "Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o intérpretes." El significado y las normas relativas al daño moral no pueden ser argumento válido para que una sentencia sea casada por la causal tercera, como ha explicado el recurrente debe señalar qué norma de valoración de la prueba ha sido transgredida o cómo el Tribunal de instancia ha valorado la prueba en forma arbitraria.

Respecto al literal h) del escrito de casación en el que manifiesta que en la sentencia recurrida no se ha observado las reglas de valoración de la prueba, el casacionista no realiza un análisis de la prueba que a su criterio ha dejado de valorarse, la forma como los juzgadores no cumplieron con dicha obligación y la forma correcta cómo debió ser apreciada, la técnica de casación implica que el que recurre efectúe la proposición jurídica completa de la causal que está invocando.

Por las motivaciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil 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", NO CASA la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial del Carchi. Acorde lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese la cantidad materia la caución al demandante. Notifíquese y devuélvanse, para los fines de ley.

f) Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional.





# Resolución nro. 40-2014 Juicio nro. 1236-2011

Juicio ordinario por lesión enorme propuesto por Félix Borja Barberán, en contra de Jaime Alberto Noroña y otra

## SÍNTESIS

El señor FÉLIX EDISON BORJA BARBERAN, demanda al señor JAIME ALBERTO EDUAR-DO NOROÑA BREILH, la rescisión del contrato de compra venta de un lote de terreno desmembrado de otro de mayor extensión, en un tamaño cuya extensión es de veinte y cuatro mil metros cuadrados por el valor de \$ 170,88 dólares, siendo que, a la fecha de la venta su precio era de cuarenta y cinco mil dólares, por lo que considera que ha sufrido lesión enorme pues se ha fijado un precio muy inferior a la mitad del valor real y comercial del inmueble del bien raíz. Comparecen el señor Alberto Jaime Eduardo Noroña Breilh y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, quienes oponiéndose manifiestan que el precio de la escritura es solo referencial de la carta predial e incluso sugerido por los vendedores, que pagaron un valor que sobrepasa los veintidós mil dólares por, veinte y cuatro mil cuatrocientos veinte metros cuadrados, que no existen en la propiedad debido a la reserva que el Municipio hizo y por la desmembración del señor Borja, por lo que más bien ellos han sido perjudicados. En la junta de conciliación no comparece el actor y los demandados comparecen a través de profesional que ofrece poder o ratificación, posteriormente comparece el actor reformando la demanda en los términos del Art. 74 del Código de Procedimiento Civil, y determina que el área de terreno es de 24.420 metros cuadrados, que la lesión sufrida supera los cuarenta y cinco mil dólares americanos, que además existen construcciones que también tienen un valor de treinta mil dólares americanos y que los demandados son los cónyuges Alberto Jaime Eduardo Noroña Breilh y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, los demandados contestan la reforma excepcionándose especialmente en la prescripción de la acción. Al valorar la prueba el juzgador menciona que en la cláusula cuarta referente al precio, se dice que el comprador pagó de contado \$ 170,88 y que el vendedor declaró haberlos recibido a su entera satisfacción sin tener nada que reclamar en lo posterior"; también refiere que el perito en su informe valoró el inmueble en \$ 113.038,17 y que estimado a la fecha obedece a las mejoras introducidas por los compradores con posterioridad a la tradición de la cosa, el actor no ha aportado con prueba testimonial por lo que el suscrito no tiene mayor elementos de juicio para resolver. El juzgador considera que a pesar que según el inciso segundo del Art. 1726 del Código Civil, no cabe aceptarse la prueba testimonial en cuanto altere de algún modo lo que exprese en un acto o contrato, según la doctrina, sí puede probarse por medio de testigos el dolo sufrido por uno de los contratantes; y cuando por testimonios se justifique que una de las partes sugirió la ocultación del precio, para no pagar mayor cantidad de impuesto, más la confesión del actor rendida por medio del abogado defensor, cobran mérito de prueba plena para acreditar el pago en precio real, por lo que considera inadmisible la acción rescisoria. Se desecha la demanda por falta de prueba. Tanto el actor como el demandado en tiempo oportuno interponen recurso de apelación. La Sala Única de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, manifiesta que al no haberse inscrito el contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad, el mismo no puede surtir todos los efectos jurídicos, por lo que se vuelve totalmente inepta e inoportuna la acción de rescisión por lesión enorme demandada, tanto más, que la entrega o tradición es una obligación del vendedor, consecuentemente, la Sala Única desecha los recursos de apelación interpuestos y confirma la sentencia subida en grado.



El señor Mario Alejandro Borja Quishpe, en su calidad de cesionario de los derechos litigiosos del actor, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas con fundamento en las causales: primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Analizado el recurso de casación exhaustivamente por parte de la Sala, se desechan los cargos por las causales segunda y tercera. En relación a la causal primera de casación se planteó la aplicación indebida de los arts. 1764 y 702 del Código Civil, pues no es requisito que se efectúe la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad respectivo. Para que los contratantes puedan demandar la rescisión de contrato por lesión enorme es suficiente elevar a escritura pública el contrato. El Tribunal de Casación procede a casar el fallo impugnado y dicta sentencia de mérito, llegando a la conclusión de que los demandados sólo han logrado pagar el valor de \$ 5.170.88 dólares americanos, valor que no corresponde a la mitad del justo precio del bien inmueble, dando lugar al vicio de lesión enorme en la presente causa, por lo tanto CASA la sentencia y en su lugar declara la rescisión del contrato, debiendo tomarse nota al margen de la escritura matriz y de la inscripción correspondiente, a menos que la parte compradora complete la mitad del justo precio fijado en \$ 21.158,54 dólares, con deducción de una décima parte como prescribe el artículo 1857 del Código Civil. Se rechaza la reconvención por improcedente.

#### PRIMERA INSTANCIA

**JUZGADO DÉCIMO NOVENO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.** Santo Domingo de los Colorados, 04 de septiembre del 2008; las 10h30.

VISTOS: El señor Félix Edison Borja Barberán comparece a fojas 10 y manifiesta que mediante escritura pública celebrada el día miércoles 6 de junio del 2000, ante el señor doctor Eugenio Vélez Matute, Notario Tercero del Cantón, aparece que es poseedor de un lote de terreno de superficie de sesenta mil ochocientos veinte y cinco metros cuadrados, ubicado en el kilómetro tres de la vía Santo Domingo-Quito de este Cantón provincia de Pichincha en el que había una casa de madera mixta (cemento y madera) junto a esta una de cemento; circunscrito dentro de los siguientes linderos y dimensiones. Norte: Con terrenos del Ilustre Municipio de Santo Domingo de los Colorados donde funciona el Camal de Frigoríficos en trescientos metros, sur avenida Quito y By Pass, en trescientos doce metros; este; con propiedad de la señora Rosa Villavicencio en ochenta metros; y oeste: con propiedad del señor Luis Ramia hoy de sus herederos, en ciento treinta y seis metros, esto de acuerdo con el certificado del Registro de la Propiedad que acompaño. Así mismo aparece la compra venta hecha al señor Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh, de un lote de terreno desmembrado del de mayor extensión que acabo de mencionar; y, su extensión es de veinte y cuatro mil metros cuadrados, dentro de los siguientes linderos dimensiones; norte: Camal de Frigoríficos

Municipal en doscientos diecinueve metros; sur: avenida Quito By Pass en doscientos veinte y seis metros; este: con propiedad de la señora Rosa Villavicencio en ochenta y cuatro metros; oeste: terrenos del mismo vendedor en ciento treinta y seis metros, indicando que el precio de la venta según escritura es por el valor \$170,88 dólares, más sucede señor Juez que el precio que tenía el inmueble antes descrito a la fecha de la venta era de cuarenta y cinco mil dólares, esto es más de cien veces mayor al precio vendido, por lo que he sufrido lesión enorme al suscribir el mencionado contrato, fijando un precio muy inferior a la mitad del valor real y comercial del inmueble del bien raíz. Con este antecedente fundamentado en el art. 1855 del Código Civil (hoy 1828) en juicio ordinario demando al señor JAIME ALBERTO EDUARDO NOROÑA BRE-ILH, por sus propios, (sic) la rescisión del contrato de compra venta antes descrito, a fin de que en sentencia se sirva disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, según la liquidación que se verifique oportunamente. Reclama costas, honorarios, el trámite es en juicio ordinario, la cuantía por su naturaleza es indeterminada al demandado se lo citará en el lugar que se indica, y solicita se inscriba en el Registro de la Propiedad. Por sorteo de estilo, la demanda ha recayó (sic) para conocimiento de esta Judicatura, por lo que mediante auto a fojas 12, con fecha 20 de mayo del 2004, las 11h00, se califica la demanda y se admite a trámite legal correspondiente





por ser clara, precisa y reúne los demás requisitos de ley, disponiendo la citación al demandado en la forma que solicita, y se ordenó se inscriba en el Registro de la Propiedad. Sustanciada que ha sido la causa y como es obligación ineludible del juzgador antes de entrar analizar los aportes procesales incorporados por los comparecientes, es establecer la validez procesal, para precautelar el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de la Carta Magna, en este orden de cosas se ha encontrado que no ha dado con ella (sic) se ha citado al demandado; a fojas 13 consta las razones sentadas por la Oficina de Citaciones (tres boletas), a fojas 20 comparecen los señores Jaime Alberto Eduardo Noroña Y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, quienes comparecen a juicio oponiéndose a las pretensiones del actor de este juicio, manifestando lo siguiente, pues resulta inverosímil suponer que el precio que consta en la escritura es el que nosotros pagamos; siendo así el señor Félix Borja también ha cometido lesión enorme a su hermano Mario César Borja Barberán, cuando en representación de Galo Gustavo Moncayo Borja, realiza la compraventa en S/4.271,898 sucres (\$ 170,88) por sesenta mil ochocientos veinte y cinco metros cuadrados de superficie, anteceden (sic) del cual se desmembró los vente y cuatro mil cuatrocientos veinte metros cuadrados, materia de nuestra compra. Señor Juez el precio de la escritura es solo referencial de la carta predial: al señor Feliz Borja le consta y sabe cuánto y cómo pagamos el valor del predio materia de la *litis*. Nos oponemos frontal y totalmente las aseveraciones que el actor ha expuesto en su demanda, por las siguientes consideraciones: A. El actor señala que hemos acordado como precio la suma \$ 170.88 por los veinte y cuatro mil metros cuadrados que constan en la escritura. No es verdad, aquel valor es referente al avalúo catastral municipal, en realidad pagamos así. A1. Cinco mil dólares en efectivo, cuatro con la firma de la promesa en la que consta que recibe a entera satisfacción el valor pactado, cuya copia certificada adjunto. A2. Mil dólares con la firma de la escritura definitiva. A3. Entregamos en pago un tractor de orugas, marca Internacional TD-15-B. Serie 407 color amarillo, motor 670000 C-3-S por el valor de \$10.000,00 diez mil dólares que nos hizo entregar a su hermano Mario César Borja Barberán, por que supuestamente él era el dueño de las tierras, y que el actor figuraba como vendedor por así convenir a sus intereses. A4. Tres mil dólares con trabajo en un relleno y movida de tierra, en el terreno ubicado junto al de la *litis* donde puse

maquinaria, mano de obra y material, como oportunamente probaré. A5. Los gastos de escrituración, desmembración y aprobación de planos para la venta, en las que el Municipio se reserva una cantidad de terreno para áreas verdes por ser laderas y áreas comunales por disponer la Ley Municipal, cercenando más de la mitad de la superficie, como probaré en su oportunidad. Pagos que deben descontarse del precio total pactado: pero que no pude hacerlo porque ya había firmado el contrato de compraventa del tractor con su hermano Mario César Borja.\_ Siendo el precio del terreno más bien caro, y no barato como pretende el actor con este accionar, pues hemos pagado, un valor que sobrepasa los veinte y dos mil dólares, por veinte y cuatro mil cuatrocientos veinte metros cuadrados, que ya que no existen en la propiedad, y que dicho sea de paso, no existe por aquello de la reserva que el Municipio hizo para el (1.715,85 metros más 12.005,98 metros cuadrados y que corresponde a toda la propiedad del señor Borja por la desmembración) B. El actor supuestamente lesionado, deja entre ver en su exposición o demanda, que hemos pactado en 170.88 dólares la compra, siendo presuntamente engañado por nosotros a los tres años, como si se tratare de un sujeto analfabeto o ingenuo, que poco o nada sabe de este tipo de negocios, (bienes raíces) cuando una persona versada dedicada a esa misma actividad como lo demostrare en su oportunidad. Peor aún espera tres años para reclamar, si hubiera sido perjudicado debía hacerlo en forma inmediata su reclamo no esperar que le solucionemos todos los problemas para demandarnos. C. Que el actor al decir que el precio pactado fue \$ 170.88 hace suponer que hemos estafado, cuando en realidad somos nosotros los perjudicados, por lo que nos reservamos el derecho de presentarnos como denunciantes y querellantes por la estafa de que fuimos objeto en esta negociación, ya que compramos veinte y cuatro mil metros cuatrocientos veinte metros cuadrados, y quedando en realidad en menos de dos mil metros útiles, y aprobados por el Municipio 10.698.17 metros cuadrados. En contraste que nosotros si podemos demostrar honorabilidad y honradez de muchos años. D. Como hemos dicho en líneas anteriores, el precio que consta en la escritura es referente al avalúo catastral incluso sugerido por los vendedores. Por lo tanto la compra la hicimos con un avalúo actual a la fecha de compra (2001) haciéndole de buena fe, pagado un precio superior al mercado común de ese entonces. En aquel entonces había una construcción de madera



en estado precario como consta de la escritura de compra. Es natural y obvio que hoy tenga un avalúo comercial mejor, por las mejoras introducidas (b relleno, construcción de cemento armado que supera \$ 40.000,00 y servicios como luz, agua, canalización etc., que en época de compra no existía) E. Indemnizar a las personas que se encontraban viviendo y cuidando de varios años atrás los terrenos, que no se le había pagado nada y no querían desalojar voluntariamente (Yoffre Gilberto Solórzano Loor y señora Ramona Mendoza) F. Además se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 1860 del Código Civil. G. En resumen los veinte y cuatro mil cuatrocientos veinte metros cuadrados comprados por nosotros se desmembraron así 9.230.17 metros cuadrados en ladera o barranco, actualmente reforestado para seguridad de la vivienda y la vía, 1.468 metros cuadrados área útil donde se encuentra una construcción nueva de cemento armado, (9.230.17 + 1.468,00=10.698.17 metros cuadrados aprobados en planos por el I.M.S.S.DC.) 13.721.83.1 metros cuadrados permitidos por la aprobación IM.SDC.1. 715.85 metros cuadrados área comunal reservada por I.M.SDC. 12.005.98 cuadrados áreas verdes municipales (1.715.85 - 12.005 = 13.721.83 metros cuadrados)resultando solo 1.468 metros cuadrados útiles por lo que hemos sido perjudicados. Por lo que oponemos las siguientes excepciones. a. Negamos pura y simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho, que el actor ha expuesto en su demanda. b. Falta de derecho del actor, para presentar la acción propuesta; pues extrajudicialmente se conoce que el señor Mario César Borja Barberán el propietario de la tierra. (sic) c. Falta de legítimo contradictor. d. Ilegitimidad de personería por ser el demandado casado y debía demandarse a los dos esposos y no como se ha hecho. e. No me allano a las nulidades procesales; que se hayan incurrido o se puedan dar en el futuro y más bien reconvienen a Félix Edison Borja Barberán, los 24.420 metros cuadrados, por lo que tiene recibido más \$ 22.000, pagados con el tractor marca internacional que nos hizo entregarlo a su hermano Mario César Borja Barberán, por el valor de \$10.000 diez mil dólares, con la firma de la promesa de compra venta que adjunto en copia, la suma de cuatro mil dólares y mil con la firma de la escritura definitiva, mas todos los gastos que resulten de hacer los planos, la autorización para desmembrar el terreno del resto de la propiedad, los gastos de trabajos en su terreno adjunto al de nosotros, que sobrepasan los tres mil

dólares, ha quedado reducido a 1.468,85 metros; los gastos de desmembración, los metros de terreno reservados por el Municipio para espacios verdes, la indemnización para el desalojo de la gente en posición de predio, los gastos de trabajo realizados en el predio, el lucro cesante y el daño emergente, honorarios y costas, por la suma de 90,000,00 dólares. En la junta de conciliación comparece la doctora Mariana Salazar ofreciendo poder o ratificación de los demandados, no comparece la parte actora, siendo el día y la hora para que se lleve a efecto la presente diligencia el Juzgado da por iniciada la misma y concede la palabra a la doctora Mariana Salazar, quien ofreciendo poder o ratificación de los demandados dice. Señor Juez acuso la rebeldía de la parte actora, por no comparecer a esta diligencia pese a ser el actor, lo que será tomado en cuenta al momento de resolver. En lo principal me afirmo y me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho de mi contestación a la demanda, así como en la reconvención planteada en su contra, y que en sentencia se deseche su petición por no tener sustento de ley. A fojas 28 comparece Félix Edison Borja Barberán, reformando la demanda conforme al art 74 del Código de Procedimiento Civil, procede a reformar la demanda en cuanto a los siguiente: a. El contrato de compra venta que nos ocupa claramente determina un área de terreno de 24.420 metros cuadrados, dentro de los linderos y dimensiones singularizados. b. El comprador no puede argumentar que le ha entregado un metro más o un metro menos, dado que él como ingeniero civil, tomó posesión de todos los metros de terreno constantes en la escritura pública de compra venta celebrada a su favor. c. El lugar urbano donde se ubica el referido terreno, en la época que celebramos el contrato de compra venta ha tenido un valor comercial de treinta dólares americanos, por cada metro cuadrado, como mínimo. En consecuencia los 24.420 metros de terreno objeto del contrato cuya rescisión demandado. (sic) d. La lesión enorme sufrida supera a los cuarenta y cinco mil dólares americanos determinados en el libelo inicial, hecho por el cual procedo a reformar mi demanda para que el posterior (sic) conste el verdadero valor del terreno que nos ocupa. 2. Dentro del área de terreno objeto de la compraventa existe una construcción de dos plantas de cemento armado y una casa adicional de construcción mixta de cemento y madera. Construcciones que también tienen un precio de treinta mil dólares americanos, cuyo valor no consta en el libelo inicial y también demando en esta reforma.





3. No obstante que la señora Rosa Aurora Zambrano Zambrano, cónyuge del demandado, compareció y contestó tácitamente la demanda, también reformo mi demanda en el sentido de que los demandados son los cónyuges Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh Y Rosa Aurora Zambrano Zambrano (sic). 4 Dejo constancia que en la cláusula séptima del contrato venta (sic) en lo relacionado a gastos textualmente dice todos los gastos que demandó el traspaso de dominio serán sufragados por el comprador. 5. En esta reforma dejo constancia que los veinte y cuatro mil cuatrocientos veinte metros cuadrados de terreno, fueron comprados por los demandados en el estado en que se encontraban. A fojas 32 comparece el señor Félix Edison Borja Barberán y fundamentado en los art. 1879, 1880 del Código Civil cede y traspaso (sic) los derechos litigiosos a favor del señor Mario Alejandro Borja Quisphe, para que tenga valor se reconoció la firma y rúbrica como obra a fojas 36. A fojas 39 comparecen los demandados señores Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh, y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, contestando la reforma y excepcionándose especialmente en el numeral (h) alega prescripción de la acción. A fojas 47 se abre la causa a prueba por el término de diez, (sic) trabada la litis y encontrándose el juicio para resolver se hace las siguientes consideraciones.- PRIMERO. El proceso es válido por cuanto en la tramitación no se ha omitido ninguna solemnidad sustancial que lo invalide, y habérsele dado el trámite pertinente.- SEGUNDO: Según lo dispone el art. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, corresponde a cada parte procesal justificar sus asertos, y el juez debe decidir únicamente los puntos sobre los que se ha tratado la litis, sin que esté obligado a expresar la valoración de todas las pruebas, sino únicamente de las que fueren determinantes para el fallo de la causa, pues así lo previene los arts. 115 y 273 ibídem.- TER-**CERO:** VALORACIÓN DE PRUEBA. a) El actor en los fundamentos de hecho de su demanda, afirma que la negociación y celebración del contrato de compra venta otorgado ante el doctor Eugenio Vélez Matute, Notario Tercero del Cantón de fecha 6 de junio del dos uno, (sic) inscrita en el Registro de la Propiedad el 26 de marzo 2004.- Al margen de lo manifestado, la pretensión del actor no se concreta en que se declare la nulidad o falsedad absoluta o relativa ya sea del contrato de compra venta o de la escritura que contiene, el mismo. Cabe recordar que la sentencia deberá decidir únicamente sobre los puntos que se trabó la *litis*, y en la especie, no se

trata de aquello. b) El contrato de compra venta materia de la controversia celebrada ante el doctor Eugenio Vélez Matute, Notario Tercero del Cantón de fecha 6 de junio del dos mil uno, inscrita en el Registro de la Propiedad el 26 de marzo del 2004, es decir se inscribió después de dos años nueve meses. En la cláusula cuarta al referirse al precio en \$170.88 dólares que el comprador lo pagó de contado en dinero en efectivo de curso legal y que el vendedor declaró haber recibido a su entera satisfacción; concluye declarando "Sin tener nada que reclamar en lo posterior por este concepto al comprador"; c) De acuerdo a nuestra legislación sobre la materia en estudio el precio de la cosa debemos entender a la fecha de la celebración del contrato 6 de junio del 2000. En esta clase de controversia, la prueba de convicción que permite al juzgador supera la incertidumbre y llegar a la certeza sobre el verdadero valor de la cosa, es sin duda el informe pericial del arquitecto Luis Cuadrado designado perito para el efecto en la diligencia de inspección judicial cuando se practicó como consta a fojas 138, en su informe técnico detallado el avalúo del inmueble es de \$ 113.038.17, este avalúo estimado a la fecha obedece a las mejoras introducidas por los compradores con posterioridad a la tradición de la cosa, según se aprecia de la documentación incorporada al proceso facturas, recibos, contratos de construcción etc. d) No existe prueba testimonial aportada por el actor por lo que el suscrito no tiene mayor elementos de juicio para resolver siendo el actor quien debe probar conforme lo determina el art. 113 y 114.- CUARTO: En cuanto a la prueba de los demandados (Jaime Noroña Breilh, y Rosa Zambrano Zambrano). a) Con las declaraciones de los testigos señores Juan José Suárez Rites, Carlos Augusto Zambrano Reina, Carlos Manuel Jijón Mateus, Gilberto Yofre Solórzano, Luis Bolívar Campoverde Balcazar y Miguel Ángel Montesdeoca Córdova. En ausencia de otras pruebas de mejor jerarquía se respalda en la testimonial y documental de la parte demandada las mismas que son uniformes y concordantes en narrar lo ocurrido, en la que testifican que el terreno era irregular, quebradizo en verdad era una construcción en mal estado, vieja vetusta, destartalada, en estado de abandono sin pintura de dos plantas, el dueño era el señor Mario Borja.- CUARTO: DE LA RE-CONVENCIÓN. Los demandados alegan el pago del daño emergente y lucro cesante por lo que son estimados en noventa mil dólares americanos. Siendo una verdadera demanda debía cumplir con los



requisitos del art. 67 del Código de Procedimiento Civil, mas en la especie nada de ello ocurrió.-QUINTO: En nuestro derecho civil el fundamento de la rescisión por lesión enorme no es vicio de consentimiento sino el resultado del desequilibrio económico en las prestaciones de los contratos conmutativos. De Ahí que el justo precio de la cosa vendida habrá de fijarse como medio de relación y tiene que referirse a la cosa entregada, frente al valor del precio recibido, doctrina que conduce a la intervención del juez en la vida del contrato con menoscabo de la autonomía de la voluntad. El precio representa el verdadero valor del cambio de las cosas, variables por naturaleza, siendo preciso conocerlo para deducir si el comprador pagó o no una cantidad inferior a la mitad del justo precio de la cosa al tiempo del contrato que es base o fundamento de la acción rescisoria por lesión enorme. - **SEXTO**: Unas breves reflexiones en cuanto a la importancia del tema de la valoración de las pruebas, columna vertebral de todo proceso. Son la demanda y la contestación a la demanda los actos procesales que introducen informaciones sobre hechos que el actor y el demandado apoyan su pretensión y excepciones, respectivamente. La carga de la prueba de estas afirmaciones se distribuye entre los dos litigantes conforme lo dispone el art. 114 del citado cuerpo de leyes adjetivas. En la sentencia el juzgador de instancia, mediante una operación intelectual analiza cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, las pesa y contrapesa y finalmente hace una valoración en conjunto, con sana crítica, esto es aplicando los principios de la lógica, de las ciencias y de la experiencia confirmadas por la realidad. En mérito de esta valoración el juzgador llega al convencimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, de inexistencia de una cosa o la realdad de un hecho. La valoración y apreciación de la prueba, viene a ser entonces, el producto final de aquella operación intelectual. Pero esta valoración no queda al arbitrio del juzgador, puesto que la ley determina normas precisas para el efecto. Normas que le obligan al juzgador de instancia a valorar los medios de pruebas aportadas por las partes con determinado alcance, conforme a expreso mandato legal o conforme a las reglas de la sana crítica, y, es todo procedimiento, incluso el legal debe estar sometido a reglas y principios que le permitan llegar a convicciones válidas, pero también enmarcadas dentro de los límites de la lógica y excluir lo absurdo y arbitrario. Según el autor colombiano Hernando Devis Echandía por valoración o apreciación

de la prueba procesal se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez... es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertido en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar pruebas que se reunieron en el proceso han sido o no provechosos o perdidos e inútiles, si esas pruebas cumplen o no con el fin procesal al que estaba destinada, esto es llevarse a la convicción del juez. De acuerdo al fallo en la IX Serie de la Gaceta Judicial. EL ACUERDO DE LAS PARTES PARA AL-TERAR LO PACTADO ACERCA DEL PRECIO Y LA RECISIÓN POR LESIÓN ENORME. A pesar de que conforme al inciso segundo del art. 1726, del Código Civil, no cabe aceptarse la prueba testimonial en cuanto altere de algún modo lo que exprese en un acto o contrato, según la doctrina, si se puede probarse por medio de testigos el dolo sufrido por uno de los contratantes; y cuando por testimonios se justifique que una de las partes sugirió la ocultación del precio, para no pagar mayor cantidad de impuesto, este designio que puede ser doloso para preparar desde entonces la acción de rescisión de lesión enorme; la confesión del actor rendida por medio del abogado defensor, junto con las declaraciones testimoniales, cobra merito de prueba plena para acreditar el pago en precio real, o más o menos real al valor genuino del inmueble conforme al informe pericial. Por lo que es inadmisible la acción rescisoria. N.o 3-Primera Sala (sic) "Así aunque el legislador no impone al juez el resultado de la apreciación, si le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y éste no es otro que de la razón y la lógica como elementos de todo juicio. Son por lo tanto criterios lógicos los que sirven al Juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba, referidos de la experiencia común o de una rama especializada de conocimiento.- SÉPTIMO: A fojas 32 el actor Félix Edison Borja Barberán, cede los derechos litigiosos al señor Mario Alejandro Borja Quisphe, (el art. 1852 del Código Civil) en claro en la textualmente dice (sic) "Se cede un derecho litigioso cuando el objeto director de la sesión es el evento incierto de la *litis*, del cual se hace responsable el cedente", en esta clase de juicio de lesión enorme se trata la litis entre el vendedor y el comprador. La motivación en cambio es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios





lógicos supremos o "leyes lógicas supremas", que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para saber cuáles son, verdaderos o falsos. Las leyes del pensamiento priori que independiente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio, como necesarias, evidentes e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Estas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, por principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Principios estos que por su valoración y alcance merecen un desarrollo conceptual amplio. Por los razonamientos expuestos, apreciando la prueba en conjunto conforme lo determina el art. 115 del Código de Procedimiento Civil. AD-MINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA

**LEY.** Se desecha la demanda, por falta de prueba. En cuanto a la reconvención por los motivos expuestos en el considerando no procede. (sic) Sin costas, ni honorarios que regular en la instancia. Ejecutoriada la sentencia déjese sin efecto la inscripción de la demanda dispuesta en auto inicial, para el efecto notifíquese al mentado funcionario remitiendo la documentación suficiente. Remítase los oficios de estilo tanto al señor Notario que intervino en la celebración del contrato doctor Luis Manrique Suárez, como al señor Registrador de la Propiedad y al Delgado del Servicio de Rentas Internas de esta ciudad, a fin de que hagan efectivo el cobro de los tributos, impuesto y aranceles que la celebración del contrato imponían de acuerdo al justo precio. Notifíquese.

f) Dr. Fernando Cadena Valenzuela, Juez (S)

#### ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

# JUZGADO DÉCIMO NOVENO DE LO CI-VIL DE PICHINCHA. SANTO DOMINGO. 8 de junio del 2009, las 11h45.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito que antecede. En lo referente al pedido de aclaración de conformidad con lo dispuesto en el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, que me permito transcribir "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura, y la ampliación cuando no se

hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas, la negativa será debidamente fundamentada. "En lo principal la sentencia emitida por el suscrito es clara, amplia y específica, donde se ha considerado todas las pruebas aportadas por las partes litigantes, por lo que no hay nada que aclarar al respecto. **Hágase Saber.** 

f) Dr. Fernando Cadena Valenzuela, Juez (S)

### **APELACIÓN**

Causa nro. 03-2010

Juez ponente: Dr. William López Arévalo

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS. Santo Domingo, a 5 de septiembre de 2011. Las 08h30.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa, los doctores Carlos Julio Balseca y Álvaro Ríos Vera, en calidad de Presidente de la Sala y Juez Titular, respectivamente; y, el doctor William López Arévalo, Juez de la Corte (E), en reemplazo del doctor Vinicio del Pozo Espinoza, Juez Titular, según la acción de personal pertinente. El señor Juez Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha, hoy Juez Segundo de lo Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, dicta sentencia en la cual desecha la demanda por falta de prueba.- Tanto el actor como el demandado, en tiempo oportuno interponen

recurso de apelación, por lo que concedido éste, los autos suben legalmente en grado, radicándose la competencia en esta Sala Única. El fallo impugnado es pertinente al juicio ordinario. El accionante Félix Edison Borja Barberán, en el libelo de su demanda manifiesta que, mediante escritura pública otorgada en esta ciudad de Santo Domingo de los Colorados, el miércoles 6 de junio del 2000, ante el doctor Eugenio Vélez Matute, Notario Tercero del cantón Santo Domingo de los Colorados, sin ser inscrita en el Registro de la Propiedad, aparece que posee un lote de terreno de superficie de sesenta mil ochocientos veinticinco metros cuadrados, ubicado en el km 3 de la vía Santo Domingo-Quito, de este Cantón, provincia de Pichincha, en el que había una casa de madera mixta (cemento y



madera y junto a ésta una de cemento; circunscrito dentro de los siguientes linderos y dimensiones: norte: con terrenos del Ilustre Municipio de Santo Domingo de los Colorados, donde funciona el Camal de Frigoríficos en trescientos metros; sur: avenida Quito y By Pass, en trescientos doce metros; este: con propiedad de la señora Rosa Villavicencio en ochenta metros; y, **oeste:** con propiedad del señor Luis Ramia, hoy de sus herederos, en ciento treinta y seis metros, esto de acuerdo con el certificado del Registro de la Propiedad que acompaña. Que asimismo aparece la compraventa hecha al señor Jaime Alberto Eduardo Noroña Breih, de un lote de terreno desmembrado del de mayor extensión y su extensión es de veinticuatro mil metros cuadrados, dentro de los siguientes linderos y dimensiones: norte: Camal de Frigoríficos Municipal en doscientos diecinueve metros; sur: avenida Quito-By Pass en doscientos veinte y seis metros; este: con propiedad de la señora Rosa Villavicencio en ochenta y cuatro metros; este: terrenos del mismo vendedor en ciento treinta y seis metros. Que el precio acordado en la cláusula cuarta de la escritura pública antes mencionada, fue la de ciento setenta dólares con ochenta y ocho centavos (USD 170,88). Mas sucede que el precio que tenía el inmueble antes descrito a la fecha de la venta era de cuarenta y cinco mil dólares americanos, esto es más de cien veces mayor el precio vendido, por lo que ha sufrido lesión enorme, al suscribir el mencionado contrato, fijando un precio inferior a la mitad del valor real y comercial de inmueble del bien raíz. Con estos antecedentes, fundamentado en lo que dispone el art. 1855 del Código Civil ecuatoriano en vigencia, demanda en juicio ordinario a Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh, la rescisión del contrato de compraventa antes descrito, a fin de que en sentencia se disponga que las cosas vuelvan al estado anterior, según la liquidación que se verifique oportunamente. De conformidad con lo que dispone el art. 1054 del Código de Procedimiento Civil vigente, pide que se disponga que se inscriba la demanda en el Registro de la Propiedad de este Cantón. Reclama costas procesales y honorarios de su defensor. Determina que el trámite a darse a la acción es el ordinario y fija la cuantía en cuarenta y cinco mil dólares americanos. El juez califica la demanda y ordena que se cite al demandado. Citado que ha sido el demandado en legal y debida forma, comparece a fojas 20 a 22 vuelta, de los autos, juntamente con Rosa Aurora Zambrano Zambrano y dan contestación a la

demanda, deduciendo las excepciones que constan en dicho libelo y que son las siguientes: a) Negativa pura y simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho que el actor ha expuesto en su demanda.; **b**) Falta de derecho del actor para presentar la acción propuesta, pues extraoficialmente se conoce que Mario César Borja Barberán es el propietario de las tierras; c) Falta de legítimo contradictor; d) Ilegitimidad de personería, porque el demandado es casado y por tanto debía demandarse a los dos esposos, y no como se ha hecho; **e**) La demanda planteada no reúne los requisitos del art. 71 del Código de Procedimiento Civil, f) No se allana a las nulidades procesales, que se hayan incurrido o se puedan dar en el futuro, más bien las invoca. Reconviene a Félix Edison Borja Barberán, en los términos constantes a fojas 22 y vuelta. Con la aceptación a trámite de las excepciones y sin que la parte actora haya contestado la reconvención, queda legalmente trabada la litis. En la junta de conciliación de fojas 25 vuelta, no se llega a ningún acuerdo por cuanto no comparece la parte actora. A fojas 28 de los autos comparece Félix Edison Borja Barberán y reforma su demanda; a fojas 30 se pronuncia sobre la reconvención planteada, manifestando que no reúne los requisitos establecidos en el art. 71 de la Ley Sustantiva Civil, porque no constan los fundamentos de hecho y de derecho que deben ser expuestos con claridad y precisión; no consta la determinación de la cuantía; y, no constan los documentos que se debía acompañar a la reconvención, que en el presente caso sería, la supuesta promesa de compraventa que se dice que se adjunta en copias. Félix Edison Borja Barberán, de conformidad con lo establecido en los arts. 1879 y 1880 del Código Civil, cede y traspasa los derechos litigiosos o el evento de la litis que tiene propuesta contra los demandados Jaime Alberto Eduardo Noroña Breith y Rosa Aurora Zambrano, a favor de Mario Alejandro Borja Quishpe. Abierta la causa a aprueba por el término de ley y concluida ésta, el titular de la Judicatura dicta el fallo que es impugnado. Consecuentemente, concluido el trámite en la instancia, el juicio se encuentra en estado de resolver, para lo cual la Sala hace las siguientes reflexiones: **PRIMERO:** Esta sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada. SEGUNDO: De conformidad con el art. 76 de la Constitución de la República, debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las Garantías Constitucionales básicas, entre las que se





encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales, no se observa haberse transgredido tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial, por lo que se declara su validez. **TERCERO:** A la causa se ha dado el trámite ordinario previsto en el art. 59 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia a lo estipulado en el art. 395 y siguientes ibídem. CUAR-**TO:** La doctrina de la prueba establece que corresponde al actor determinar los fundamentos de su demanda, cuando en el libelo se han expuesto los hechos afirmativamente y que han sido negados por el reo. Pero así mismo, corresponde al demandado, probar su negativa si contiene afirmaciones explícitas e implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Y finalmente cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que presumen conforme a derecho, según prescriben los arts. 113 y 114 del Código Adjetivo Civil. En consecuencia, corresponde por una parte al actor acreditar la prueba de su afirmación en su libelo, cuando como en este caso, la parte accionada ha negado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Pero del mismo modo corresponde a la parte demandada establecer prueba de sus alegaciones, que comportan las excepciones subsiguientes a la negación de los fundamentos. QUINTO: En el contexto de la consideración anterior, el demandante, en el término probatorio respectivo, aporta fundamentalmente las que siguen: a) Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte, el valor de USD 170,88 constantes como precio en las escrituras de compraventa que obran de los autos, celebradas entre Félix Edison Borja Barberán, como vendedor y Jaime Alberto Noroña, como comprador; el 6 de junio del 2001, en la Notaría Tercera del cantón Santo Domingo, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad el 26 de marzo del 2004; b) Certificado del análisis del precio del suelo urbano en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, efectuado por el Arq. Alex Toledo Cueva, en donde se establece que el valor del suelo frente a la vía Quito, sector Norte-Oriente, es de quince dólares en el año 2000 y veinte dólares en el año 2001 (fojas 108 a 109). Los demandados han presentado la siguiente

prueba: a) Copia certificada de la Promesa de Compraventa celebrada entre Félix Edison Borja Barberán y Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh (fs. 48 a 50); **b)** Certificación catastral otorgada por el Gobierno Municipal de Santo Domingo (fojas 51); c) certificado de gravámenes otorgado por el Registrador de la Propiedad de este Cantón (fs. 52); d) Facturas de pago por concepto de energía eléctrica (fojas 23): e) fotografías; f) Oficio remitido por el Jefe de Control Urbano del Gobierno Municipal de Santo Domingo, dirigido a Jaime Noroña Breilh (fojas 68); g) Recibos con los que dice justificar que pagó nueve millones de sucres al señor Yoffre Gilberto Solórzano y señora para que desocupe el inmueble que había sido entregado por Mario Borja, para que cuide el inmueble; h) Contrato de compraventa de un tractor, que según indica fue parte de la negociación, forma de pago del terreno materia de la litis, aparte de los gastos que se pactaron (fojas 73 a 76); i) Copia certificada de la Escritura de Compraventa celebrada entre Félix Borja Barberán y Jaime Noroña Breih, el 6 de junio del 2001 ante el Notario Tercero del Cantón Santo Domingo (fojas 81 a 85); j) Copia certificada de la Escritura de Compraventa celebrada entre Félix Borja Barberán y el Capitán Moncayo Borja Galo, celebrada el 11 de febrero del 2000, ante el doctor Manrique Suárez Notario Primero del cantón Santo Domingo (fs. 86 a 93); k) Copias certificadas del plano aprobado por el Municipio con las áreas reservadas y las utilizables (fojas 80); I) Testimonios de Juan José Suárez Rites, Carlos Augusto Zambrano Reina, Carlos Manuel Jijón Mateus, Gilberto Yofre Solórzano, Luis Bolívar Campoverde Balcazar; y, Miguel Angel Montesdeoca Córdova (fojas 97, 99, 101, 103, 105; y 107); m) Inspección judicial (fs. 113 a 114); e informe realizado por el perito arquitecto Luis Cuadrado Balseca (fojas 138 a 148) y ampliación (fojas 161); **n**) Oficio remitido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Gobierno Municipal de Santo Domingo, en el que consta el avalúo comercial correspondiente al año 2001, de la propiedad de Félix Edison Borja Barberán (fojas 128); o) Copia del plano que contiene el levantamiento topográfico y planimétrico de la propiedad de Félix Borja Barberán, remitido por el Jefe de Control Urbano del Gobierno Municipal de Santo Domingo (fojas 130); **p)** Confesión judicial de Félix Edison Borja Barberán rendida con procuración judicial otorgada al doctor Miguel Abásolo (fojas 160). SEXTO: Para examinar si procede la acción ordinaria de rescisión



de contrato por lesión enorme, es preciso analizar los siguientes presupuestos jurídicos a) Al tenor de lo que dispone el Art. 1828 del Código Civil: "El contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme". Por su parte, el art. 1829 ibídem expresa: "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo recio se refiere al tiempo del contrato". **El fun**damento de la acción rescisoria es predominante, objetivo y material. La lesión es conceptuada no como vicio del consentimiento sino como resultado del simple desequilibrio económico en las prestaciones de los contratos conmutativos; consecuentemente el justo precio de la cosa vendida que habrá de fijarse como medio de relación tiene que referirse a la cosa entregada frente al valor del precio recibido. La lesión enorme debe referirse entonces al tiempo del contrato, que en el caso fue el 6 de junio del 2000, que según consta en el instrumento público que obra a fojas 3 a 9 vuelta de los autos, las partes lo establecieron en 170,88 dólares. En la acción de rescisión por lesión enorme, el precio constituye el elemento que debe conocerse con certeza absoluta porque se trata del precio al momento de la venta; en la especie, no hay certeza para el juez sobre el precio, pues, de los recaudos procesales, obran pruebas como son: a) la copia certificada de la escritura pública de la promesa de compraventa, celebrada el 6 de marzo del 2001 entre el mismo actor y demandado, que obra a fojas 48 a 50 del proceso consta que el accionante Félix Edison Borja Barberán, le prometió vender al señor Jaime Alberto Noroña Breilh el lote de terreno materia de la litis, pactando un pecio de 5.000 dólares de los Estados Unidos de América, de los cuales declara que el 80% recibe a la firma del contrato en moneda de curso legal; y, el 20% restante a la firma de la escritura de compraventa; b) contrato de compraventa de tractor celebrado el 19 de marzo del 2002 entre los cónyuges Jaime Alberto Noroña Breilh y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, en calidad de vendedores, a favor del señor Mario César Borja Barberán, en calidad de comprador, donde han pactado un precio de 10.000 dólares americanos (fojas 73 a 76); de las que se desprende que respecto de éste elemento (precio), el contrato fue simulado, es decir falso, en cuanto a uno de los elementos

principales que distingue al contrato de compraventa, como es el precio que se paga por la cosa vendida. Está simulación constituye un verdadero fraude a la ley y este hecho ilícito no puede generar el beneficio de la rescisión, pues el precio del negocio es superior al constante en la correspondiente escritura, por lo que existe ocultamiento del precio real del negocio pactado, con lo que se establece que entre los contratantes han simulado el contrato, en lo referente al precio, a fin de perjudicar a las instituciones que se benefician con el pago de los impuestos. SÉPTIMO: Bien sabido es, que los jueces y tribunales, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión, vale decir, que no pueden apartarse de los términos en que se trabó la litis. El "Principio de Congruencia" que se concreta en los siguientes principios jurídicos: "sentencia debet esse conformis libelo ne eat judex, ultra extra o sitra petita partium y tantum ligatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata el probata", delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe expedirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. En el caso que nos ocupa, el accionante Félix Edison Borja Barberán, en su libelo de fojas 10 y 11, en los fundamentos de hecho indica en la parte pertinente "mediante escritura pública otorgada en esta ciudad de Santo Domingo de los Colorados, el día miércoles 6 de junio del 2000, ante el doctor Eugenio Vélez Matute, Notario Tercero del cantón Santo Domingo de los Colorados, sin ser inscrita en el Registro de la Propiedad" (lo resaltado sale del texto). De lo expresado por el propio accionante, se colige fácilmente que él vendió un lote de terreno al demandado Jaime Alberto Noroña Breilh, contrato que no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, contrato del que demanda sin embargo la rescisión por lesión enorme. Al respecto, la Sala precisa lo siguiente: la compraventa es un contrato sinalagmático por excelencia, por el cual una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor y el que contrae la de pagar el dinero se denomina comprador. Conforme lo dispone el art. 1764 del Código Civil "Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida. La tradición





se sujetará a las reglas dadas en el Título VI del Libro II". El art. 702 ibídem determinan que: "Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad". Según nuestro sistema jurídico, el solo contrato no basta para transferir el dominio, ya que nuestro Código Civil exige que se realice la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que sin tal inscripción no hay tradición del dominio; y, si no hay tradición, no hay entrega, y por lo tanto, se habrá incumplido con una de las obligaciones que se derivan del contrato de compraventa. En la especie, al no haberse inscrito el contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad, el mismo no puede surtir todos los efectos jurídicos, al no cumplir la solemnidad de la inscripción que la ley exige para que se perfeccione la compraventa de bienes raíces o inmuebles, lo que vuelve totalmente inepta e inoportuna a la acción de rescisión por lesión enorme demandada; tanto más, que la entrega o tradición es una obligación que corresponde al vendedor, conforme lo determina el art. 1764 ibídem. OCTAVO: La misión del Juez no es otra que la de ser intérprete de la Ley, atento a los hechos alegados por las partes debe aplicar el derecho; por lo que haciendo una valoración de la prueba, que no es otra cosa que el análisis crítico que hace el juzgador del resultado del examen probatorio, que le permite determinar en base a su sana crítica acerca de lo concluyente de las pruebas actuadas a los fines procesales, se establece que "no han sido probados los presupuestos fácticos para la procedibilidad de la

acción rescisoria que el actor pretende. En efecto, obra de las tablas procesales que el contrato fue simulado, en cuanto a uno de los elementos principales que distingue al contrato de compraventa, esto es a lo referente al precio que se paga por la cosa vendida, que constituye un fraude a la ley, y éste hecho ilícito no puede generar el beneficio de la rescisión, pues, como dijimos, el precio del negocio es superior al constante en la correspondiente escritura, por lo que existe ocultamiento del precio real del negocio pactado, conducta con la que han obrado los contratantes a fin de perjudicar a las instituciones que se benefician con el pago de impuestos", sin que por tanto sea necesario referirnos a los demás elementos. NOVENO: En cuanto a la reconvención planteada no se ha justificado. En segunda instancia, la realidad procesal no ha variado, pues, las pruebas aportadas no han demostrado lo contrario y son prácticamente una reproducción de las actuadas ante el juez de instancia. Por las consideraciones anotadas, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, con las consideraciones hechas en este fallo, desecha los recursos de apelación interpuesto y confirma la sentencia subida en grado, con las consideraciones hechas en este fallo. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.

f) Dr. Carlos Julio Balseca Ruiz, Presidente de la Sala. Dr. Álvaro Ríos Vera, Juez de la Corte. Dr. William López Arévalo, Juez de la Corte (E).

#### ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS. Santo Domingo, 21 de octubre de 2011, las 16h27.

VISTOS: Incorpórase al cuaderno de la instancia el escrito que antecede. Mario Alejandro Borja Quishpe, en su escrito de fojas 409 del cuaderno de la instancia solicita la ampliación de la sentencia emitida por esta Sala de fecha 5 de septiembre de 2011, las 08h30. Al respecto la Sala considera: PRIMERO: La invariabilidad de los fallos, es requisito fundamental de la seguridad jurídica, preceptuada en el art. 82 de la Constitución de la República, además integra el contenido del derecho

a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 75 ibídem. **SEGUNDO:** De tal manera, el memorial ampliatorio que obra del cuaderno de última instancia, basado en la infra norma legal 282 del Código Adjetivo Civil, no pueden utilizarse para transgredir las conclusiones previamente establecidas en el fallo, sustentado en normas constitucionales. **TERCERO:** Tampoco puede pretenderse, mediante la petición de ampliación, cambiar el sentido de la parte dispositiva de la sentencia. Debe entender a este respecto, el peticionario, que la ampliación no puede ser admitida como un sucedáneo impugnatorio, orientado a propiciar la reforma de la sentencia. El pedido de ampliación

6259



opera cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. En el presente caso que nos ocupa, la sentencia emitida por esta Sala, es clara e inteligible y se ha resuelto los puntos por los cuales se trabó la litis **CUARTO:** Por lo expuesto, no existiendo puntos controvertidos que no se hubieren resuelto por la que se deba ampliar la sentencia; en tal razón, las pretensiones del impugnante Mario Alejandro Borja Quishpe, contenida en su memorial de fojas 409, se tornan en una propuesta inadecuada para corregir otro tipo de aspectos, cuya reparación sólo es posible en los casos previstos por la ley, a través de instrumentos

procesales de distinta naturaleza y estructura a la planteada. No cabiendo más razonamientos de orden jurídico sobre la interpretación y valoración de lo actuado, puesto que estamos impedidos de cambiar los fundamentos y el sentido del fallo; se niega la ampliación solicitada. Déjese copias en archivo y remítase el proceso a la brevedad posible, cumpliéndose previamente con las formalidades del caso. **Notifíquese.** 

f) Dr. Carlos Julio Balseca Ruiz, Presidente de la Sala. Dr. Vinicio del Pozo Espinoza, Juez Corte Provincial. Dr. Álvaro Ríos Vera, Juez Corte Provincial.

# **VOTO SALVADO**

## Juez ponente: Dr. Vinicio del Pozo Espinoza

SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁ-CHILAS. Santo Domingo a 21 de octubre de 2011. Las 16h27.

**VISTOS:** En relación a petición de ampliación de la sentencia solicitada por Mario Alejandro Borja Quishpe; al no haber intervenido el suscrito Juez de la Corte Provincial en la sentencia emitida por

la Sala, me aparto del pronunciamiento de mayoría, como en efecto lo hago con el presente voto salvado. **Notifíquese.** 

f) Dr. Carlos Julio Balseca Ruiz, Presidente de la Sala. Dr. Vinicio del Pozo Espinoza, Juez de la Corte Provincial, Voto Salvado. Dr. Álvaro Ríos Vera, Juez de la Corte Provincial.

#### CASACIÓN

Juicio nro. 1236-2011

Juicio ordinario por lesión enorme propuesto por Félix Borja Barberán, en contra de Jaime Alberto Noroña y otra

Jueza ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-** Quito a, 25 de febrero del 2014, a las 12h00.

VISTOS: (1236-2011) En virtud de que las Juezas y Juez abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 04-2013 de 22 de julio del 2013, resolvió restructurar la integración de las Salas conforme a la reforma introducida al artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial mediante Ley reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio del 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada;

y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa. **Antecedentes:** En el juicio ordinario que, por recisión de contrato de compraventa por lesión enorme, sigue Félix Edison Borja Barberán contra Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh (+) y Rosa Aurora Zambrano Zambrano; el señor Mario Alejandro Borja Quishpe, en su calidad cesionario de los derechos litigiosos del actor, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 05 de septiembre de 2011, a las 08h30, que rechazando el recurso de apelación, confirma el fallo del juez de primer nivel que rechazó la demanda.- El recurso se encuentra en estado de





resolver, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones:

**PRIMERO:** Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para el recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación; por cuanto el recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite por la Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 04 de diciembre de 2012; las 08h30, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades dispuestas en el artículo 6 de la Ley de Casación; y, por corresponder a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado acorde a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme obra de la razón precedente.

SEGUNDO: Fundamentos del recurso de casación: El casacionista fundamenta su recurso en las siguientes causales y vicios contemplados en el artículo 3 de la Ley de Casación: 1.- En la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida de los artículos 1764 y 702 del Código Civil. 2.- En la causal segunda del artículo 3 de la Ley Casación, por falta de aplicación de los numerales 2 y 3 del artículo 76 de la Constitución de la República. 3.- En la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, y artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. - En estos términos fijan el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### TERCERO: Cargos contra la sentencia:

**3.1.-** Por la causal primera del artículo 3 de casación, el recurrente alega que en la sentencia recurrida se han aplicado indebidamente los artículos 1764 y 702 del Código Civil, pues los jueces de instancia consideran que no se ha efectuado la tradición del bien inmueble materia del litigio, al haberse admitido por Félix Borja Barberán en la demanda, que no se ha inscrito el contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad; errónea consideración a criterio de los casacioncitas pues obra a fojas 52 del proceso un certificado

de gravámenes donde consta que sí se inscribió el contrato de compraventa, el 26 de marzo de 2004. 3.2.- Por la causal segunda de casación, el recurrente acusa falta de aplicación de los numerales 2 y 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, pues los jueces de instancia consideraron que las partes procesales simularon el contrato de compraventa del predio materia del litigio, con el fin de perjudicar a las instituciones que se benefician del pago de impuestos por la venta del bien inmueble materia del contrato; lo cual corresponde a una imputación de un delito. Ello debió corresponder a un proceso separado, conforme lo determinan las leyes penales correspondientes, proceso en el cual las partes involucradas tengan derecho a la defensa conforme lo establecen las normas constitucionales antes determinadas. 3.3.-Por la causal tercera de casación, el recurrente acusa falta de aplicación de los artículos 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil y artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues para que el juez pueda determinar la existencia de lesión enorme, se debe establecer el justo precio y si se ha pagado menos de la mitad de él mismo. En la presente causa, con la inspección judicial que obra a fs. 113 y 114, e informe pericial constante en fs. 138-148 del expediente, se ha logrado determinar, a criterio del recurrente, el justo precio del bien inmueble materia del litigio a la fecha de celebración de la escritura de compraventa cuya rescisión se pretende. Por su parte, según se argumenta en el recurso de casación, el comprador quien debía demostrar en forma objetiva el valor que ha cancelado por concepto del contrato de compraventa controvertido; solo ha realizado prueba tendiente a determinar mejoras al bien inmueble realizadas con posterioridad a la fecha de realización del contrato.- Además argumenta por la misma causal, que la Sala de instancia no ha valorado toda la prueba presentada por su parte, pues se enuncia únicamente en el considerando Quinto, dos pruebas a su favor, sin tomar en cuenta el peritaje que el recurrente solicitó a fs. 111 y 112 del expediente, violentándose la obligación que tienen los jueces de instancia de valorar la prueba en su conjunto conforme manda el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.- Finalmente argumenta que, la Sala de instancia, ha valorado pruebas ajenas al proceso, pues se considera un contrato de compraventa de un tractor, que según han indicado únicamente los demandados, fue parte de la negociación del predio materia



del litigio. Sin embargo, a criterio del recurrente en dicho contrato no han tenido intervención las personas que ahora comparecen a juicio y por tanto no debió ser tomado como prueba a favor de los demandados.

CUARTO: Motivación: Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida.- De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios "in procedendo", que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que está contemplado en el presente caso en la causal segunda; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores "in judicando", que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera. – Cumpliendo con la obligación

constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: 4.1.- Procede analizar el cargo efectuado por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.4.1.1.-El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. La violación de las normas procesales previstas en los artículos 344, 346,1014 del Código de Procedimiento Civil configuran esta causal. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio está contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 4.1.2.- De conformidad con el artículo 75 de la Constitución de la República "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión". Así, la norma constitucional consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y a la defensa. Estos derechos constitucionales, se encuentran desarrollados en el artículo 76 de la Constitución para todo procedimiento judicial en general, pues, en él se determina, entre otras garantías básicas, la de ser juzgado por juez imparcial y competente, a presentar sus argumentos de los cuales se crea asistido de forma oral o escrita, y a contradecir los que presenta la contraparte, así como también a presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. En el presente caso, aunque se dice en la sentencia cuya casación se pretende que el precio del contrato de compraventa controvertido fue simulado, y que esa simulación constituye un fraude a la Ley; dicha expresión por sí sola no establece la responsabilidad alegada, por lo que no se observa que la Sala de instancia haya actuado contrario al numeral tercero del artículo 76. Tampoco los jueces de instancia se han pronunciado declarando la nulidad del contrato de compraventa, sin que entonces se haya impedido a las partes procesales, presentar pruebas tendientes a demostrar la legalidad del





contrato en el término de prueba correspondiente. De igual manera, no se observa que se haya violentado el derecho del recurrente a la presunción de inocencia, pues dicha garantía de carácter constitucional es de tipo personal para cada individuo en particular; y, en la sentencia recurrida no se hace alusión expresa a que el recurrente, Mario Alejandro Borja Quishpe, es culpable del cometimiento del ilícito de simulación. Los argumentos efectuados por la Sala de instancia, en relación a la simulación contractual, no establecen responsabilidades directas en contra de la parte demandada, sino son genéricas en relación a los contratantes. Cabe agregar, que el principio de presunción de inocencia, es propio de los juicios penales, en los cuales se discute sobre el cometimiento de delitos, y responsabilidades de las personas en los mismos; y no de este proceso civil, en el cual no se discute dichos aspectos, ni corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre ellos. Así en un caso análogo, la Corte Constitucional expresó: "En relación al derecho a la presunción de inocencia, el mismo no es aplicable a un proceso laboral, en el cual no se discute la responsabilidad o no en un acto ilícito." (Resolución de la Corte Constitucional 64, Registro Oficial Suplemento 364 de 17 de Enero del 2011.) - Por lo expuesto, se desechan los cargos por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. 4.2.- Corresponde analizar los cargos por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **4.2.1.-** La causal tercera en referencia procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". - Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma(s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. Al invocar esta causal el

recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectado como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. 4.2.2.- Para la procedencia de la causal tercera, como se dejó expresado en el numeral anterior, se debe también señalar una norma de derecho que haya sido, aplicada equivocadamente o no haya sido aplicada como consecuencia del primer yerro. En tal sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia expresó: "Se puede violar la norma sustantiva en forma directa o en forma indirecta. En la primera, el juez no aplica la norma sustantiva que debe aplicar, o aplica otra que no debe aplicar, o interpreta erróneamente la norma que aplica, directamente; sin cometer antes violación de otra norma media: En cambio, en la violación indirecta se viola la ley sustantiva por carambola, porque el juez para llegar a esta violación antes ha violado normas sobre valoración de la prueba." (Juicio 227-99, Nafy vs. Silva, R.O. 284 de 14 de marzo de 2001 – Res. No. 497-2000 de 14 de diciembre de 2000). De los cargos efectuados por el casacionista, no se argumenta una norma sustantiva que se haya aplicado indebidamente o inaplicado; sino, únicamente expresa que no se han aplicado los artículos 115, 116 del Código de Procedimiento Civil y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se vuelven improcedentes los cargos argumentados por esta causal.- En todo caso, por cuanto se argumenta se ha vulnerado el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, por no valorar todas las pruebas presentadas por el casacionista, y, dicha acusación conlleva vulneración a una de las garantías básicas del debido proceso, consagrada en el artículo 76.7 literal h) de la Constitución; se desprende del considerando Quinto de la sentencia recurrida que la Sala de instancia textualmente expresa: "En el contexto de la consideración anterior, el demandante en el término probatorio respectivo, aporta fundamentalmente las que siguen...", es decir, la Sala de instancia detalló las pruebas que mejor mérito le prestaron al caso que se juzga, y desecho las que no consideró que eran pertinentes. El hecho de que la Sala de instancia, no haya pormenorizado toda la prueba actuada por las partes, no constituye por sí solo una violación al derecho a la valoración en conjunto de la prueba, pues puede



ser el caso que ciertas actuaciones que se realicen dentro de un proceso legal, no sean pertinentes al caso que se juzga. 4.3.- Corresponde analizar los cargos relativos a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **4.3.1.-** La causal primera en relación procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.".- El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente sí es aplicable al caso que se está juzgando. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. 4.3.2.- En relación a la causal primera de casación, existe aplicación indebida de los artículos 1764 y 702 del Código Civil, pues no es requisito que se efectúe la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad respectivo, para que los contratantes puedan demandar la rescisión de contrato por lesión enorme. Para la validez de los contratos de compraventa, cuando los mismos versan sobre bienes inmuebles, el requisito esencial que se debe observar es la realización de la correspondiente escritura pública, incorporada en el protocolo de la Notaria respectiva. Por otro lado, desde el momento en que se inscribe dicho contrato en el Registro de la Propiedad; se transfiere el derecho de dominio y todas las consecuencias legales que esto conlleva. En tal sentido, la jurisprudencia expresó: "Al respecto, esta

Sala considera que, conforme lo dispone el Art. 1740 del Código Civil, el contrato de compraventa se reputa perfecto desde que las partes han convenido en la cosa y el precio, y en tratándose de bienes inmuebles, debe otorgarse por escritura pública.- En tanto que la inscripción del contrato de compraventa de bienes raíces en el Registro de la Propiedad, es el requisito para la tradición del bien, es decir, para que el contrato surta plenos efectos, o sea para su perfeccionamiento. Una de las formas de adquirir el dominio es la tradición, que consiste en la entrega que hace el dueño a otro, habiendo de una parte la intención de transferir y por la otra la intención y capacidad de adquirirlo (art.686 del C.C.).- El artículo 691 ibídem dice que para que la tradición sea válida se requiere de título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.; por tanto, nuestro sistema claramente distingue entre el título y el modo para que opere la tradición, que en el caso de bienes inmuebles, requiere, de su inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme el artículo 702 del Código Civil.- Por tanto, una cosa es que exista un título traslaticio de dominio válido y otra que el mismo tenga plena eficacia y surta sus efectos (transferir la propiedad) con la inscripción.- El contrato de compraventa de bienes raíces se reputa perfecto desde que se ha celebrado por escritura pública (esto es ante un notario), sin que el hecho de no estar inscrito en el Registro de la Propiedad afecte su validez y se lo considere nulo, como erróneamente afirma el recurrente; en otras palabras, tal inscripción no es un requisito para la validez de esta clase de contratos, sino para su eficacia y efectos de perfeccionamiento.- Una vez celebrado el contrato con las solemnidades que la ley exige (escritura pública), éste es un instrumento que genera derechos y obligaciones para las partes; así tenemos que faculta al comprador para proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, a fin de que opere la tradición; así también para las partes o terceros que se consideren afectados para iniciar las acciones que estimen pertinentes, como son la nulidad, rescisión, etc.; y naturalmente, el computar el tiempo que la ley otorga para ejercitar tales acciones-Esta clase de contratos (venta de inmuebles) se perfecciona con su otorgamiento por escritura pública, esto es, cuando se lo suscribe ante un notario público y la matriz se incorpora al registro de escrituras públicas que por mandato legal debe llevar el notario (la ley no se refiere en este caso al registro de la propiedad sino al protocolo o registro del notario), siendo la fecha de su celebración cuando entra en vigencia el contrato y surte plenos efectos, entre los que se cuenta





la posibilidad de ejercitar acciones y su prescripción." (Expediente 101, Registro Oficial Suplemento 322, 16 de Agosto del 2012.).- En tal virtud, por cuanto el contrato de compraventa del predio materia de la *litis*, ha sido elevado a escritura pública como se requiere para aquellos que versan sobre inmuebles, es válido para entablar la acción de rescisión de contrato; sin que sea necesario para su procedencia, la tradición del predio controvertido, por ser ésta última únicamente necesaria para el traspaso del derecho de dominio, y las acciones que de este derecho derivan, como la reivindicación; más no para poder entablar las acciones legales que deriven de los contratos válidamente efectuados, como las de rescisión y resolución. Cabe señalar además, que de fs. 52 del expediente de primera instancia y a fs. 393 del expediente de segunda instancia, constan dos Certificados del Registro de la Propiedad en los que se determina con claridad, que el contrato materia de la presente acción, sí fue inscrito el 26 de marzo de 2004, a favor de los demandados, fecha anterior a la presentación de la demanda, por lo que de ninguna manera la Sala de instancia podía considerar que la alegación de no inscripción del contrato, hecha por el mismo actor en su líbelo inicial, era cierta. En consecuencia, existe una indebida aplicación de los artículos 1764 y 702 del Código Civil, por cuanto no es requisito para demandar rescisión por lesión enorme, que el contrato se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal procede a casar el fallo impugnado y en aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación, dictar sentencia de mérito; para cuyo efecto se considera:

#### **QUINTO:**

5.1.- Como ya se expresó en el considerando Primero de esta sentencia, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa. - 5.2.-No se han omitido ni violentado solemnidades sustanciales en la tramitación del presente proceso, y por tanto se lo declara como válido. – 5.3.- A fojas diez del expediente de primer nivel, comparece Félix Edison Borja Barberán, manifestando que mediante escritura pública celebrada el seis de junio del año dos mil, ante el Notario Tercero del Cantón Santo Domingo, "posee" (sic) un lote de terreno de setenta mil ochocientos veinte y cinco metros cuadrados, ubicado en el Km. 3 de la vía a Santo Domingo, con los linderos que detalla en la misma demanda. Manifiesta también, que se desprende del certificado del Registro de la Propiedad que acompaña a la demanda, la compraventa efectuada al señor Jaime Eduardo Alberto Noroña Breilh, de un lote de terreno de menor extensión, desmembrado del antes expuesto, con una superficie de veinte mil metros cuadrados, y con los linderos que también determina en el libelo de la demanda. El demandante argumenta que el precio pactado por el terreno materia del litigio, conforme aparece de la Cláusula Cuarta de la escritura pública de compraventa adjunta a la demanda, fue de \$170.88 dólares americanos; pero que en realidad a la fecha de la celebración del contrato costaba \$45.000 dólares americanos, esto es, cien veces más el precio al que fue vendido, por lo que alega haber sufrido lesión enorme; y fundamentado en el artículo 1855 del Código Civil, demanda al señor Jaime Alberto Eduardo Noroña Breihl la rescisión del contrato de compraventa antes mencionado.- Practicada la citación, a fojas 20 del expediente comparecen a juicio Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh y Rosa Aurora Zambrano Zambrano, quienes contestan la demanda expresando que resulta inverosímil considerar que el precio que consta en la escritura, es el que los demandados pagaron por el predio controvertido, pues fue únicamente referencial en relación a la carta pago del impuesto predial. Agregan que el pago lo realizaron de la siguiente manera: 1.-\$5.000 en efectivo, con la firma de la promesa de compraventa adjunta al presente documento; 2.-1.000 a la fecha de celebración de la escritura definitiva de compraventa; 3.- Un tractor oruga marca International, TD-15-B, serie 407 color amarillo, valorado por \$10.000, que según argumentan los demandados, fue entregado al hermano del actor, pues el vendedor así lo solicitó; 4.-\$3.000 con trabajo de relleno y movimiento de tierras, en el terreno colindante al que es de materia de la *Litis*; 5.- Gastos de escritura, desmembración y aprobación de planos. Argumenta además, que no se ha tomado en cuenta que el predio materia del litigio, en la actualidad vale \$40.000, pero ello es a causa de las mejoras que han introducidas en el predio; ni tampoco se ha tomado en cuenta, la indemnización que los demandados pagaron a Yofre Solórzano y Ramona Mendoza, quienes habían vivido mucho tiempo en el predio objeto del contrato controvertido, y que no querían desalojarlo. Expresan además, que de los 24.420m2 comprados por ellos, se desmembraron 9230m2 de ladera o barranco; y 13.721m2 perdidos en la aprobación del Municipio de Santo



Domingo, en calidad de áreas verdes y áreas comunales, por lo que únicamente existen 1468m2 de área útil, donde actualmente consta una nueva construcción de cemento armado. En virtud de los antecedentes expuestos, proponen las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2.– Falta de derecho del actor para presentar la acción propuesta, pues se conoce extrajudicialmente que Mario Cesar Borja Barberán es el propietario de las tierras objeto de la controversia; Falta de legítimo contradictor;
 Ilegitimidad de personería, por cuanto el demandado es casado y por tanto debía demandarse a los cónyuges; 5.- La demanda no reúne los requisitos del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil; y, 6.- No se allana a las nulidades procesales en las que se hayan incurrido, o se puedan dar en el futuro. Finalmente, reconviene a los demandantes, al pago \$90.000 dólares en calidad de gastos causados por la escrituración, planos, autorización para desmembrar, los metros de terrenos reservados por el Municipio, indemnizaciones por desalojo, así como también al pago de lucro cesante y daño emergente, honorarios profesionales y costas procesales.- A fs. 28 del expediente de primera instancia, el actor, procede a reformar la demanda, alegando que el predio materia del litigio, de conformidad con el contrato de compraventa que obra del proceso, tiene una extensión de 24.420m2; y, que a la época de la celebración del contrato de compraventa cuya rescisión se pretende, tenía un valor comercial de \$30 dólares americanos por cada metro cuadrado, es decir, la totalidad del predio valía \$732.600. Además reclama la suma de \$30.000 dólares, por una construcción de dos plantas de cemento armado, más una casa de construcción mixta en cemento y madera. - Sobre esta reforma antes determinada, los demandados proponen las mismas excepciones antes determinadas, más la de prescripción de la acción. **5.4.-** En la presente causa, se ha solicitado y realizado en primera instancia las siguientes diligencias probatorias: Por parte del actor: 1.- Se reproduzca todo y cuanto le fuere favorable, así como el valor de \$170.88 constante como precio en la escritura de compraventa del predio materia del litigio que obra de autos (fs. 112) 2.- Análisis del suelo efectuado por el Arq. Alex Toledo Cueva (fs. 108–110). Por parte de los demandados: 1.- Copias certificadas de la escritura pública de promesa de compraventa realizada entre Félix Edison Borja Barberán

y Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh sobre el predio materia del litigio (fs. 48-50); 2.- Copia certificada del expediente de avalúos y catastros del Municipio de Santo Domingo (fs. 51); 3.-Certificado del Registro de la Propiedad (fs. 52); 4.- Facturas de pago de energía eléctrica, a nombre de César Borja Barberán (53-63); 5.- Fotografías de un rótulo en el cual se ofrece en venta fincas y propiedades (64-66); 6.- Certificación del Jefe de Control Urbano del Municipio de Santo Domingo, en el que se expresa el área de retiro que el predio del demandado (fs. 67-68); 7.- Copia certificada de una tarjeta que expresa Negocios B&B – Gerente Edison Borja (fs. 69) 8. – Copia certificada de un convenio de ayuda económica por desocupar habitación de expropiedad del Sr. Félix Edison Borja, Alberto "Zolorzano" (sic), Ramona Mendoza, más un recibo suscrito por las antes referidas personas (fs. 70 y 71); 9.- Recibo del señor Wilson Bustamante, por construcción de una "guachimania" (sic) (fs. 72). 10.- Copias certificadas de dos contratos de compraventa de un tractor, suscrito el primero entre los demandados y Mario César Borja Barberán, el segundo entre Jaime Noroña y Luz Carlin Vda. De Verduga (fs. 73-76); 11.- Escritura de compraventa celebrada entre Félix Edison Borja Barberán y Jaime Noroña Breilh del predio materia del litigio (81–85); 12. – Escritura de compraventa entre Félix Borja Barberán y Moncayo Borja Galo, de fecha 11 de febrero del 2000 (fs.86-93); 13.- Testimonios de Juan José Suárez Rites (fs.97), Carlos Augusto Zambrano Reina (fs. 99), Carlos Manuel Jijón Mateus (fs.101), Yofre Solórzano Gilberto (fs.103), Bolívar Campoverde Balcazar (fs.105), Miguel Angel Montesdeoca Córdova (fs.107). 13.- Inspección judicial (fs.113-114), 14.- Informe pericial del Arq. Luis Enrique Cuadrado Balseca (fs.138–148) y aclaratoria del mismo (fs.161), 15.- Oficio DAC-0-059-2007 del Director de Avalúos y Catastros del Municipio de Santo Domingo, con avalúo comercial del predio materia del litigio en el año 2001 (fs.128), 16.- Levantamiento topográfico y planímetro de la propiedad de Félix Borja, remitido por el Jefe de Control Urdel Municipio de Santo Domingo (fs.129-130), 17.- Confesión judicial de Félix Edison Borja Barberán (fs. 160). – En segunda instancia, se solicitaron y realizaron como diligencias probatorias a más de las ya actuadas en primera instancia: Por parte del actor: 1.-Oficio del Secretario del Concejo Municipal de Santo Domingo,





en el que se expresa que no existe a su cargo archivos referentes a la subdivisión del predio materia del litigio. (fs.351-352). 2.- Copia certificada del Memorando PDU-M-1496-2009, efectuado por el Municipio de Santo Domingo (fs. 394), 3.– Oficio remitido por la Notaria Tercera del cantón Santo Domingo, en el que se expresa que para la celebración de la escritura de compraventa controvertida se observaron todos los requerimientos de Ley (fs.379), 4.- Copia certificada de escritura de compraventa del terreno materia del litigio, entre Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh y Sra. y Jaime David Noroña Zambrano (fs.384-391), 5.-Certificados del Registro de la Propiedad de Santo Domingo, del predio materia del litigio, sobre el historial de dominio y contratos celebrados (fs.393 y 396). 6.- Oficio de la Dirección de Control Urbano, sobre el trámite de subdivisión del predio materia del litigio. (fs.395). Por los demandados: 1.- Copias certificadas de las actuaciones de primera instancia (fs.17-321). 2.- Testimonios de Yofre Solórzano Gilberto (fs.343), Juan José Suárez Rites (fs.345), Vicente Homero Jácome Salas (fs.348), Carlos Manuel Jijón Mateus (fs.101), Bolívar Campoverde Balcázar (fs.105), Miguel Ángel Montesdeoca Córdova (fs.107). 5.5.- De conformidad con el artículo 1829 del Código Civil, para que un contrato de compraventa sea rescindible por el vicio de lesión enorme, el vendedor ha recibido como pago menos de la mitad del justo precio de la cosa que vende; o el comprador, ha pagado por la cosa, más de la mitad de su justo precio. Sobre el precio, el mismo artículo del Código Civil antes referido, expresa que éste deberá ser el que tenía la cosa al momento de la realización del contrato; pero no determina cuándo este es justo o no. La doctrina aclara ese particular, expresando que: "Justo es el precio que se determina por la opinión general, y que no nace sólo de la situación particular en que pueden accidentalmente encontrarse los contratantes, sino del valor real de la cosa" (Curso de Derecho Civil -De los Contratos y Obligaciones, Volumen III - Alfredo Barros Errázuris, Cuarta Edición corregida y aumentada, Editorial Nascimiento, Santiago, 1932). Por otro lado, se debe tener en cuenta, que la Ley no ha previsto a la lesión enorme para todas las ventas que se realizan en el mundo contractual, pues prohíbe específicamente ésta acción rescisoria, en los casos en los que el objeto del contrato sea un bien mueble, o en aquellos en los que la venta se hubiera realizado por el ministerio de la justicia. Estas

prohibiciones de acuerdo al mismo tratadista antes referido, se han realizado por cuanto: "se cree que no habrá fraude por parte de la justicia, y en el otro caso pues el precio de los bienes muebles es variable y sus transacciones más constantes a diferencia de los bienes inmuebles que su precio es más estable." (Alfredo Barros Errázuris, Obra Cit.). Además, de conformidad con el artículo 1833 del Código Civil, es requisito para la procedencia de la acción, que el comprador no hubiere perdido o enajenado la cosa materia del contrato cuya rescisión se pretende; salvo el caso en que se venda la cosa por más de lo que había pagado por ella, pues si ello sucede podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta el justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte. Finalmente, cabe agregar, que la acción debe interponerse en el plazo que prescribe el artículo 1836 del Código Civil, esto es, en cuatro años desde la fecha de celebración del contrato, pues de lo contrario prescribiría la acción. 5.6.- Sobre el análisis y valoración de la prueba, en relación a los presupuestos necesarios para lo procedencia de la acción establecidos en el numeral anterior, este Tribunal considera en primer lugar, que el contrato de compraventa que obra fs. 81-85, demuestra la existencia de la relación contractual, entre actor y demandado, así como también que la acción es procedente en el presente caso, pues el bien objeto materia del mismo es inmueble; así como también por cuanto el contrato fue realizado por voluntad de las partes, y no por orden judicial. Respecto al asunto principal de la causa, que es la determinación del justo precio del bien materia del litigio, este Tribunal considera que la prueba principal que ha logrado determinar dicho particular, es el informe pericial efectuado por el Arq. Luis Cuadrado Balseca, en el cual se establece que el precio que se debía pagar por el inmueble materia del litigio, a la época de realización del contrato, es \$21.158,54 dólares, valoración que este Tribunal acepta por haberse realizado de forma técnica acorde a la lógica y consecuente a la realidad histórica del bien materia de la causa. - Por otro lado, no se considera el valor de \$170.88, constante en la cláusula Cuarta de la escritura pública del contrato controvertido, y pago de impuesto predial anexo al mismo instrumento, así como en el Memorando PDU-M-1496-2009 del Municipio de Santo Domingo y Oficio DAC-0-059-2007 del mismo Gobierno Autónomo Descentralizado, pues dicho valor no es concordante a las otras pruebas actuadas por las



partes en la presente causa. Tampoco se toma en cuenta para la determinación del justo precio, el "Análisis del suelo efectuado por el Arq. Alex Toledo Cueva", pues dicha prueba no fue debidamente actuada en juicio y por tanto no hace fé sobre el valor del predio materia de la *litis*. Al respecto, esta Sala, en caso análogo expresó: "el art. 117 del Código de Procedimiento Civil, que establece: "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.", en concordancia con el inciso segundo del artículo 165 del mismo Código que dispone: "El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio.".- Esto significa que los instrumentos públicos hacen fe en el proceso y tienen fuerza probatoria siempre que se hubiere solicitado, ordenado y practicado (agregado al proceso) dentro del término de prueba, notificando su contenido a la parte contraria para que ésta, a su vez, pueda ejercer su derecho a replicar esa prueba, en ejercicio del derecho a la defensa que contempla la facultad de presentar pruebas y contradecir las que presentare la otra parte, conforme el artículo 76, numeral 7 letra h) de la Constitución de la República: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra" (Juicio No. 479-2012, Resolución de 20 de septiembre de 2013). En el presente caso, para que el informe del Arq. Alex Toledo, pueda ser tomado como prueba a favor de la parte actora, debía haberse solicitado y realizado en la forma que prescribe el parágrafo sexto, de la sección Séptima, del Título Primero, del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, pues la naturaleza de dicho documento es la de informe pericial; y no como lo ha hecho el actor, solicitando únicamente que se agregue al proceso un informe elaborado fuera de la causa, pues de esa manera, se impide el derecho de contradicción de la contraparte, establecido en las normas constitucionales y legales antes expuestas.- Por su parte, los demandados no han logrado probar el pago del justo precio del predio materia del litigio, como afirmaron

en la demanda. Del proceso, se desprende que entregaron la cantidad de \$5.000, con la firma de la promesa de compraventa que obra a fs.48-50 del expediente de primera instancia; así como también el valor de \$170.88 al momento de la firma de la escritura de compraventa del predio materia del litigio. Por otro lado, sobre la alegación de haber pagado la cantidad de \$10.000, con la entrega de un tractor, no se ha actuado otra prueba que lleve a este Tribunal al convencimiento de que dicho hecho sea cierto; pues con la reproducción del contrato de venta del bien mueble antes determinado, que obra a fs.73 a 76 del expediente de primera instancia, se desprende que el comprador fue César Borja Barbéran, quien no es actor de la presente causa, ni fue la persona que suscribió el contrato de compraventa cuya rescisión se pretende, así como no ha aceptado haber recibido dicho tractor como pago por el terreno materia de la presente causa, a nombre del actor. Es más, se expresa en la cláusula tercera de dicho instrumento, que "Las partes contratantes fijan como justo precio por el tractor materia del presente contrato, la cantidad de diez mil dólares de Estados Unidos de América, que el señor Mario César Borja Barberán, los paga de contado y en dinero en efectivo", por lo que es claro, que dicho acuerdo de voluntades, no tuvo relación con el caso que se juzga. Tampoco se actúan pruebas tendientes a demostrar que el demandado ha realizado un trabajo por \$3.000 dólares, en el predio contiguo al de la *Litis*, de propiedad del actor, ni para demostrar el pago de \$1.000 dólares en efectivo, al momento de firmar la escritura de compraventa del predio controvertido. Por lo expuesto, es claro que los demandados solo han logrado pagar el valor de \$5.170.88 dólares americanos; que no corresponde a la mitad del justo precio del bien inmueble materia de la Litis al momento de la celebración del contrato, dando lugar al vicio de lesión enorme en la presente causa.- Sobre las excepciones propuestas por los demandados, analizando en primer lugar la de prescripción de la acción, de conformidad con el artículo 1836 del Código Civil, la acción de lesión enorme prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato. En el presente caso, el contrato fue celebrado el día miércoles 06 de junio del año 2000; y la última boleta de citación con la demanda, según obra de fs.13 del expediente de primera instancia, se realizó el día miércoles dos de junio del año 2004. Por tanto, de conformidad con el artículo 97 del





Código de Procedimiento Civil, la prescripción se interrumpió antes de cumplirse los cuatro años necesarios para que no se pueda activar la presente acción; y la demanda presentada se ha interpuesto dentro del plazo legal. En segundo lugar, sobre la excepción de falta de derecho para demandar, se desprende del mismo contrato de compraventa que obra a fs.81-85 del expediente de primera instancia, que la persona que vendió el predio materia de la litis, como dueño del mismo, fue Félix Édison Borja Barberán, quien es la persona que ha propuesto la presente acción como afectado. En tal virtud, es improcedente dicha excepción. En relación a la excepción de falta de legítimo contradictor, obra de la demanda que la acción se ha dirigido únicamente en contra de Jaime Alberto Eduardo Noroña Breilh. Sin embargo de aquello, a fs.20 del expediente, comparece el demandado conjuntamente con su cónyuge, Rosa Aurora Zambrano Zambrano, quien suscribe dicho escrito, y posteriores dentro del proceso, hasta la presente etapa. En tal virtud, no existe la falta de legítimo contradictor alegada, pues la cónyuge del demandado comparece a juicio en todas las etapas procesales, y ejerce su legítimo derecho a la defensa en los términos que determina el artículo 76 de la Constitución. 5.7.- Sobre la reconvención efectuada, los demandados arguyen haber sido perjudicados por gastos efectuados en la escritura de compraventa, como los de elaboración planos y autorización para desmembrar el predio, desalojo de moradores del predio y trabajos de movimiento de tierras; así como también alegan haber sido perjudicados por cuanto la mitad del bien inmueble comprado, consiste en terreno reservado por el Municipio de Santo Domingo, en calidad de espacios verdes y afectación por construcción de vía. En tal sentido, reclaman daños y perjuicios, provenientes de la mala fé del actor del presente proceso, al haber vendido dicho predio conociendo de todos estos particulares.- En relación a dichos cargos, este Tribunal considera que si el comprador del predio materia de la litis, tiene alguna reclamación en relación a la cabida del predio que adquirió por el contrato materia de la controversia, la acción que corresponde entablar es la prevista en el artículo 1722 Código Civil, que determina: "Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla. Si esto no

le fuere posible, o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato, en los términos del precedente inciso".- Por otro lado, de conformidad con el artículo 1745 ibídem, los "Los impuestos fiscales o municipales, las costas de la escritura y de cualesquiera otras solemnidades de la venta, serán de cargo del vendedor, a menos de pactarse otra cosa". En tal virtud, de acuerdo a la cláusula Séptima del contrato de compraventa, materia de la presente acción rescisoria, en la cual se expresa: "Todos los gastos que demande el traspaso de dominio, serán sufragados por el comprador", los gastos correspondían al demandado, Jaime Eduardo Alberto Noroña Breilh. En todo caso, se deja en claro, que la vía por la cual se ha planteado el reclamo de daños y perjuicios al comprador, no es la que corresponde para demandar los rubros que se detallan en la reconvención; sino a otro tipo de reclamaciones, pues provienen de distinta fuente jurídica. - Por la motivación expuesta en los considerandos que anteceden, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Nacional de Justicia, ADMI-NISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 05 de septiembre de 2011, a las 08h30; y en su lugar, declara la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre Félix Borja Édison Barberán y Jaime Noroña Breilh, debiendo tomarse nota al margen de la escritura matriz y de la inscripción correspondiente; a menos que la parte compradora complete la mitad del justo precio fijado en \$21.158,54 dólares, con deducción de una décima parte como prescribe el artículo 1857 del Código Civil. Se rechaza la reconvención por improcedente. - Sin costas. - Devuélvase a los recurrentes el monto depositado por caución.-Notifiquese.-

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.- Juezas y Juez de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.



# Ш

# Resolución nro. 59-2014 Juicio nro. 677-2012

Juicio verbal sumario por nulidad de sentencia, propuesto por Filanbanco S.A., en la persona de la Economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S.A. en contra de Edgardo Iván Falconí Palacios.

# SÍNTESIS

Economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S.A., comparece y manifiesta que el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios ha presentado demanda de pago de honorarios profesionales en contra de FILANBANCO S. A. EN LI-QUIDACIÓN, la cual ha recaído en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha siendo tramitada en esta judicatura con el número 338-2005. El actor de la causa ha omitido solicitar se cuente con el Señor Procurador General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en razón de que Filanbanco S.A., en liquidación es una persona jurídica de derecho privado, que cuenta con recursos públicos, puesto que su único accionista es el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Economía y Finanzas. La falta del Procurador General del Estado en este proceso, produce defecto de ilegitimidad de personería en la parte demandada. Con estos antecedentes la liquidadora de Filanbanco S.A. en liquidación demanda al Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios, a fin de que en sentencia se declare la nulidad de la sentencia ejecutoriada dictada en el juicio no. 338-2005. En su resolución el juzgador entre otras cosas manifiesta: la causa que nos ocupa es una sentencia expedida dentro de un juicio por el pago de honorarios profesionales, cuyo trámite de conformidad con lo establecido en el Art. 847 del Código de Procedimiento Civil, es el verbal sumario y cuya resolución no es susceptible de apelación ni del de hecho, por lo tanto se observa que se ha decidido en última instancia al amparo de lo establecido en el numeral 5 del art. 296 del C.P.C, lo que hace improcedente la acción intentada al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del art. 301 ibidem, por lo cual SE RECHAZA la demanda por improcedente. Sube en grado la presente causa en virtud de la apelación interpuesta por el Delegado del Procurador General del Estado. La Primera Sala de lo Civil Mercantil, Inquilinato y Materias residuales de la Corte Provincial de Pichincha, entre otros argumentos en lo principal dice que Filanbanco S.A, en Liquidación, es una persona jurídica de derecho privado, ante lo cual únicamente le compete a la Procuraduría General del Estado, en materia procesal, supervisar los juicios en los que dicha Institución financiera sea parte, es decir la actuación que ha tenido en el proceso resuelto por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, sentencia que se encuentra ejecutoriada y ejecutada, por lo que no es procedente la nulidad de la sentencia en materia de esta causa por lo que, desechando la apelación propuesta se confirma la sentencia recurrida. Sube el proceso a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por la Lcda. Ruth Patricia Arregui Solano, Gerente General del Banco Central del Ecuador en contra de la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha. Deduce el recurso interpuesto con cargo en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjueces de esta Sala Especializada admite parcialmente en lo atinente a la errónea interpretación del artículo 3. c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,





e inadmite en su totalidad el recurso deducido por el Procurador General del Estado. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, luego del análisis argumenta que la sentencia cuya nulidad se demanda fue dictada en proceso viciado de nulidad insanable, al omitirse la solemnidad sustancial que se ha puntualizado in extenso.(...) El sustento de la causal es la violación del derecho de defensa, artículo 76.7 de la Constitución de la República, que se lesiona cuando se juzga, como en el caso de la sentencia cuya nulidad se reclama, sin la notificación al Procurador General del Estado, vulnerando irremisiblemente la norma procesal imperativa señalada, en consecuencia CASA la sentencia impugnada y acepta la demanda y declara la nulidad de todo lo actuado en el juicio por pago de honorarios profesionales propuesto por el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios contra Filanbanco S.A. en Liquidación, a partir del auto de calificación de la demanda hasta la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha.

#### PRIMERA INSTANCIA

**JUZGADO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.** Quito, martes 24 de mayo del 2011, las 16h59.

**VISTOS:** ECON. BETTY GRACIELA ARTEA-GA MACÍAS comparece a fs. 7 de los autos, en su calidad de Liquidadora de FILANBANCO S. A. EN LIQUIDACIÓN, conforme lo justifica con las copias notariadas de su nombramiento constantes de fs. 4 a 6 de los autos; y después de consignar sus generales de ley, dice que: "... El 8 de diciembre del 2005, el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios, ha presentado demanda de pago de honorarios profesionales, en contra de FILAN-BANCO S. A. EN LIQUIDACIÓN, misma que ha recaído en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, siendo tramitada en dicha Judicatura con el nro. 338-2005. Que dicha demanda ha sido calificada y admitida a trámite verbal sumario, mediante auto de calificación de fecha 13 de diciembre del 2005, en la cual se ordena citar al demandado. Que el actor de la citada causa, ha omitido solicitar que se cuente con el señor Procurador General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, debido a que, el Filanbanco S.A. en liquidación, es una persona jurídica de derecho privado, que cuenta con recursos públicos, toda vez que su único accionista es el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Economía y Finanzas. Que en el Registro Oficial n.o 42, publicado el 15 de marzo del 2007 consta el pronunciamiento del Procurador General del Estado, en respuesta a una consulta realizada por el H. Congreso Nacional, en relación a la naturaleza jurídica de Filanbanco S.A., en liquidación, transcribiendo en forma textual la citada consulta. Que del texto transcrito así como de la disposición legal contenida en el literal c) del art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se infiere que el Procurador General del Estado tiene que intervenir como parte procesal en todos los juicios que involucren a Filanbanco S.A., en liquidación y la ausencia del mismo en tales juicios proilegitimidad de personería. ilegitimidad de personería es un vicio in procedendo, que se puede verificar en cualquiera de los siguientes supuestos: 1) Cuando comparece a juicio por si solo quien no es capaz de hacerlo. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra; 2) Cuando comparece a juicio quien afirma ser representante legal de otra persona sin serlo. Son representantes legales de una persona el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive, los tutores o curadores; y lo son de las personas jurídicas los designados en el art. 570 del Código Civil; 3) Cuando comparece a juicio quien afirma ser procurador judicial de otro sin serlo o con poder insuficiente; y, 4) Cuando se presenta a juicio quien gestiona a nombre de otro y este no aprueba lo hecho por aquel, pues que se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder pero con oferta de ratificación (gestión de negocios ajenos). Que es ineludible que en el juicio de pago de honorarios profesionales aludido en el número uno, seguido en contra de la persona jurídica Filanbano S.A., en liquidación, la ausencia del Procurador General del Estado, genera el vicio procesal singularizado en el número dos,



toda vez que según el art. 570 del Código Civil, esta entidad debía ser representada en juicio por la persona a quien la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado designa en la letra c del art. 3 y en el inciso primero del art. 6 ibídem. Que en el número 2 del art. 299 del Código de Procedimiento Civil, fija como causal de nulidad de sentencia ejecutoriada la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y tal cual se ha detallado en líneas anteriores, la falta del Procurador General del Estado, en un proceso que involucra a una entidad de derecho privado que cuenta con recursos públicos como lo es Filanbanco S.A., en liquidación, produce el defecto de ilegitimidad de personería en la parte demandada. Con estos antecedentes y con fundamento en el contenido de la letra c) del art. 3, así como el inciso primero del art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 570 del Código Civil, número 2 del art. 299 y art. 300 del Código de Procedimiento Civil, demanda al Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios, a fin de que en sentencia se declare la nulidad de la sentencia ejecutoriada dictada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el juicio verbal sumario por pago de honorarios profesionales ventilado ante el referido funcionario con el nro. 338-2005 y que data de 02 de julio del 2007, las 16h26. Reclama además el pago de costas judiciales y de los honorarios de su abogado patrocinador...".\_ Por sorteo ha correspondido el conocimiento de la presente causa a esta Judicatura, admitiéndose tramite la pretensión.\_ Se ha citado al Dr. Edgardo Juan Falconí Palacios, mediante boletas, según consta de las razones sentadas por el citador a fojas. 14 de los autos, quien comparece mediante escrito de fojas 18 a 22 de los autos, en el que señalando casillero judicial para recibir sus notificaciones, en lo principal propone las siguientes excepciones: 1) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2) Improcedencia de la acción por cuanto la misma se encuentra ejecutada, habiéndose dictado mandamiento de ejecución e inclusive embargo de bienes; 3) Falta de legítimo contradictor, por cuanto se ha solicitado la citación del señor Procurador General del Estado; 4) Falta de derecho del actor para impugnar una sentencia que menta en su demanda, toda vez que el Procurador General del Estado no puede ser considerado representante legal de una entidad de derecho privado; 5) Inexistencia de nulidades por cuanto

dice haber comparecido el Procurador General del Estado dentro del juicio de honorarios profesionales. Se ha citado al señor Procurador General del Estado, mediante boleta entregada en persona, según consta de la razón sentada por el citador a fs. 15 de los autos, quien comparece a juicio mediante escrito a fs. 17 de los autos, en el que señalando casillero judicial para recibir sus notificaciones, en lo principal manifiesta hacer suya la demanda propuesta de nulidad de sentencia. Se ha convocado a las partes a la junta de conciliación, celebrada el día 23 de junio del año 2009, constante del acta a fs. 38, a la que ha comparecido el Dr. Harry Navarrete, ofreciendo poder o ratificación de la parte actora, intervención legitimada a fs. 41 de los autos; por otra parte, el Dr. Edgardo Falconí; y la Dra. Cecilia Lescano, ofreciendo poder o ratificación de la Procuraduría General del Estado, intervención legitimada a fs. 40 de los autos. Diligencia en la que tanto parte actora corno demandada se han afirmado respectivamente en los fundamentos establecidos en la demanda, así como en las excepciones al contestar la misma; hechos que no permiten una conciliación favorable entre las partes. Luego de lo cual, por existir hechos que debían ser justificados y a petición de parte, se recibió la causa a prueba por el término legal. Una vez, agotado el trámite de la presente causa, encontrándose el proceso para resolver, con lo actuado para hacerlo, se considera: PRIMERO: No se advierte omisión de ritualismo o solemnidad sustancial que influya en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez procesal. **SEGUNDO:** El art. 113 del Código de Procedimiento Civil, establece la obligatoriedad que tiene el actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo, en torno a ello, con oportunidad de la prueba y conforme disponen los arts. 114 y 117 ibídem, analizamos la misma: Haciendo uso de la etapa probatoria el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable, en especial el escrito de excepciones presentado a la demanda; ha aportado con prueba documental, entre la que consta: A fs. 66 y 67 de los autos, copias simples del comunicado realizado por la Dra. Mónica Chávez Tamayo, en su calidad de Procuradora Judicial del Filanbanco S.A., en liquidación, a la Econ. Soraya Bajaña, en su calidad de Liquidadora del Filanbanco S.A., en liquidación, respecto al pago a realizarse al doctor Edgardo





Falconí; a fs. 68 de los autos, consta el oficio N.o. DLFQ-MCHT-55-2008, en el se (sic) la señora Procuradora Judicial del Filanbanco S.A., en liquidación, hace una propuesta económica respecto al pago de honorarios para el Dr. Edgardo Falconí; quien contesta mediante documentos a fs. 69 y 71 de los autos, proponiendo como pago la suma de USD \$ 450.000,00 dólares; de fs. 72 a 74 de los autos, constan documentos privados mediante los cuales las partes se han ratificado en su oferta económica de pago y cobro de honorarios respectivamente; de fs. 75 a 81 de los autos, consta el escrito de comparecencia presentado por la Procuraduría General del Estado, así como las peticiones realizadas dentro del juicio de honorarios profesionales, mismas que han sido negadas mediante providencia de fecha 24 de octubre del 2007 (fs. 82); de fs. 84 a 90 y 13, a 145 de los autos constan las diligencias practicadas dentro del juicio de honorarios profesionales, inclusive la sentencia impugnada por esta vía; a fs. 108 de los autos, consta la copia notariada del oficio n.o MRL-D.O.A-2009 e 7 de septiembre del 2009, (sic) suscrito por el Dr. Pablo Naranjo Aguilar, en su calidad de Director de Documentación y Archivo, en el que se observa que el Banco Filanbanco S.A., en liquidación, no se encuentra registrado en el catastro de entidades del sector público. Por su parte el señor Procurador General del Estado, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable. Mientras que el Ab. José Navarrete Vera, en su calidad de Procurador Judicial de la señora Liquidadora y como tal, representante legal de Filanbanco S.A., en liquidación, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable; ha aportado con prueba documental, entre la que consta de fs. 120 a 125 de los autos, copias certificadas de la resolución JB-2002-0469 de 30 de julio del 2002, mediante la cual se ha dispuesto la liquidación forzosa de los negocios, propiedades y archivos de Filanbanco S.A. TERCERO: El art. 299 del Código de Procedimiento Civil, establece: "La sentencia ejecutoriada es nula: 1. Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó; 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y, 3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía", en la especie, la causal alegada por el accionante, es la falta de ilegitimidad de personería pasiva, manifestando en lo principal que el Banco Filanbanco S.A., en liquidación, es una entidad de derecho privado, cuyo socio mayoritario y principal es el Ministerio de Finanzas, esto es el Estado ecuatoriano, por lo tanto, dentro del juicio de honorarios profesionales debía haberse contado con la presencia del señor Procurador General del Estado. En la presente causa, la parte demandada ha justificado, que para la expedición del fallo cuya nulidad se pretende por esta vía, ha existido varios criterios por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en los que se independizaba la personería jurídica del Banco en liquidación, con la del Estado ecuatoriano pese a su participación como socio mayoritario. Por otro lado, no se observa que dentro del juicio de honorarios profesionales la parte demandada, haya alegado la falta de personería pasiva, puesto que se han alegado otras y distintas excepciones. CUARTO: El art. 301 del Código de Procedimiento Civil, establece: "No ha lugar a la acción de nulidad: 1. Si la sentencia ha sido ya ejecutada; 2. Si ha sido dada en última instancia; y, 3. Si la falta de jurisdicción o la incompetencia o la ilegitimidad de personería, fueron materia de discusión especial y de previo pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse"; y el art. 296 ibídem, manifiesta en su numeral quinto: "La sentencia se ejecutoría: ... 5. Por haberse decidido la causa en última instancia.", así la causa que nos ocupa, es una sentencia expedida dentro de un juicio derivado de las controversias entre el abogado y su cliente, por el pago de honorarios profesionales, cuyo trámite de conformidad con lo establecido en el art. 847 del Código de Procedimiento Civil, es el verbal sumario y cuya resolución no es susceptible de apelación ni del de hecho, por lo tanto se observa que se ha decidido en última instancia, al amparo de lo establecido en el numeral 5 del art. 296 del Código de Procedimiento Civil, lo que hace improcedente la acción intentada al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del art. 301 ibídem. Por las consideraciones que preceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**, SE RECHAZA la demanda por improcedente. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese

f) Dr. Edwin Argoti Reyes, Juez encargado.



#### SEGUNDA INSTANCIA

Juicio nro. 677-2012

Juez ponente: Dr. Cástulo Fernando Mayorga

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.

Quito, viernes 1 de junio del 2012, las 12h22. VISTOS. Sube en grado la presente causa en virtud del recurso de apelación interpuesto por el abogado Marcos Edison Arteaga Valenzuela, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado conforme así lo ha justificado con la Acción de Personal nro. 081-DNDHyC de fecha 14 de marzo del 2011 suscrito por el señor Patricio Vasco Mosquera, Jefe de Unidad de Desarrollo Humano de la Procuraduría General del Estado y de acuerdo con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y art. 3 y 4 de su Reglamento, respecto de la sentencia dictada por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, que rechaza la demanda en juicio ordinario de nulidad de sentencia ejecutoriada que sigue la economista Betty Graciela Arteaga Macías en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S. A. en liquidación en contra del doctor Edgardo Falconí Palacios; radicada la competencia en esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 del Código de Procedimiento Civil y numeral 1 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, para resolver se considera: PRIMERO: Se ratifica la validez decretada por el juez a quo, pues no hay nulidad alguna que declarar al proceso. **SEGUNDO:** La economista Betty Graciela Arteaga Macías en su calidad de Liquidadora del Filanbanco S. A. en liquidación, manifiesta que 8 de diciembre del 2005, el doctor Edgardo Iván Falconí Palacios, presentó demanda de pago de honorarios profesionales, en contra del Filanbanco S. A. en Liquidación, la misma que ha recaído en conocimiento del Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, tramitándose con el nro. 338-2005 Lcdo. Paúl Tapia, dicha demanda ha sido calificada y admitida a trámite verbal sumario, mediante auto de fecha 13 de diciembre del 2005 en la que se ordena citar al demandado, sin embargo, se sostiene que el actor en dicha causa omite solicitar que se cuente con el señor Procurador General del Estado, de conformidad con lo que dispone en el literal c) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, argumento

fundamentado en base a que Filanbanco en Liquidación es una persona jurídica de derecho privado que cuenta con recursos públicos, toda vez que su único accionista es el Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme se establece en el Registro Oficial nro. 42 publicado el 15 de marzo del 2007; además hace referencia al pronunciamiento del Procurador General del Estado en respuesta a una consulta realizada por el H. Congreso Nacional en relación a la naturaleza jurídica de Filanbanco S. A. en Liquidación cuyo texto es el siguiente "Si bien Filanbanco S. A. conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, en materia procesal, compete a la Procuraduría General del Estado supervisar los juicios en los que dicha institución financiera sea parte, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos en defensa del patrimonio nacional y del interés público, de conformidad con la letra C del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado". En base de todo lo cual la actora pide la nulidad de la sentencia dictada con fecha 02 de julio del 2007 las 16h26. TERCERO: Admitida a trámite la demanda, ha sido citado el demandado quien comparecer a juicio el 11 de febrero del 2008 consta de fojas 19 a 22, de manera simultánea, el mismo día 11 de febrero del 2008 comparece la Procuraduría General del Estado, quien por intermedio de su Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado dice: "... en relación con el insólito juicio ordinario nro. 1108-2007 JF seguido por FILANBANCO S. A. EN LIQUIDACIÓN en contra del doctor Edgardo Falconí Palacios..." sin embargo a renglón seguido hace suyo el contenido de la demanda presentada, pidiendo se declare la nulidad de la sentencia dictada el 02 de julio del 2007, a las 16H26, por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el juicio verbal sumario por honorarios profesionales signado con el nro. 338-2005 licenciado Paúl Tapia y señala domicilio; el demandado en cambio, manifiesta que por parte del actor existe una gran equivocación por cuanto si bien cita en su demanda el literal c) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el artículo 570 del Código Civil, el artículo 299 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, tales normas legales





no guardan armonía ni son aplicables al caso de nulidad de sentencia materia de esta causa, enuncia el artículo 118 de la Constitución de la República que determina cuales son las instituciones del Estado o sector público así como también los artículos 215 y 216 ibídem que establecen las potestades asignadas al Procurador General del Estado y le instituye como representante judicial del Estado y el ejercicio del patrocinio del mismo, sosteniendo que Filanbanco S. A. en Liquidación no es una institución del sector público o del Estado, por lo que la Procuraduría General del Estado solo le compete supervisar los juicios en los que dicha Institución financiera sea parte, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte de ellos en defensa del patrimonio nacional y del interés público, luego se excepciona negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, improcedencia de la acción falta de legítimo contradictor por cuanto en la demanda se pide citar al Procurador General del Estado, falta de derecho del actor para impugnar una sentencia e inexistencia de nulidades y señala domicilio judicial, trabándose de esta manera la litis; en la junta de conciliación no hay acuerdo alguno que ponga fin al pleito judicial. CUARTO: Por haber hechos que justificar se recibe la causa a prueba por el término legal; de acuerdo con los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil; en consecuencia, correspondió a las partes probar los hechos alegados, con excepción de aquellos que se presumen legalmente; las evacuadas por la parte actora piden se reproduzca el contenido del Decreto Ejecutivo nro. 1502 del 16 de mayo del 2001, publicado en el Registro Oficial nro. 328 del 17 de mayo del 2001 en el cual se establece como único accionista de Filanbanco S. A. en Liquidación al Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Economía y Finanzas, además que se reproduzca la Resolución JB-2002-0469 del 30 de julio del 2002, en donde se resuelve disponer la Liquidación forzosa de Filanbanco S. A., invoca además varias citas legales en su favor; de la parte demandada en cambio presenta varias comunicaciones de las que se determina el ánimo de llegar a un arreglo extrajudicial sobre el pago de honorarios, las mismas que se hallan suscritas tanto por el demandado de esta causa como por la Procurador Judicial de Filanbanco S. A. en liquidación, una ayuda memoria del proceso de liquidación de honorarios del doctor Edgardo Falconí Palacios en los cuales consta un valor por concepto de abono realizados a los honorarios, valores que han sido considerados por parte

del juez a quo en su resolución, además el oficio nro. MRL-D.O.A.-2009-0000464, de fecha 07 de septiembre del 2009 suscrito por el doctor Pablo Naranjo Aguilar, de la que consta que Filanbanco S.A. en Liquidación, no se encuentra registrado en el Catastro de las Entidades y Organismos del Sector Público Ecuatoriano; oficio nro. 04991 del cual consta el pronunciamiento de la Contraloría General del Estado en la que se determina que Filanbanco S.A., en Liquidación es una personas jurídica de derecho privado, se acompaña copia certificada de la sentencia pronunciada el 02 de julio del 2007 las 16H26 por parte del Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio verbal sumario que por el cobro de honorarios ha propuesto el doctor Edgardo Iván Falconí Palacios, en contra de Filanbanco S.A. en Liquidación, representado por la señora Stella Izurieta de Neumman en su calidad de Gerente Regional de Filanbanco S.A. la misma que se halla ejecutoriada conforme la razón que obra de fojas 136 vuelta, en la que el actuario del Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha sienta la razón de que la sentencia se halla ejecutoriada por el ministerio de la ley y mandamiento de ejecución, el mismo que obra en providencia de fecha 23 de noviembre del 2007; y la Resolución nro. JB-2009-1427 por la que la Junta Bancaria resuelve la conclusión de los procesos de liquidación forzosa y la transferencia de activos, en el que se establece que el producto de la realización de los activos transferidos servirán para que la entidad cesionaria pague a los acreedores de la institución cedente, que en el caso, han sido transferidos al Banco Central del Ecuador de acuerdo con el contenido del oficio nro. SBS-INJ-SAL-2009-1337 de fecha 15 de diciembre del 2009 suscrito por la Ing. Gloria Sabando, Superintendenta de Bancos y Seguros que obra a fojas 159; la Procuraduría General del Estado se limita a aportar como prueba la petición de que se reproduzca todo cuanto de autos fuere favorable para Filanbanco S. A. en Liquidación e impugnar la prueba de la contraparte; QUINTO: La demanda es el acto en el cual se formula el reclamo solicitud que ha de ser materia de la causa, consecuentemente del fallo a dictarse, en el caso, la parte actora dice "...Con los antecedentes antes expuestos, concurro ante usted y amparado en lo que dispone la letra c del art. 3 así como el inciso primero del art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el art. 570 del Código Civil, número 2 del art. 299 y art. 300 del Código de Procedimiento Civil demando al Dr. Edgardo Iván



Falconí Palacios, para que usted declare la nulidad de la sentencia ejecutoriada dictada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha en el juicio verbal sumario por pago de honorarios profesionales, ventilado ante el referido funcionario con el nro. 338-2005 licenciado Paúl Tapia y que data 02 de julio del 2007 las 16h26", en materia los pronunciamientos tanto de parte de la Procuraduría General del Estado mediante oficio nro. 04991 del cual se determina que Filanbanco S.A. en Liquidación es una persona jurídica de derecho privado, así como del Órgano de control del sistema financiero que lo constituye la Superintendencia de Bancos y Seguros mediante oficio nro. IG-AS-004-445 suscrito por el doctor Alberto Chiriboga Acosta, Intendente General en el cual en la parte pertinente se señala que Filanbanco S.A. se constituyó como una institución financiera de derecho privado, calidad que no ha variado, independientemente de que su actual accionista sea el Ministerio de Economía y Finanzas; y del Ministerio de Relaciones que mediante oficio nro. MRL-D.O.A.2009-0000464, de fecha 07 de septiembre del 2009, suscrito por el Dr. Pablo Naranjo Aguilar, certifican que Filanbanco S. A. en Liquidación, no se encuentra registrado en el Catastro de las Entidades y Organismos del Sector Público Ecuatoriano, es decir las entidades que tienen que ver con las actividades del Filanbanco S. A. en Liquidación, se han pronunciado expresamente que el Filanbanco S.A. en Liquidación es una persona jurídica de derecho privado; SEXTO: En la tramitación de la causa, en segunda instancia procede el análisis de la fundamentación del recurso de apelación, en la materia la fundamentación presentada a nombre del Banco Central del Ecuador no es considerada por cuanto el abogado Miguel Cumbicus Jiménez quien ofreciendo poder o ratificación, comparece a nombre del ingeniero Christian Alejandro Ruiz Hinojosa en calidad de Gerente General del Banco Central del Ecuador, entidad a la que se ha transferido todos los activos de Filanbanco S. A. en liquidación, pues su intervención no ha sido ratificada, ni ha presentado poder alguno, más aún en su escrito de fecha 11 de octubre del 2011, en el cual ratifica la fundamentación del recurso de apelación, lo hace en calidad de defensor debidamente autorizado, lo que no concuerda con los recaudos procesales, pues en ningún momento aparece escrito por el cual se justifique tal condición; la fundamentación de parte de la Procuraduría General del Estado, se contrae en manifestar que en la demanda de honorarios profesionales cuya sentencia ejecuto-

riada se pretende su nulidad, el actor ha omitido una solemnidad sustancial que es la de contar con el Procurador General del Estado, por las consideraciones antes anotadas, si bien Filanbanco S.A. conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, en materia procesal, compete a la Procuraduría General del Estado supervisar los juicios en los que dicha Institución financiera sea parte, por lo que no ha existido indefensión en el juicio de pago de honorarios, pues obra de autos que la Procuraduría General del Estado comparece de manera simultánea al juicio con la parte demandada, es decir en esa causa todo el tiempo se ha contado con la Procuraduría púes al haber comparecido y señalado domicilio judicial todas las providencias han sido notificadas a su casillero judicial, por lo que el argumento de no haber pedido el actor del juicio de honorarios en su demanda que se cuente con la Procuraduría General del Estado, carece de valor legal, mas aún por los considerandos anteriores en que se establece que Filanbanco S. A. en Liquidación es una persona jurídica de derecho privado, ante lo cual únicamente le compete a la Procuraduría General del Estado, en materia procesal, supervisar los juicios en los que dicha Institución financiera sea parte, es decir la actuación que ha tenido en el proceso resuelto por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, sentencia que se encuentra ejecutoriada y ejecutada, pues dicha sentencia dictada en el juicio verbal sumario de pago de honorarios tantas veces referida, se halla ejecutoriada y ejecutada, pues se ha dictado mandamiento de ejecución y además se ha ordenado el embargo de bienes, por lo que no es procedente la nulidad de la sentencia materia de esta causa por lo dispuesto en el art. 301 del Código de Procedimiento Civil; por lo que sin más consideraciones que determinar; ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desechando la apelación propuesta, se confirma la sentencia recurrida. Sin costas ni honorarios que regular.\_ Avocan conocimiento de la presente causa los Doctores Paul Pacheco Barzallo, Dr. Fernando Mayorga Mayorga y Dr. Carlo Carranza Barona, en sus calidades de Jueces Encargados, según acciones de personal nro. 1014-DP-DPP, 1611-DP-DPP y 2187-DP-DPP, respectivamente. **Notifiquese**.

f) Dr. Paul Pacheco Barzallo, Juez Presidente. Dr. Fernando Mayorga Mayorga, Juez Encargado. Dr. Carlo Carranza Barona, Juez Encargado.





## ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

## CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO MERCANTIL, IN-QUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.

Quito, jueves 21 de junio del 2012, las 10h36.

VISTOS: La Lic. Ruth Arregui Solano, en su calidad de Gerente General del Banco Central del Ecuador, solicita aclaración y ampliación y el Ab. Marcos Arteaga Valenzuela Director Nacional de Patrocinio Delegado del Procurador General del Estado, solicita ampliación de la sentencia dictada por esta Sala el 1 de junio del 2012, a las 12h22, en los términos que constan de los escritos que obran de fojas 26, 27 y 28 del cuaderno formado en segundo nivel, respectivamente. Para resolver, se considera: PRIMERO: Con esta petición se ha dado traslado a la parte contraria quien la ha contestado. SEGUNDO: Según el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración procederá

cuando la sentencia fuere oscura, y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. **TERCERO:** En la especie, el auto dictado por la Sala es totalmente entendible; y por otro lado, el fallo ha resuelto todos los puntos con los que se trabó la *litis*, por lo que nada hay que ampliar. Por lo dicho, las peticiones de aclaración y ampliación solicitadas son improcedentes. El escrito presentado por el Banco Central de Ecuador de legitimación de actuaciones, no se lo toma en cuenta por haber sido presentado en forma extemporánea. **Notifíquese**.

f) Dr. Paul Pacheco Barzallo, Juez Presidente. Dra. María Augusta Sánchez Lima, Juez Encargada Voto Salvado. Dr. Fernando Mayorga Mayorga, Juez Encargado.

## **VOTO SALVADO**

**Jueza ponente: Dra. Maria Augusta Sanchez Lima,** Jueza encargada de la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales.

## CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRI-MERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.

Quito, jueves 21 de junio del 2012, las 10h36.

VISTOS: Por no haber emitido criterio en la sentencia, nada tengo que pronunciarme sobre el pe-

dido de aclaración y ampliación formulado por las partes. **Notifíquese** 

f) Dr. Paul Pacheco Barzallo, Juez Presidente. Dra. María Augusta Sánchez Lima, Juez Encargada. Dr. Fernando Mayorga Mayorga, Juez Encargado.

## CASACIÓN

Juicio nro. 677-2012

Juicio verbal sumario por nulidad de sentencia, propuesto por Filanbanco S.A., en la persona de la Economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S. A. en contra de Edgardo Iván Falconí Palacios.

## Juez ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 26 de marzo de 2014, a las 11h00.

VISTOS (677 – 2012):

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: En virtud de que el Juez y las Juezas Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de

Justicia, en Resolución No. 04-2013 de 22 de julio de 2013, dispuso reestructurar la conformación de las Salas Especializadas, con sujeción a lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación, tenemos jurisdicción y somos



competentes para conocer esta causa, con fundamento en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.-

2. ANTECEDENTES: En lo principal, sube el

proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por el doctor Esteban Zabala Palacios, en su calidad de Procurador Judicial de la Gerente General del Banco Central del Ecuador, Lic. Ruth Patricia Arregui Solano, en contra de la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha el 01 de junio de 2012, a las 12h22, dentro del juicio de lato conocimiento que por nulidad de sentencia sigue la economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S.A. "en Liquidación", en contra del doctor Edgardo Iván Falconí Palacios. 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada los artículos 76.7. a) y 172 de la Constitución de la República; 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 58, 299.2, 300, 301, 359, 362, 847 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; innumerado agregado después del artículo 151 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; 3. c) y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y la Resolución JB-2002-469 de la Junta Bancaria. Deduce el recurso interpuesto con cargo en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjueces de esta Sala Especializada lo admitió parcialmente, en lo atinente a la errónea interpretación del artículo 3. c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, sustentada en la causal primera; en tanto que, inadmitió en su totalidad el recurso deducido por el Procurador General del Estado. Concluido el trámite de sustanciación y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza:

4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación "es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo

sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo." (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.-

5. EL JUICIO DE NULIDAD DE SENTEN-CIA EJECUTORIADA: Este juicio ataca el principio de intangibilidad de la cosa juzgada, en cuanto significa "...en general la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarle. No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca." (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, II, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1986, p. 30). El eje transversal de la casación es el fallo definitivo y ejecutoriado, con fuerza de cosa juzgada sustancial o material. Cosa juzgada es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales "...el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto esencial de un proceso, sobre el fondo, suele decirse también." (Andrés De La Oliva y Miguel Ángel Fernández, Derecho Procesal Civil, Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.,





Madrid, 1990, p. 158). En la misma línea, Aldo Bacre conceptúa a la cosa juzgada como "un atributo de la sentencia firme que le otorga autoridad a la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar otro proceso sobre la misma cuestión ya decidida -non bis in ídem-. Y además, dictar una sentencia que contradiga a la anterior ...el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. La sentencia en firme es inimpugnable en cuanto ha precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas más recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro. También, es inmutable o inmodificable y consiste en que en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante." (Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 436-437). La cosa juzgada, es institución que constituye uno de los elementos sustanciales de la seguridad jurídica, desde que el efecto principal de la sentencia ejecutoriada, sobre el proceso, "...proviene de la energía jurídica de que está revestida, en virtud de la ley, y que la convierte en una norma inmutable y coercible, que da fin a la relación jurídica procesal, impide que se debata de nuevo el mismo asunto, y es susceptible de ejecución por el mismo órgano que la pronunció." (Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, T. II, PUDELECO Editores, Quito, 2002, p. 750). Sin embargo, nuestro sistema procesal prevé como excepción los casos en que una sentencia ejecutoriada puede ser anulada; en efecto, entre otras, se encuentra prevista como acción autónoma en los artículos 299, 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil. En los procesos por nulidad de sentencia ejecutoriada, lo que se discute es si en el proceso en el que recayó la sentencia que se pretende su anulación, se sustanció observándose los requisitos esenciales para que exista jurídicamente y si el demandado tuvo o no la oportunidad de ejercer

6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:

6.1. ÚNICO CARGO: CAUSAL SEGUNDA.

**6.1.1.** Es evidente el lapsus calami en que incurre la Sala de Conjueces al admitir parcialmente el recurso que motiva esta decisión, en lo atinente a la errónea interpretación del artículo 3.c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, "sustentada en la causal primera", desde que ese precepto normativo es de naturaleza procesal cuya omisión, en la forma reclamada por el recurrente, tipifica un motivo de nulidad, atacable en casación por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. Tanto más que, para esta transgresión el cargo lo hizo por la causal segunda de la Ley de Casación. En efecto, la causal primera dice relación a vicios in judicando, a errores de juicio, al aplicar o no aplicar la norma al hecho controvertido o relación conflictiva, por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustancial, es decir de aquellas entendidas por la doctrina clásica como las que señalan y definen los derechos subjetivos, reales y personales, y precisan las obligaciones de las personas, y que la teoría actual las categoriza como "...las que declaran o reglan la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material." (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 14).

6.1.2. La inobservancia o desviación de las formas legalmente establecidas para regular la constitución y debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional. "Como los errores in procedendo necesariamente van a influir, en mayor o menor medida, en el pronunciamiento de la sentencia de fondo, a la que por consiguiente faltará una base jurídica estable, de ello claramente resulta la razón de la trascendencia que en el ámbito de la casación tienen las nulidades procesales. Palmar es la necesidad de que el proceso nazca y se desarrolle en condiciones viables; y es obvio que carece de esta virtud cuando en su iniciación o en su trámite se omiten o desvían los principios legales que garantizan la idoneidad de los actos que lo integran y el derecho de defensa de las partes. Si, pues, la sentencia se dicta con transgresión de los citados principios, tal decisión resulta afectada por un vicio que, si no se subsana oportunamente, justifica la casación o quiebra del fallo de instancia" (Humberto Murcia Ballén, op. cit, p. 573).

**6.1.3.** Consta del escrito de interposición y fundamentación del recurso: "Intervención del



Procurador General del Estado.- La demanda verbal sumaria, No. 338-2005, presentada el día 08 de diciembre de 2005, en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, por el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios en contra de Filanbanco S.A., en Liquidación, con el propósito de cobrar honorarios por los servicios prestados a la institución, mismo que es materia del juicio de nulidad de sentencia, incurrió en la omisión del requisito procesal previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por el cual, el actor debía solicitar en su demanda al juez de la causa, se cuente con el Procurador General del Estado, a fin de que éste supervise el juicio, toda vez, que el Filanbanco S.A., en Liquidación, era una persona jurídica de derecho privado, cuyo capital provenía de fondos públicos aportados en su totalidad por el Estado ecuatoriano, en su calidad de único accionista. Esta gravísima omisión del actor, configuró un error in procedendo insalvable: la ilegitimidad de personería pasiva, lo cual acarreó la negación del derecho constitucional a la defensa de la Procuraduría General del Estado, quien ejerciendo sus funciones privativas habría podido intervenir oportunamente en calidad de parte, formulando la contestación y excepciones adecuadas, en defensa del patrimonio nacional y del interés público. En consecuencia, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al rechazar nuestra demanda de nulidad de sentencia, ha incurrido en falta de aplicación del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 299, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil". En el mismo escrito, expresa la recurrente: "Fondos Públicos.- El considerando quinto de la sentencia, establece que el Filanbanco S.A. en Liquidación, es una persona jurídica de derecho privado, razón por la cual, concluye que no cabe la intervención de la Procuraduría General del Estado. Esta conclusión asumida por el órgano jurisdiccional, infringe lo dispuesto en el art. 3 literal c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, pues interpreta erróneamente su contenido, al considerar que el Procurador General del Estado puede exclusivamente intervenir en los juicios en que es parte una entidad pública, no obstante a que dicha norma hace extensiva esa participación, al caso de juicios en que son parte las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, como era el

caso del Filanbanco S.A. en Liquidación, cuyo único accionista era el Estado ecuatoriano. Tal es la interpretación literal, que sin ningún esfuerzo se deduce del siguiente texto correspondiente a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: "Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: ...c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público...".

**6.1.4.** La sentencia que la casacionista pide que sea anulada por la aceptación del Recurso de Casación, en razón de la falta de notificación al Procurador General del Estado en el juicio que, por honorarios profesionales, siguió el doctor Edgardo Iván Falconí Palacios, en contra de Filanbanco S.A., "en Liquidación", establece en el numeral primero: "Se declara la validez procesal, pues no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión de la causa, pese a la alegación hecha por el demandado al momento de resolver, de no haberse contado con el señor Procurador General del Estado, lo cual es infundada, toda vez que el Procurador General del Estado debe intervenir en los juicios que se planteen en contra del Estado o de entidades del Estado, no en los juicios que contra entidades privadas financieras que se hayan presentado en su contra, peor que éste sea parte procesal, aunque puede vigilar los procesos de manera discrecional, y en ningún momento se ha dejado en la indefensión al demandado toda vez que ha comparecido a juicio, situación que se corrobora con la opinión emitida por la Superintendencia de Bancos, en comunicación de 15 de mayo del 2007, constante en fs. 3642, que señala: '...que a pesar de ser el Ministerio de Economía y Finanzas quien tiene la titularidad de la totalidad de las acciones de Filanbanco S.A. "en Liquidación", esto no modifica la naturaleza jurídica de derecho privado de dicha institución financiera en liquidación...". Ahora bien, la alegación procura que el Tribunal de Casación, efectúe el análisis jurídico atinente a la normativa aplicable a las sociedades regidas, ora por el derecho público, ora por el derecho privado, en ciertos y determinados casos, a fin de establecer el hecho de haberse citado (o notificado,





según el caso) o no haberlo hecho, al Procurador General del Estado en el proceso por honorarios profesionales signado con el número 0338-2005, tramitado en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, pues que, en caso negativo su consecuencia sería la nulidad procesal. Este Tribunal de Casación puntualiza que, entre las atribuciones del Procurador General del Estado, el precepto legal citado prevé la de "Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica ...sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público". El Procurador General del Estado o su delegado intervienen como parte "representando al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica" (artículos 3.b) y 5.a) de la ley en cita), como en las causas en que "participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica", en razón de la facultad de supervisión del desenvolvimiento de los procesos judiciales que le autoriza intervenir en ellos y en defensa de los intereses del Estado ante cualquier organismo, corte, tribunal o juez, dentro del país o exterior (artículo 5.c) ibídem). Para hacer práctica esta facultad, en armonía con el artículo 6 de la misma ley, al Procurador General del Estado se le debe citar con toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial en contra del Estado, lo que comprende a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personalidad (de personería dice la ley) jurídica, "pero además se le debe notificar obligatoriamente en aquellas causas en que participen las instituciones del Estado que cuenten con personalidad jurídica propia, advirtiéndose que "la omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o del procedimiento". Se citará al Procurador General del Estado "en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás, de acuerdo con lo previsto en esta ley" (inciso segundo, artículo 6). Como se ve, el Procurador General del Estado está llamado a intervenir como parte procesal o a realizar una labor de supervisión cuando están involucradas instituciones del Estado que tengan personería jurídica en razón de que estas instituciones ejercen ellas mismas su patrocinio. La falta de notificación al Procurador General del Estado, conforme el artículo 6 de la Ley en cita constituye un motivo de nulidad especial que rige sólo en los casos específicos a los que se refiere el artículo 6 ejusdem (los motivos generales de nulidad son los que constan del Código de Procedimiento Civil). El Decreto Ejecutivo No. 1502 de 16 de mayo de 2001, publicado en el R.O.S. No. 328 de 17 de mayo del mismo año, en su considerando primero expresa: "Que, en conformidad con las disposiciones de la Lev de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera, el Estado Ecuatoriano ha entregado recursos a la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), que fueron utilizados, entre otros fines, para la capitalización de Filanbanco S.A."; en tanto que, su artículo 1 dispone: "El Ministerio de Economía y Finanzas a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, procederá a celebrar con la Agencia de Garantía de Depósitos un contrato de dación en pago, mediante el cual ésta última abone al Estado su obligación pendiente de pago, originada en aportes de recursos públicos entregados para el cumplimiento de las normas pertinentes de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera. El abono que efectúe la AGD, y que debe recibir el indicado Ministerio, se realizará mediante la entrega de la totalidad de las acciones que actualmente posee la AGD, en Filanbanco S.A., esto es de las 9.184.000.010 acciones ordinarias y nominativas que representan un valor nominal de US\$ 36.736.000.04, sin perjuicio de que la valoración real de las mismas se efectúe con posterioridad a la entrega". El artículo 3 asimismo del Decreto Ejecutivo en cita, dispone: "Facúltase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, una vez realizada la transferencia legal de las acciones, a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, ejercite todos los derechos, deberes y obligaciones inherentes a la calidad de accionista de Filanbanco S.A". El Directorio del Banco Central del Ecuador mediante Resolución No. 002-2009 de 23 de diciembre de 2009, autorizó al Banco Central del Ecuador, "a recibir los activos de las entidades en liquidación, cuya transferencia haya sido instruida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en los términos constantes en la Resolución No. JB- 2009-1427 de 21 de septiembre de 2009, expedida por la Junta Bancaria", la cual a su vez en su sección II norma la transferencia de activos de una institución financiera en liquidación, y establece en su artículo 6 que: "La tradición de los activos y sus correspondientes garantías y derechos accesorios operará de pleno



derecho, sin necesidad de endosos, notificaciones, ni inscripciones...". La Constitución de la República establece en el artículo 303, inciso tercero: "El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley". En la especie, la institución financiera demandada, Filanbanco S. A. En Liquidación, si bien es una de derecho privado, no es menos cierto que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que "Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley." (R.O.S. 595 de 12 de junio de 2002).

**6.1.5.** La actividad de jueces así como de los sujetos procesales se encuentran reguladas por normas preestablecidas que determinan lo que debe hacerse en todo proceso y desde su inicio hasta su culminación. El ordenamiento legal establece la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se ha inobservado dichas normas, nulidad que se encuentra condicionada, entre otros, a los principios de especificidad y trascendencia. Por el primero de estos principios, llamado también de tipicidad, no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. "Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todos los procesos o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos, resultan, pues, limitativos y, por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes" (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 574). Ninguna actuación del proceso puede ser

declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley; las causales de nulidad, son taxativas, limitativas, por lo que no cabe extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Se adiciona que, para la declaratoria de nulidad procesal no es suficiente que medie violación de norma jurídica, sino que además es necesario que ese quebranto sea determinante de lo resuelto, que es lo que la doctrina llama la eficacia causal de tal quebranto. Las causas o motivos generales de nulidad procesal se encuentran señalados en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y que conciernen a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, en el artículo 1014 del mismo Código en lo relativo a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, este Código contempla también solemnidades especiales para el juicio ejecutivo, artículo 347 y para el juicio de concurso de acreedores, artículo 348; y, en leyes especiales, como el caso que puntualiza el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, codificación del año 2004, R.O. No. 312 de 13 de abril de 2004. Por el principio de la trascendencia, es causa eficiente para provocar la nulidad procesal que la omisión de solemnidad o la violación del trámite influyan en la decisión de lo resuelto. En el evento de que en la tramitación de un proceso se incurra en irregularidades, los medios para su corrección son diferentes, según la naturaleza y la gravedad de las mismas, por lo que "...el de la nulidad lo reserva la ley para los casos que, por omitirse un elemento esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de los litigantes, revisten mayor gravedad." (Humberto Murcia Ballén, ibídem, p. 574). Entre las garantías del debido proceso se encuentra el principio de la obligatoriedad de las normas procesales, es decir, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, al lugar y al modo. De la sentencia impugnada se lee: "...si bien Filanbanco S.A., conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, en materia procesal, compete a la Procuraduría General del Estado supervisar los juicios en los que dicha institución financiera sea parte, por lo que no ha existido indefensión en el juicio de pago de honorarios, pues obra de autos que la Procuraduría General del Estado comparece de manera simultánea al juicio con la parte demandada, es





decir en esa causa todo el tiempo se ha contado con la Procuraduría pues al haber comparecido y señalado domicilio judicial todas las providencias han sido notificadas a su casillero judicial, por lo que el argumento de no haber pedido el actor del juicio de honorarios en su demanda que se cuente con la Procuraduría General del Estado, carece de valor legal". Esta terminante afirmación conllevaría haberse operado el principio de convalidación en cuanto la nulidad, salvo contadas excepciones, no obstante existir materialmente en el proceso, se considera jurídicamente desaparecida de él como consecuencia del consentimiento expreso o tácito del litigante o autoridad pública llamados a observarla y reclamarla. Falacia categórica, desde que en ese juicio no se contó con el señor Procurador General del Estado desconociendo o ignorando el claro contenido del artículo 3.c), e inciso primero del artículo 6, ambos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En efecto, consta de la providencia de 10 de julio de 2007: "...En cuanto al escrito y peticiones presentadas por el doctor Luis Jaramillo, en calidad de Director Nacional de Patrocinio del Estado, Delegado del Procurador General del Estado, presentado el 05 de julio de 2006, a las 16h14, se rechaza, toda vez que no es parte procesal en la presente causa, mucho menos se puede atender la petición de consulta por el tipo de juicio que es de única instancia, peor considerar la petición de apelación solicitada por la Procuraduría por la disposición expresa contemplada en el Art. 847 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil".

**6.1.6.** El artículo 301.1 del Código de Procedimiento Civil, prevé que no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada si ésta ha sido ya ejecutada. Una de las excepciones del ahora demandado es precisamente la improcedencia de la demanda pues que la sentencia materia de la nulidad reclamada se encuentra ejecutada. Las sentencias, en la forma que las clasifica Eduardo J. Couture, son de condena, declarativas o meramente declarativas y constitutivas. "1.- Son sentencias de condena, todas aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar o hacer), o ya sea en el sentido negativo (no hacer) ...la condena consiste normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en conminarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado... 2.- Son sentencias declarativas, o de mera declaración,

aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho ...la doctrina pone como ejemplos de sentencias declarativas aquellas tendientes a establecer la falsedad de un documento, la inexistencia de una obligación, la jactancia. Dentro de nuestro sistema, la sentencia declarativa, ha venido a suministrar muy importante apoyo a la acción que se promueve para probar en método contradictorio, la adquisición de la propiedad por prescripción... 3.- Se denominan sentencias constitutivas, aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico ...pertenecen a esta clase, en primer término, aquellas sentencias que crean un estado jurídico nuevo, ya sea haciendo cesar el existente, ya sea modificándolo, ya sea sustituyéndolo por otro... en segundo lugar integran esta clase de sentencias aquellas que deparan efectos jurídicos de tal índole que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales: el divorcio, la separación de cuerpos, la separación de bienes, etc." (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ta. Edición, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pp. 257, 258, 259 y 260). La doctrina actual amplía esa clasificación, por su funcionalidad, es decir por la actitud para el cumplimento de su función satisfactiva, en sentencias de realización inmediata y de realización mediata. Las primeras son aquellas cuya eficacia se concreta cuando, adquirida la sentencia la autoridad de cosa juzgada, se realiza la satisfacción pretendida por cualquiera de las partes y, en ciertos casos solo restan actos de mero trámite para la consolidación de la situación jurídica ordenada por la misma. Ejemplo claro de realización inmediata es la sentencia que declara el divorcio, que satisface a las partes sin que se requiera ejecución forzada posterior, pues solo se requiere la inscripción en el Registro Civil que otorga publicidad a una situación ya configurada. Las sentencias de realización mediata, por el contrario, "...no satisfacen directamente al sujeto favorecido con ella, sino que suponen la emisión de una orden judicial que se espera sea cumplida espontáneamente por parte del sujeto que perdió en el proceso. De no mediar este cumplimiento se abre la posibilidad de iniciar la ejecución forzada. Ejemplo de lo dicho es la sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, en la medida que el no pago por parte del demandado supone el



inicio de la etapa de ejecución en la cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional, realiza un ejercicio de sustitución respecto del sujeto incumplidor y hace efectiva materialmente la satisfacción del actor." (Juan José Monroy Palacios, La tutela procesal de los derechos, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 157 y 158). La sentencia de condena está ligada a procesos que tienen como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, por ello que se ordena judicialmente la realización de esa prestación. "...se requiere, luego de que la sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada de un acto material por parte del sujeto obligado: es necesario el cumplimiento efectivo de éste respecto de lo ordenado. De no ocurrir aquello, el órgano jurisdiccional abre una nueva fase de tutela que complementa a la de condena y que está basada en una labor de carácter, básicamente, sustitutivo: la ejecución forzada. Es así que se considera que la sentencia de condena, una vez que ha adquirido autoridad de cosa juzgada, se encuentra provista de eficacia ejecutiva, es decir, se configura la posibilidad, siempre y cuando se realice a pedido de parte, de iniciar una fase de ejecución forzosa de lo que no fue cumplido espontáneamente a través de la condena." (Juan José Monroy Palacios, op. cit. p. 167). En la especie, la sentencia de condena y cuya nulidad se demanda, ordena que el demandado vencido satisfaga una prestación dineraria y que todavía no se encuentra ejecutada, a pesar de que entre las excepciones opuestas a la demanda de nulidad de sentencia consta la "2.- Improcedencia de la acción por cuanto la misma se encuentra ejecutada, habiéndose dictado mandamiento de ejecución y inclusive (sic) embargo de bienes", la ejecución tendrá lugar sólo cuando esa prestación haya sido cumplida, en el caso a través de la coacción judicial, dicho de otro modo, la sentencia no ha sido todavía ejecutada, por lo que la actora estuvo en la facultad de activar la acción de nulidad de aquella.-

7. DECISIÓN EN SENTENCIA: Una visión actualizada de la casación realza su función dikelógica respecto de la tutela jurisdiccional con el acceso a la tutela efectiva y la respuesta motivada y justa del órgano jurisdiccional, artículo 75 de la Constitución de la República. La sentencia cuya nulidad se demanda fue dictada en proceso viciado de nulidad insanable, al omitirse la solemnidad sustancial que se ha puntualizado in extenso. Sólo con la notificación al Procurador General del Estado se cumple el principio fundamental de la contradicción, indispensable para que el proceso exista como relación jurídica. El sustento de la causal es la violación del derecho de defensa, artículo 76.7 de la Constitución de la República, que se lesiona cuando se juzga, como en el caso de la sentencia cuya nulidad se reclama, sin la notificación al Procurador General del Estado, vulnerando irremisiblemente la norma procesal imperativa señalada. La ley establece concretamente las formas de los juicios y, en consecuencia, las sanciones cuando se las ignora. Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AU-TORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS **LEYES DE LA REPÚBLICA**, conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia impugnada y, por tanto, acepta la demanda y declara la nulidad de lo actuado en el juicio por pago de honorarios profesionales propuesto por el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios contra Filanbanco en Liquidación, a partir del auto de calificación de la demanda hasta la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha el 02 de julio de 2007, las 16h26. Remítase el proceso al juez de primera instancia que le corresponda intervenir en caso de recusación, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a Derecho. Con costas a cargo de los Jueces de última instancia. Notifíquese y devuélvase.

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.





## IV

## Resolución nro. 62-2014 Juicio nro. 274-2013-MB

Juicio civil por daño moral seguido por Ana Buljubasich en contra de Nicolás Ochoa

## SÍNTESIS

La señora ANA BULJUBASICH MURILLO por sus propios derechos y por los que representa de su hija menor de edad NN. v demanda a NICOLÁS FERNANDO OCHOA OCHOA. en su calidad de representante de ILVEM INTERNACIONAL, la correspondiente indemnización para que repare el daño moral que ha causado a su hija, a ella, a su reputación y buen nombre y por ende a su familia, por el uso no autorizado de unas fotografías del portafolio tomado en el 2005 suvas y de su hija NN. las mismas que fueron utilizadas para promocionar la introducción al mercado de la marca" Aletheia", contrato que lo firmó con el representante legal de la empresa Educando Cía. Ltda, con quien aceptó pactar exclusividad con dicha empresa para promocionar el desarrollo de la formación integral de las personas en lo intelectual, mediante la aplicación de técnicas de enseñanza, métodos y tecnologías, sistemas avanzados de aprendizaje, optimización de potencial intelectual, lectura rápida, entre otros, habiéndose creado, durante estos últimos años, un nexo entre su imagen, la de su hija y la marca" Aletheia". La empresa que representa el demandado, ILVEM INTERNACIONAL realiza en Ecuador similar actividad que la empresa Educando Cía. Ltda, por lo que, el resultado de la utilización no autorizada de las fotografías de ella y su hija ha generado que nuestras imágenes estén publicitando simultáneamente a las dos empresas competidoras, creando una idea confusa en los consumidores y un gran descrédito para la reputación e imagen que como profesional, tantos años de esfuerzos y trabajo les ha costado. El Juez de primera instancia en su argumentación manifiesta que el daño resarcible no se evidencia como ocurre con los perjuicios patrimoniales, por lo que en la doctrina se ha concluido en que no se requiere prueba directa de su existencia, pues el padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca, por lo tanto, acepta la demanda y ordena que el demandado Nicolás Fernando Ochoa Ochoa pague inmediatamente a la actora Ana Buljubasich la suma de veinte mil dólares por concepto de daño moral. Esta sentencia es impugnada por el demandado quien apela ante el Tribunal de alzada. La segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, luego de su análisis, entre otras cosas expresa que la actora no ha demostrado conforme a derecho que la señora Ana Buljubasich y la señorita NN, son las personas que aparecen en las fotografías de fojas 3 del cuaderno de primera instancia, por lo que la Sala se encuentra impedida para acreditar la ilicitud en el actuar del demandado, resultando improcedente la condena al pago del daño moral supuestamente ocasionado al haber hecho uso de sus imágenes, en consideración a que el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo dirigido a proteger la dimensión moral del ser humano. (...) Por excepción, la Ley de Propiedad intelectual permite el registro de la imagen de una persona como marca, siempre que cumpla con la definición de marca, es decir que la imagen es utilizada para identificar un producto o servicios. Se acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada por lo que se revoca la sentencia venida en grado, desestimando la demanda por falta de legitimación activa en la causa y falta de prueba. La actora señora Ana Buljubasich, por sus propios derechos y en representación de su hija



del artículo 3 de la Ley de Casación. Luego del análisis realizado por el tribunal, éste considera que del mismo se desprende que efectivamente ha existido uso indebido de la imagen de la autora y de su hija, sin que se haya justificado ningún contrato que autorice a ILVEM INTERNACIONAL su uso. Con referencia al monto de la indemnización, considera necesario evaluar la situación económica del demandado pues mediante la acción de daño moral no puede pretenderse enriquecer a la accionante y arruinar económicamente a la otra parte. Demostrado que ha existido el daño moral CASA la sentencia y ordena al demando pague a favor de las demandantes la cantidad de Treinta mil dólares de los Estados Unidos de América.

#### PRIMERA INSTANCIA

Juez ponente: Dr. Oscar Villacrés

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL DE TUNGURAHUA. Ambato, martes 20 de noviembre del 2012, las 14h44.

**VISTOS:** ANA BULJUBASICH MURILLO, comparece a juicio y después de exponer sus generales de ley, por sus propios derechos y los que representa de su hija menor de edad NN, dice: Que el demandado responde a los nombre de NI-COLÁS FERNANDO OCHOA OCHOA, por los derechos que representa en el Ecuador ILVEM INTERNACIONAL, en su calidad de representante de la misma, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Compañías. Dice: a) que desde hace más de dos décadas, ha laborado como comunicadora social en el Ecuador, en distintos medios: televisión, de radio difusión, prensa escrita y otros. Y que durante todo este tiempo ha procurado un proceder recto, honesto y apegado a la ética profesional, que le he permitido mantener siempre un buenos términos sus relaciones laborales y profesionales, pues los compromisos que ha asumido los ha llevado a cabo con esmerados cuidado para poder fraguar, con mucho esfuerzo, lo más preciado para un profesional como es su reputación. Que es justamente el alto concepto en el que su reputación se concibe en el medio lo que le ha permitido acceder a valiosas oportunidades de crecimiento profesional y personal, que con el paso del tiempo ha construido una imagen, que en este caso es un concepto que abarca (sic) mucho más que la apariencia física: en el medio de la comunicación, la imagen es el conjunto de atributos, valores y cualidades con los que se identifica a un profesional; es la sumatoria de todos los aciertos y desaciertos en una trayectoria; es la percepción que tiene la audiencia

y le público en general (sic) y consecuentemente, es la que determina su aceptación en este medio. Dice que es fácil fijar una imagen, pero extremadamente difícil lograr que ésta es positiva y así perdure en el tiempo, sin perjuicio de ello, ha trabajado arduamente para solo crear una imagen real, honesta, sino también mantenerla así durante más de veinte años. Dice que le es grato poder constatar que sus esfuerzos durante tantos años no han sido en vano, pues las múltiples oportunidades que ha tenido para trabajar y servir a esta sociedad, confirman que ha realizado lo correcto. b) Con la experiencia ganada durante los años ha podido colaborar en proyectos de trascendencia social, contribuyendo desde su área y apostando a la visión de personas comprometidas con el desarrollo y progreso de la sociedad. Es así que en el aceptó (sic) la propuesta para participar en una campaña de promoción para la introducción al merado de la marca "Altheia". (sic) La colaboración consistía en que se tomen unas fotografías profesionales de su hija Ana Paula y de la suya, para un uso convenido con el entonces representante legal de Educando Cía. Ltda.; autorizando en los siguientes términos: b. 1. La fotografiás debían ser tomadas por el fotógrafo profesional Joshua Degel; b. 2. Las fotografías eran para el uso exclusivo de la marca "Aletheia"; b. 3. Las fotografías eran para una campaña puntual, a realizarse ese año. En consecuencia, sin autorización expresa suya como dueña de la imagen y sin autorización de ella y de su esposo como representantes de su hija menor de edad; y, del fotógrafo como autor y creador de la misma, no podían bajo ningún concepto, ser utilizadas tales fotografías en otros términos. c) Aproximadamente a inicios del





año 2007, tomaron la decisión estratégica de formalizar la relación existente con la Compañía Educando Cía. Ltda., en virtud de tal acuerdo se comprometió a seguir prestando su imagen y a de su hija para publicitar la marca "Aletheia". Dentro de los términos convenidos en la negociación, aceptó pactar exclusividad con dicha empresa en todo lo que se refiere a publicidad para el tipo de actividad que desempeña la empresa Educando Cía. Ltda.; esto es, desarrollar la formación integral de las personas en lo intelectual, mediante la aplicación de técnicas de enseñanza, métodos y tecnologías, sistemas avanzados de aprendizaje, optimización de potencial intelectual, lectura rápida, entre otros. Como parte de los compromisos adquiridos, le han realizado a ella y a sus hija una serie de fotografías cuyo uso ha sido explícitamente autorizado, para campañas publicitarias en afiches, banners y vayas de publicidad (sic) de la marca "Aletheia". Producto de ello, el rostro de su hija y el suyo se encuentran en distintos puntos publicitarios la marca "Aletheia" a nivel nacional; no solo en afiches sino en folletos, panfletos y demás medios de prensa escrita, convirtiéndoles en la imagen oficial de "Aletheia". Consecuentemente durante estos últimos años se ha creado un nexo entre su imagen la de su hija y la marca "Aletheia" d) Manifiesta que ha constatado el uso no autorizado de unas fotografías del portafolio tomado en el 2005, empleadas por "ILVEM IN-TERNACIONAL", representada en Ecuador por el señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa y para publicitar esta última marca. Dice que la compañía antes mencionada realiza en el Ecuador similar actividad que la compañía Educando Cía. Ltda. y en vista de ello, gracias a la irregularidad acontecida, existen simultáneamente fotografías de su hija menor de edad y de la suya, empleadas para fines publicitarios de "ILVEM INTERNA-CIONAL" y de la marca con la que contractualmente está obligada a representar es decir "Aletheia". Consecuencia de ello su imagen y la de su hija se encuentran en vayas (sic) publicitarias de grandes proporciones como para que no haya duda que es ella, insinuando que tanto su hija como ella se encuentran promocionando a "IL-VEM INTERNACIONAL" y simultáneamente a la que es su competidora directa "Aletheia". Manifiesta que jamás confirió autorización alguna para que "ILVEM INTERNACIONAL" use dichas fotografías ni ningunas otras, que esas y todas las demás fotografías fueron tomadas para

publicitar la marca "Aletheia", es decir que prácticamente su nombre está publicitando a las dos marcas ya indicadas creando una idea confusa para el consumidor y un descrédito tan grande para la reputación e imagen que tanto esfuerzo ha creado y mantenido durante décadas. Que no se trata de una simple fotografía para la cual no se pidió autorización, que se trata del hecho de que una empresa está lucrando gracias a la publicidad que le genera tener su imagen y la de su hija menor de edad su consentimiento autorización o consulta. Que además del perjuicio que le causa a ella, pues su imagen como profesional pasa a ser cuestionada, ya que en ese supuesto ella estaría publicitando simultáneamente a dos reconocidas competidoras de esa actividad comercial, que están beneficiándose y aprovechando la imagen de una menor de edad para promover su negocio, sin autorización de sus padres como representantes, constituyendo una práctica poco ética e ilegal. Que el Código Civil ecuatoriano concede el derecho a todos aquellos que sufran un perjuicio moral por actos que atenten contra su honra o reputación, para reclamar legalmente a quienes causen sufrimientos psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes tal como consta del art. 2231 del citado Código, y el 22332 que incluso los transcriben en su demanda. Dice que sin perjuicio de lo prescrito en la normativa ecuatoriana a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo publicado en el Registro Oficial número 87 del 22 de mayo del 2003, se ha pronunciado al respecto y transcribe dicho fallo. Así también se basa en las estipulaciones constantes en el Código de la Niñez y Adolescencia del uso no autorizado de menores de edad art. 51 y 52. También disposiciones consignadas en la ley de propiedad intelectual respecto de las fotografías arts. 19 y 20. Con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, demanda al señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa por los derechos que representa en ecuador de la compañía "ILVEM INTERNACIO-NAL", la correspondiente indemnización para que repare el daño moral que ha causado a su hija, a ella, a su reputación y buen nombre y por ende a su familia, la misma que estima no menor a la suma de ciento cincuenta mil dólares, así como el pago de las costas judiciales en las que se deberán incluir las costas de sus abogados defensores. El demandado ha sido legalmente citado y comparece a juicio a fojas 20, 21, 22 y 23 de los



autos. Con la demanda y contestación se ha trabado la litis en la presente causa, se ha llevado a cabo la junta de conciliación a fojas 33 sin que haya sido posible llegar a un acuerdo entre las partes, y una vez agotado el trámite de rigor, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: En la tramitación de la presente causa se ha cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, por lo que no hay motivo de nulidad que declarar, ni se ha violentado el trámite de acuerdo a la naturaleza del asunto que se ventila. SEGUNDO. Es obligación procesal de los litigantes justificar sus afirmaciones, de conformidad con lo previsto en los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** El art. 273 del Código de Procedimiento Civil ordena que "la sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella". El Juez por mandato legal debe sujetarse en los actos del proceso, a las normas que regulan al mismo, estos son los medios para hacer efectivos los postulados de la justicia, que obliga a que en la sentencia se decida únicamente sobre los asuntos de la litis, y que no son otros, que los consignados en la demanda y en la contestación en los que en definitivamente se fijan los términos del debate. La disposición legal transcrita impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones en la demanda como las contra pretensiones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico. Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal – Teoría General del Proceso, t. I, pp. 464 y ss.) dice al respecto: "En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas". En cambio, cuando se ha alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el Juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo al respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda". (Fallo de casación. R.O. nro. 45-13-X-98). CUARTO: El tratadista

Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno" Tomo I, págs. 210 y 220, define al daño moral, al afirmar. "Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, (sic) afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son diferentes; la ley no las considera....El daño puede ser material o moral. Es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio, y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico. El daño moral consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repara se denomine pretium doloris; el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los tributos o facultades morales del que sufre el daño". QUINTO: Nuestro Código Civil, en su art. 1453, establece que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos. El art. 2214 ibídem dispone que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le imponga las leyes por el delito o cuasidelito y el art. 2232 del referido Código, prescribe en su inciso 2° que "Dejándose a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o





procesamientos injustificados, y en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, y en el inciso 3° del referido artículo estatuye que "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez, la determinación de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso 1° de este artículo". El cual dice que: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnizaciones e halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta". Del contenido de las referidas normas podemos señalar los elementos que constituyen el daño moral: a) El acto u omisión ilícito de los responsables directos e inmediatos que originan el daño inmaterial en forma próxima de bienes jurídicos protegido, como son las imputaciones injuriosas contra la honra o crédito de una persona que manchen la reputación ajena y causen lesiones, etc.; b) El resultado dañosos que produce en la víctima; sufrimiento físico como enfermedad, discapacidad o sufrimiento síquico como angustia, humillaciones alteración sicológica, que el legislador generaliza en "gravedad particular del perjuicio sufrido"; y, c) La relación de casualidad entre la acción u omisión ilícitos y el resultado antes señalado dañoso. **SEXTO:** En la especie, la demandante basa fundamentalmente su acción de indemnización por daño moral, en el uso no autorizado de unas fotografías de ella y la de su hija menor de edad, de parte de ILVEM INTER-NACIONAL, representada en el Ecuador por Nicolás Fernando Ochoa Ochoa, y para publicitar esta última marca, por cuanto la compañía antes mencionada realiza en el Ecuador similar actividad que la Compañía Educando Cía. Ltda. De allí y en vista de ello, gracias a la irregularidad acontecida, existen simultáneamente fotografías de su hija menor de edad y de la suya, empleadas para fines publicitarios de "ILVEM INTERNA-CIONAL" y de la marca con la que contractualmente está obligada a representares decir "Aletheia". Consecuencia de ello su imagen y la de su hija se encuentran en vallas publicitarias de grandes proporciones como para que no haya duda que es ella, insinuando que tanto su hija como ella se encuentran promocionando a "ILVEM

INTERNACIONAL" y simultáneamente a la que es su competidora directa "Aletheia". Manifiesta que jamás confirió autorización alguna para que "ILVEM INTERNACIONAL" use dichas fotografías ni ningunas otras, que esas y todas las demás fotografías fueron tomadas para publicitar la marca "Aletheia" es decir que prácticamente su nombre está publicitando a las dos marcas va indicadas creando una idea confusa para el consumidor y un descrito tan grande para la reputación e imagen que con tanto esfuerzo ha creado y mantenido durante décadas. Que no se trata de una simple fotografía para la cual no se pidió autorización, que se trata de hecho de que una empresa está lucrando gracias a la publicidad que le genera tener su imagen y la de su hija menor de edad su consentimiento autorización o consulta. Que además del perjuicio que le causan a ella, pues su imagen como profesional pasa a ser cuestionada, ya que en ese supuesto ella estaría publicitando simultáneamente a dos reconocidas competidoras de esa actividad comercial, que están beneficiándose y aprovechando la imagen de una menor de edad para promover su negocio, sin autorización de sus padres como representantes, constituyendo una práctica poco ética e ilegal. De los hechos referidos, es importante analizar detenidamente las pruebas actuadas en el momento procesal oportuno, y así tenemos que como prueba de la parte actora las siguientes: La reproducción de todo cuanto de autos le sea favorable, en especial el contenido de su demanda, la partida de nacimiento de la hija de la actora, el certificado de Joshua Degel que fue el fotógrafo contratado para la publicidad de la marca "Aletheia"; solicita que se oficie a la Compañía Educando C. Ltda. Para que remita la copia certificada del contrato celebrado entre la actora Ana Juana Buljubasich Murillo y para la publicidad exclusiva de la marca "Aletheia"; incorpora las fotos certificadas en las que se aprecia la imagen de la Actora y de su hija menor de edad, promocionando a "IL-VEM INTERNACIONAL"; los exámenes psicológicos realizados por la perito doctora Consuelo Flores, en las personas de la actora y de su hija menor de edad, a fojas 83-87 de los autos; y, finalmente la confesión judicial del demandado, realizada a fojas 103 de los autos. Analizadas las pruebas en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme así lo exige el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, se llega a las siguientes conclusiones. Que las fotografías



tomadas por Joshua Degel, las realizó en las personas de la actora y de su hija menor de edad, para publicitar a la empresa EDUCANDO CÍA. LTDA., pero que sin embargo a fojas 35 consta en manera clara e irrefutable, que dichas fotografías estaban siendo utilizadas en la ciudad de Latacunga, para publicitar otra empresa (ILVEM INTERNACIONAL). Que el demandado en su confesión judicial a fojas 103 en la pregunta número 11 que dice. "Diga si la compareciente alguna vez ha suscrito con usted un contrato para publicitar la marca ILVEM INTERNACIONAL en el Ecuador" responde Nunca, es decir que definitivamente, jamás existió contrato alguno entre actora y demandado, para que las fotografías de ella y de su hija, aparecieran publicitando la referida empresa. Que en la confesión judicial del demandado a fojas 103 en la pregunta número 12 que dice: "Diga si la compareciente le autorizó de manera verbal o escrita la utilización de mi imagen y la de mi hija para publicitar en Ecuador la marca ILVEM INTERNACIONAL", responde no, es decir nuevamente se vuelva a corroborar que tampoco existió ni siquiera una autorización verbal de la actora a favor del demandado para la utilización de las fotografías de ella y de su hija, promocionando a la empresa ILVEM INTER-NACIONAL. Que de las conclusiones de los exámenes psicológicos, realizados en la persona de la actora y de su hija menor de edad a fojas 83 a 86 de los autos, en las conclusiones, claramente se puede determinar que efectivamente la menor NN, se encuentra con efectos psicológicos negativos ya que observa a su madre en contante tensión, inestabilidad provocada por disputas legales; y, de igual manera en el examen realizado a la actora en las conclusiones se tiene que existen signos de angustia y sufrimiento psíquico en la evaluada. Por manera que de tales pruebas actuadas, de manera irrefutable se determina que el demandado ha ocasionado daño moral en la persona de la actora y de su hija menor de edad. **SÉPTIMO:** El demandado por su parte, no hace más que demostrar que efectivamente es el representante de ILVEM INTERNACIONAL en el Ecuador, conforme aparece del contrato a fojas 42 a 48 de los autos, con lo que se corrobora que no existe falta de personería del demandado. Adjunta a fojas 38 a 41 de los autos, un contrato celebrado entre el (Nicolás Fernando Ochoa) como LICENCIANTE; y, Cristian Javier López Mite, como LICENCIATARIO, documento con

el cual pretende justificar que por haberse celebrado el contrato en mención se encuentra libre de cualquier responsabilidad o daño moral que se la pueda haber causado a la actora como a su hija, sin embargo esta alegación no prospera, por cuanto del mismo contrato en la cláusula SÉPTIMO, se determina incluso que el LICENCIANTE...1. Autoriza el uso y comercialización de la marca IL-VEM..., es decir que no se puede pretender que con un su (sic) contrato se pueda dar uso en forma libre y arbitraria, situaciones que vayan en detrimento de la moral de las personas. La confesión de la actora a fojas 62 de los autos, en nada benefician a las pretensiones del demandado, y no hacen otra cosa que ratificar los fundamentos de hecho y derecho de su demanda. Las demás excepciones no ha sido probadas, razón suficiente para desecharlas. OCTAVO. El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto, no puede ser directa sino en base a presunciones judiciales que permitan inferir que existió el daño; al no poderse demostrar el sufrimiento humano, lo que se debe probar es que el demandado ha cometido un hecho ilícito que ha causado dicho sufrimiento. Así lo ha corroborado la ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Creo Nacional de Justicia (2008), dentro de la causa nro. 0983-2009, que en lo principal establece que: "(...) a) En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, como el patrimonial, (sic) sino solo puede ser inferido, el único medio de prueba disponible son las presunciones judiciales. En definitiva, de las circunstancias de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permitan inferirlas. Esta parece ser la situación probatoria típica del daño moral. Si alguien sufre la pérdida de sus piernas o su honra es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor físico o moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción... La jurisprudencia tiende a presumir la existencia del daño de acuerdo a máximas de la experiencia. En la materia, lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado. Un





antiguo fallo expresa esta idea con soberana simplicidad: "Una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia". Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal de aquellos que ordinariamente producen aflicción o deterioran el goce de la vida, para que se infiera el daño. Aunque alguna jurisprudencia señala que el daño moral no puede ser objeto de prueba ello resulta discutible, porque todo daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan resumirlo: De la quebradura de una pierna y del tiempo de hospitalización e inmovilidad o de la pérdida de un hijo se infiere por la experiencia un cierto daño moral. En otros casos, todo indica que deben ser identificadas las molestias serias sufridas (como ocurre, por ejemplo, con la publicación errónea de un protesto de un título de crédito). Algo semejante puede decirse respecto de los elementos de valoración del daño moral, porque para apreciarlos son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad. Las objeciones doctrinarias a esta manera de pensar adolecen de la dificultad de no entregar caminos alternativos razonablemente transitables". (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 332 a 335). En la doctrina nacional, el doctor Gil Barragán Romero, en su libro Elementos del Daño Moral, sobre el tema comenta "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar, el daño moral y su intensidad

pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa". Luego agrega "La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable" (ob. Cit. Guayaquil Edino, 1995, pág. 195-196) (...)". NOVENO. De conformidad con lo determinado en el art. 119 del Código Adjetivo Civil, inciso segundo, el juez no está en la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren decisivas para el fallo de la causa. Por lo expuesto y sin ser necesario más consideraciones legales, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES **DE LA REPÚBLICA**, se acepta la demanda y se ordena que el demandado Nicolás Fernando Ochoa Ochoa, pague inmediatamente a la actora Ana Buljubasich Murillo, la suma de veinte mil dólares, por concepto de daño moral. Con costas en trescientos dólares se regulan los honorarios del Abogado de la actora. Notifíquese.

f) Dr. Oscar Villacrés.

### SEGUNDA INSTANCIA

Juez ponente: Dr. Edison Suárez Merino

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA SEGUNDA DE LO CIVIL. Ambato, miércoles 13 de marzo del 2013, las 09h33.

**VISTOS:** ANA BULJUBASICH MURILLO, de nacionalidad argentina, con residencia legal en el

país, mayor de edad, de estado civil divorciada, comunicadora social, comparece por sus propios derechos y por los que representa de su hija menor de edad NN, conforme justifica con la partida de nacimiento de la menor que obra del proceso, y propone demanda de daño moral en



contra de NICOLÁS FERNANDO OCHOA OCHOA, por los derechos que representa en el Ecuador de ILVEM INTERNACIONAL, en calidad de representante de la misma, y manifiesta que desde hace más de dos décadas, ha laborado como comunicadora social en el Ecuador, en distintos medios: televisivos, radiodifusión, prensa escrita y otros. Durante todo este tiempo, ha procurado un proceder recto, honesto y apegado a la ética profesional, que le ha permitido mantener siempre en buenos términos sus relaciones laborales y profesionales, pues los compromisos que ha adquirido, los ha llevado a cabo con esmerado cuidado para poder fraguar, con mucho esfuerzo, lo más preciado para un profesional como es la reputación. Indica que es justamente el alto concepto en el que su reputación se concibe en el medio la que la ha permitido acceder a valiosas oportunidades de crecimiento profesional y personal. Con el paso del tiempo, ha construido una imagen, que en este caso es un concepto que abarca mucho más que la apariencia física: en el medio de la comunicación, la imagen es el conjunto de atributos, valores y cualidades con los que se identifica a una profesional; es la sumatoria de todos los aciertos y desaciertos en una trayectoria; es la percepción que tiene la audiencia y el público en general y consecuentemente, es la que determina su aceptación en este medio. Agrega que es fácil fijar una imagen, pero extremadamente difícil logar que esta sea positiva y así perdure en el tiempo; sin perjuicio de ellos, ha trabajado arduamente para no sólo crear una imagen real, honesta, sino también mantenerla así durante más de veinte años,. Al respecto le es grato poder constatar que sus esfuerzos durante tantos años no han sido en vano, pues las múltiples oportunidades que ha tenido para trabajar y servir a esta sociedad, confirman que ha realizado lo correcto. Con la experiencia ganada durante los años, ha podido colaborar en proyectos de trascendencia social, contribuyendo desde su área y apostando a la visión de personas comprometidas con el desarrollo y progreso de la sociedad. Es así que aceptó la propuesta para participar en una campaña de promoción para la introducción al mercado de la marca "Aletheia". La colaboración consistía que la toma de fotografías profesionales de la concurrente y de su hija, para un uso convenido con el entonces representante legal de Educando C. Ltda., autorizado en los siguientes términos: b 1. Las fotografías debían ser

tomadas por el fotógrafo profesional Joshua Degel; b. 2. Las fotografías eran para uso exclusivo de la marca "Aetheia"; b. 3. Esas fotografías eran para una campaña puntual, a realizarse ese año. En consecuencia, sin autorización expresa suya, como dueña de la imagen y sin autorización suya y de su esposo como representantes de su hija menor de edad y del fotógrafo, como autor y creador de las mismas, no podían, bajo ningún concepto, ser usadas tales fotografías en otros términos. Señala que aproximadamente a inicios del año 2007 tomaron la decisión de formalización la relación existente con la Compañía Educando. Ltda., en los términos convenidos, y respecto a la publicidad relacionada con las actividades que desempeña la Empresa, producto de ello, el rostro de la compareciente y el de su hija se encuentra en distintos puntos publicitarios de la marca "Aletheia", a nivel nacional, no solo en afiches sino también en folletos, panfletos y demás medios de prensa escrita, convirtiéndose en la imagen oficial de "Aletheia", consecuentemente durante estos últimos años se ha creado un nexo entre su imagen, la de su hija y la marca "Aletheia", más ocurre que ha constatado el uso no autorizado de unas fotografías de portafolio tomado en el 2005, empleadas por "ILVEM IN-TERNACIONAL", representada en el Ecuador por el señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa, y para publicitar la marca resulta que realiza en el Ecuador similar actividad que la compaña Educando Cía. Ltda.; y, en vista de ellos gracias a la irregularidad acontecida, existen simultáneamente fotografías de su hija menor de edad y suya, empleadas para fines publicitarios de IL-VEM INTERNACIONAL, y de la marca con la que contractualmente está obligada a representar, es decir "Aletheia", por lo que, su imagen y la de su hija se encuentran incluso en vayas (sic) publicitadas de grandes proporciones, sin que haya autorizado para ello, aclara que no se trata de una simple fotografía para lo cual no se pidió autorización, se trata del hecho que una empresa está lucrando gracias a la publicidad que le genera tener su imagen y de su hija menor de edad, sin consentimiento, autorización o consulta. Además del perjuicio que le causan, por ser que la imagen como profesional pasa a ser cuestionada, ya que en ese supuesto se estaría publicitando simultáneamente a dos reconocidas competidoras en esa actividad comercial, están beneficiándose y aprovechándose la imagen de una menor de





edad para promover negocio, sin autorización de sus padres como representantes legales. Lo realizado constituye una práctica poco ética e ilegal. El Código Civil ecuatoriano concede el derecho a todos los que sufran un perjuicio moral por actos que atenten contra su honra o reputación, para reclamar legalmente a quienes les causen sufrimientos psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, tal como consta del art. 2231 del citado Código, y el artículo 2232, y lo resuelto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo publicado en el Registro Oficial nro. 87 del 22 de mayo del 2003 debiendo tomarse en cuenta las estipulaciones constantes en el Código de Niñez y Adolescencia respecto del uso no autorizado de menores de edad. Art. 51 y 52. A fin de tener una perspectiva más clara de la magnitud de la violación y daño, erogado por IL-VEM INTERNACIONAL, acompaña las disposiciones consignadas en la Ley de Propiedad Intelectual, respecto de las fotografías, art. 19 y 20. Con estos antecedentes de hecho y de derecho demanda a NICOLÁS FERNANDO OCHOA OCHOA, por los derechos que representa en el Ecuador de la Compañía Ilvem Internacional, la correspondiente indemnización para que repare el daño moral que ha causado a la actora y a su hija, su reputación y buen nombre y por ende a la familia, en una cantidad no menor a los ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, debiendo sustanciarse la causa en juicio ordinario. Demanda que es aceptada por el señor Juez Primero de lo Civil de Tungurahua, mediante sentencia emitida el martes 20 de noviembre del 2012, a las 14h44, impugnada por el demandado a través del recurso de apelación, encontrándose legalmente radicada la competencia de este Tribunal, de conformidad con lo que determina el numeral 1 del art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, y previamente a resolver se hacen las siguientes consideraciones. **PRIMERA:** La causa se ha sustanciado en juicio ordinario conforme determinan los arts. 59, 395 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo válido el proceso al no existir motivos de nulidad. SEGUNDA: La competencia se encuentra debidamente radicada, en virtud de que la acción se encuentra formulada ante los jueces de la ciudad de Ambato, lugar del domicilio del demandado, y de acuerdo con los arts. 24 y 26 del Código de Procedimiento Civil. TERCERA:

El demandado citado legalmente comparece al juicio y contestando la demanda niega en forma total y expresa los fundamentos de hecho y de derecho, alega ilegitimidad de personería por cuanto no es la persona contra quien debió haberse incoado la demanda, acaso en el supuesto no consentido de que la actora tenga razón para ello, en ningún momento ha utilizado bajo ninguna forma o procedimiento la imagen de la actora; falta de objeto y causa lícita, esto por cuanto, para demandar se debe conocer la causa y materializar el objeto de la demanda, y de la simple lectura del libelo de demanda se desprende la faltas de objeto, causa real y suficiente para implantar la demanda, no se allana a los vicios de nulidad, falta de objeto y causa lícita, por lo que solicita que se rechace la demanda, quedando de esta manera trabada la litis, correspondiendo de acuerdo con los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba a las partes que alegaron los respectivos hechos. **CUARTA:** Convocándose a la audiencia de conciliación no ha sido posible acuerdo alguno, concediéndose el término probatorio, en el que la parte actora reproduce lo que de autos le fuere favorable, especialmente la demanda, la partida de nacimiento de la menor NN, el certificado conferido por Joshua Degel, profesional que realizó las fotografías y la exposición realizada en la junta de conciliación, solicita la exhibición del contrato o documentos suscrito por la accionante y el demandado para el uso de las fotografías, y que se oficie a la Compañía Educando C. Ltda. Para que se confiera copia certificada del contrato celebrado entre la accionante y "Aletheia"; agrega a los autos dos fotografías, diligencias ordenadas y no evacuadas. El demandado reproduce lo que de autos le favorezca, especialmente la contestación a la demanda, solicita absolución a la actora, la que evacuada en nada le favorece, solicita que se oficie a varias instituciones, encontrándose las certificaciones conferidas por SARIME ECUA-DOR, de la que aparece que la accionante no es afiliada ni socia de la sociedad de gestión colectiva, toda vez que su calidad es de presentadora y productora de programas de televisión y no de cantante o músico ejecutante; SAYCE, en la que se certifica que la actora no es socia en la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos; IEPI que determina no se encontrarse (sic) registrada ninguna obra a nombre de la señora Ana Juana Buljubasich Murillo, de la



SENESCYT de la que se determina que la actora no tiene registrado título alguno; de la Superintendencia de Compañía Registro de Sociedades, que certifica que EDUCANDO CÍA. LTDA., tiene como Gerente General del Ecuador, a OCHOA FALCONES OMAR ALEXANDER; del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, que certifica que la marca de servicio "Aletheia Internacional" más el logotipo a color se encuentra registrado, siendo el titular de la marca "Aletheia Internacional más logotipo a color los señores Kusnier Kohan Jaime Héctor y Satz Telebaum Clara Susana, inscrito en el IEPI. Obra de autos los informes psicológicos realizados por la Psicóloga Consuelo A. Flores C., perita nombrada y legalmente posesionada, cuyas conclusiones obran a fojas 84 y 87 del proceso. QUINTA: De acuerdo con el art. 105 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley, por consiguiente la representación en juicio de la menor de edad llamada NN, corresponde a sus padres, al no haber medio probatorio alguno que demuestre que la patria potestad corresponda particularmente a su madre, en consecuencia se ha ocasionado la falta de litis consorcio activa, lo cual produce, a su vez la falta de legitimación en la causa, o legitimatio ad causam, que de acuerdo con la doctrina es la vinculación que tienen las partes de un proceso concreto con la relación jurídica sustancial sobre la que recae, y habilita o vincula a una de ellas para asumir la posición de demandate y coloca a la otra en la necesidad de soportar la carga de ser demandado. Devis Echandía enseña: "La legitimación en la causa o legitimatio ad causam. Determina no solo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran determinadas personas (como litis consortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Es decir no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) cuando el demandante o el demandado no

tenían en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido en el proceso". (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso. Tomo I, p. 269-270. Dicho autor sostiene también que "... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en estas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demandada. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litis consorcio necesario". En el caso que nos ocupa la menor NN, por la falta de representación se encuentra impedida a formular la demanda, de lo que se desprende que la legitimación activa se encuentra incompleta, siendo imposible la sentencia de fondo. SEXTA: La indemnización reparatoria del daño moral, como todos los casos de culpa aquilina, tiene como fundamento un delito o cuasi delito, según sea que el agente haya obrado con dolo o con culpa, siendo necesario para configurarlas que ese acto injusto haya ocasionado un perjuicio, de lo que nace la obligación de reparar el daño causado; pero en la especie en estudio, de la prueba actuada, no aparece que el demandado haya realizado un acto injusto, y menos aún, que haya sido realizado con el específico propósito de causar una lesión en el honor y buen nombre de la actora como lo afirma. No son los sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, sensación de humillación u otros sentimientos negativos los que por sí mismos originan el deber indemnizatorio, sino la ilicitud en la acción o la omisión del agente, por lo tanto, si no se acredita la ilicitud en el actuar de una persona, no procede condenarle a que repare los daños patrimoniales o morales que pueda haber sufrido un tercero, conforme se desprende de la Gaceta Judicial Año CIV, serie 17 nro. 11, página 3405. SÉPTIMA: El art. 2232 del Código Civil, establece que "podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio y de la falta". En el inciso segundo, luego de señalar varios casos en los que





procede tal reparación, se refiere en su parte final, que también están obligados a la reparación "en general (quienes causaren) sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes"; pero en el último inciso se determina que la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado..." razón por la cual, debe existir la relación de causalidad, o sea que el daño moral debe ser el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, conforme se expresa en las páginas 180 vuelta y 181 del Libro de Jurisprudencia Ecuatoriana de Casación Civil, Dr. Galo Pico Mantilla. 2006. La actora, no ha demostrado conforme a derecho que la señora ANA BULJBASICH MURILLO y la señorita NN, son las personas que aparecen en las fotografías de fojas 3 del cuaderno de primera instancia, motivo por el cual la Sala se encuentra impedida para acreditar la ilicitud en el actuar del demandado, resultando improcedente la condena al pago del daño moral supuestamente ocasionado al haber hecho uso de sus imágenes, en consideración a que el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo dirigido a proteger la dimensión moral del ser humano. Uno de los derechos fundamentales que tenemos las personas es el derecho sobre nuestra imagen, es decir, respecto a la apariencia física. Es uno de los atributos de la personalidad, como el nombre. El derecho que tienen las personas sobre su imagen está contemplado en los "Derechos de Libertad" de la Constitución Política del Ecuador, específicamente el artículos 66, numeral 18 que expresa "la

ley protegerá la imagen y la voz de la persona", sin embargo es necesario puntualizar que esta es un área independiente de la propiedad intelectual, ya que la imagen de una persona no constituye una creación intelectual. Por excepción, la Ley de Propiedad Intelectual permite el registro de la imagen de una persona como marca, siempre que cumpla con la definición de marca, es decir que la imagen se utilizada para identificar un producto o servicio. También es importante distinguir a la imagen de una persona de un personaje ficticio, de cualquier obra, el cual si es una creación intelectual y le pertenece a su autor, pudiendo ser interpretado por diferentes personas. En conclusión, la Ley de Propiedad Intelectual regula las creaciones intelectuales, y la imagen de una persona no lo es. Por ello la necesidad imperiosa de una Ley de Derecho de Imagen en el país. Por tales consideraciones, y sin que fuere necesario hacer otras, este Tribunal "ADMINIS-TRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y en los términos manifestados revoca la sentencia venida en grado, desestimando la demanda por falta de legitimación activa en la causa y falta de prueba. Sin Costas. Agréguese a los autos el escrito presentado por el actor. Notifiquese.

f) Drs. Welington Gerardo Molina Jácome, Juez. Edison Suárez Merino, Juez. Marcelo Robayo, Conjuez.

#### ACLARACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA SEGUNDA DE LO CIVIL. Ambato, lunes 25 de marzo del 2013, las 10h56.

VISTOS: El escrito presentado agréguese al expediente; de fojas 23 de los autos, consta la presentación del escrito de la parte accionante abogado ALEX GEOVANY SALINAS PEÑALOZA, procurador judicial de la Sra. Ana Juana Buljubasich Murillo, en el cual solicita se amplíe la sentencia, de lo cual la Sala se pronuncia así: la petición ha sido presentada dentro del término legal que tenía para hacerlo; el art. 282 del Código de

Procedimiento Civil, dice: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura y la ampliación, cuando no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas". En la presente causa, la sentencia es amplia e inequívoca y se ha resuelto todos los puntos controvertidos, por no haber nada que ampliar la Sala Resuelve negar lo solicitado. **Hágase saber.** 

f) Drs. Welington Gerardo Molina Jácome, Juez. Edison Suárez Merino, Juez. Carlos Marcelo Robayo Campaña, Conjuez.



## CASACIÓN

Resolución nro. 62-2014

Daño moral Ana Buljubasich vs Nicolas Ochoa

Juez ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.** Quito, a 31 de marzo de 2014. Las 10h43.

VISTOS: Ana Buljubasich Murillo por sus propios derechos y por los que representa de su hija NN, menor de edad, interpone recurso de casación mediante escrito que corre de fojas 27 a 33 del cuaderno de segunda instancia, y por su negativa a fojas 35 a 37 interpone recurso de hecho en el que impugna la resolución dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, la cual revoca la sentencia dictada por el Juez Primero de lo Civil de Tungurahua y declara sin lugar a la demanda por falta de legitimación activa en la causa y falta de prueba, dentro del juicio ordinario por daño moral que sigue en contra de Nicolás Fernando Ochoa Ochoa en su calidad de representante legal de ILVEM INTERNACIONAL. Para resolver, se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETEN-

CIA. El Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integran han sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución nro. 004-2012 y posesionados por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero del 2012, según el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38, de 17 de julio de 2013 que sustituye a los artículos 183 y 186 del invocado Código y Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia nro. 03-2013 de 22 de julio de 2013; su competencia para conocer el recurso interpuesto se fundamente en lo dispuesto por los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. La Sala de Conjuezas y Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analizan el recurso y lo admiten a trámite, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación.

**SEGUNDO: NORMAS INFRINGIDAS.** La casacionista señala que las normas que se han infringido son los artículos 46, 66, 75 y 76 de

la Constitución de la República del Ecuador; 28, 300, 2232 del Código Civil; 19, 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 115, 273, 325 del Código de Procedimiento Civil; 52 del Código de la Niñez y Adolescencia; 41 de la Ley de Propiedad Intelectual. Fundamenta su recurso en las cinco causales de la Ley de Casación.

TERCERO. ARGUMENTOS MATERIA DE LA IMPUGNACIÓN. 3.1. La casacionista alega que existe falta de aplicación de los artículos 28 y 300 del Código Civil, lo cual ha sido determinante en su parte resolutiva. Es evidente que la Sala no ha aplicado en su sentencia las referidas normas, que expresa y claramente establecen que la representación legal de un menor de edad la ejercerán el padre o la madre bajo cuya patria potestad la ejerza. Es decir cualquiera de ellos indistintamente, no existiendo la necesidad u obligación legal de una representación conjunta de ambos padres, como en la sentencia recurrida afirma, que se necesita. Y cuando uno de ellos, el padre o la madre, comparecen a juicio en representación de su hijo, basta que tenga la patria potestad para que su participación en el proceso este legitimada. La falta de aplicación de las normas referidas deviene en consecuencia lógica, la indebida aplicación de las normas ha invocado la Sala para dizque fundamentar su sentencia, esto es, el artículo 105 del Código Civil o las normas de la Ley de Propiedad Intelectual invocadas en el numeral séptimo del fallo, que en nada son pertinentes ni aplicables a la causa. 3.2. Falta de aplicación de la norma procesal contenida en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial que provocó su indefensión e influyó en la decisión de la causa, el cual establece que no se exigirán prueba de los hechos públicos y notorios, tomando en cuenta que su imagen como presentadora de un programa de televisión durante muchos años, vuelve un hecho público y notorio su identidad, por lo tanto no podían los jueces de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua exigirle prueba de su identidad. Al hacerlo le provocaron indefensión. 3.3. Falta de aplicación del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, lo cual





provocó indefensión e influyó en la decisión de la causa. Indica la casacionista que en este proceso no apeló la compañía, ILVEM INTERNACIO-NAL sino que lo hizo el señor Fernando Ochoa Ochoa por sus propios y personales derechos, por lo tanto tal apelación no debió ser admitida provocándole indefensión. 3.4. Falta de aplicación en la sentencia de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que han llevado a la no aplicación de las normas de derecho contenidas en los artículos 2232 del Código Civil, 46 y 66 de la Constitución del Ecuador, 52 del Código de la Niñez y Adolescencia y 41 de la Ley de Propiedad Intelectual. La Sala no debió limitarse a citar las pruebas sino que debió estudiarlas, analizarlas y llegar así a una conclusión. Al no valorarse ninguna de las pruebas incurrieron los jueces en la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba lo que ha conllevado a la falta de aplicación del artículo 2232 del Código Civil. 3.5. En resolución dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua se trataron temas que no fueron materia del litigio. La supuesta falta de legitimación activa no fue materia de la litis ni en la contestación a la demanda, ni excepción, ni en la apelación, por lo tanto mal podría rechazarse la demanda por esta causa. La Sala no aplicó lo determinado en los artículos 28 y 300 del Código Civil, tal omisión le ha dejado en indefensión afectando los derechos contemplados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador. La sentencia materia de la impugnación es incongruente, ya que se incurrió claramente en un vicio extra petita. Por otro lado en la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, no contiene la motivación necesaria de conformidad con lo señalado por la Constitución y la ley. 3.6. Existe una evidente contradicción entre lo declarado en el considerando Quinto (supuesta falta de legitimación activa en la causa) y lo declarado en los considerandos Sexto y Séptimo de la sentencia. 3.7. La sentencia carece de los requisitos establecidos por la Ley, toda vez que no cuenta con la motivación necesaria conforme lo ordena la Constitución de la República del Ecuador.

**CUARTO: DELIBERACIONES ACERCA** DEL RECURSO DE CASACIÓN. 4.1. El recurso de casación como medio de impugnación extraordinario es el derecho de objeción del justiciable sobre la sentencia o auto finales, esto es de las que deciden el fondo del asunto, que pongan fin a los juicios de conocimiento (Art. 2 Ley de Casación). Su propósito restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (art. 76 C R E), resolución que asume el carácter de obligatoria en el proceso dictado, la que no solo tiene trascendencia para las partes procesales sino para la sociedad toda, y por los resultados significativos para la solución de otros litigios o casos análogos a presentarse en lo posterior, y que, inmerso en un Estado constitucional de derechos y justicia que cambia radicalmente la administración de justicia, la casación debe garantizar los derechos fundamentales de los justiciables. No obstante, la Corte Nacional al ser el Máximo Tribunal de Justicia Ordinaria en el control de legalidad, su rol es el de desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, garantizando la efectiva vigencia de todos los derechos y de todas las personas, acorde a la Constitución. 4.2. En la actualidad "En el Ecuador y en algunos países de América Latina se ha afincado el Neoconstitucionalismo y ha provocado un cambio cualitativo en el pensar y en el actuar jurídico: se ha construido otro marco jurídico-político dentro del cual tenemos que actuar, razonar y elaborar los juicios lógicos y axiológicos para desarrollar la actividad jurídica, con la calidez humana que debe primar en las relaciones de este tipo. Este nuevo marco está constituido por el denominado Neoconstitucionalismo y, específicamente para América Latina, por el Neoconstitucionalismo latinoamericano. Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: la Neoconstitucionalismo y, por tanto la organización del poder político como la del poder judicial y otros poderes e instituciones estatales, deben responder a esta nueva realidad". Se ha de tener en cuenta que en materia de casación la parte relativa con la fundamentación, se asimila a un ejercicio de comparación y contraste entre las normas que fueron empleadas como presupuestos de derecho en el fallo cuestionado que pronunció el Tribunal, y las que

<sup>1</sup> Cueva Luis Carrión, La Casación en Materia Civil, 2.a edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2011. Pág. 32.





quien recurre señala, debieron haberse empleado y, demostrar con claridad que, efectivamente, la normativa expresada por la casacionista es la idónea o apropiada para el juzgamiento del caso en cuestión. A decir de Humberto Murcia Ballén, quien recoge el criterio expuesto por Taboada Roca: "...son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida..."<sup>2</sup>

QUINTO: EXAMEN DEL CASO EN RELA-CIÓN A LA PRIMERA OBJECIÓN PRE-SENTADA. 5.1. La actora ha invocado la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, en tal virtud, conforme el orden lógico jurídico del estudio de las causales, ésta hace relación a la : "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiera influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente"; la que tiene lugar cuando la sentencia ha sido dictada sobre un proceso viciado de nulidad insanable o que ha provocado indefensión, conocida en doctrina como de error "in procedendo" y que es la única que permite analizar y apreciar si se ha producido alguna violación procesal que pudiere haber influido en la decisión de la causa. La nulidad es, en este hipotético, una sanción extremadamente grave que la ley ha reservado para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por falta en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que la misma ley, doctrina y jurisprudencia determinan que para acceder a la nulidad procesal se debe observar ciertos principios esenciales como especificidad, trascendencia, convalidación, protección y conservación; es decir, que la causa de nulidad esté manifiestamente establecida como tal en la norma jurídica y que dicho motivo hubiese

influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. Acorde el principio de especificidad existe nulidad procesal únicamente por las causales señaladas en la ley, y que: "Según la doctrina, acogida por nuestra jurisprudencia, para la nulidad procesal deben cumplirse las siguientes exigencias: a) vicio formal que quite eficacia al acto impugnado; b) interés jurídico e inculpabilidad; c) falta de convalidación, cuyos referentes pueden examinarse a la luz de los cinco principios cardinales: de especificidad, de convalidación, de trascendencia, de protección y de conservación (...) Sin embargo, como ya anotamos para que la omisión de esta notificación sea considerada como una causa de nulidad procesal deben certificarse el cumplimiento de los principios que rigen a las nulidades y determinar si procede o no el declararla, para lo cual hacemos las siguientes consideraciones: a) En cuanto a la primera exigencia referente a la especificidad, es decir, que la causa de nulidad está prevista en la ley, nuestro sistema legal establece los motivos para declarar la nulidad en el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, que concierne a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y en el artículo 1067 (1014) ibídem que se refiere a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que está juzgando..."3. Al respecto, el artículo 346 del Código Procesal Civil determina cuales son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias. Sobre las solemnidades que alega la parte accionante han sido omitidas en la presente causa, es necesario señalar que: "Las nulidades procesales son taxativas y de interpretación estricta y restrictiva, y fuera de las solemnidades sustanciales, comunes a todos los juicios e instancias, determinadas expresamente en el art. 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión de cualquiera de ellas, cuando influye o pueda influir en la decisión de la causa, ocasiona la nulidad del proceso, no existen otras que lo invaliden, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia a partir de la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie X nro. 15, pág. 4139"4.



<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Humberto Murcia Ballén, La Casación Civil, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 604.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Resolución nro. 472-2000, juicio nro. 263-97, Cumbicus vs. Salazar, R. O. 282 de 12 de febrero de 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Fallo de casación 104-96, publicada en el Registro Oficial 72, 26-V-97.



**5.2.** La casacionista argumenta que no se ha aplicado la norma procesal contenida en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, lo cual provocó indefensión e influyó en la decisión de la causa. El artículo 27 del referido cuerpo legal establece: "Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución". La verdad judicial se basa en que los hechos que se disputan "se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales"5. La verdad procesal son las pruebas aportadas en el proceso por las partes, solo se considera verdadero lo que consta<sup>6</sup> en el proceso, lo que se correlaciona con la valoración de la prueba. La valoración de la prueba corresponde a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo tanto el principio de la verdad procesal no es causa de nulidad de un proceso. Las causas de nulidad deben estar especificadas en el ordenamiento jurídico y deben tener tal transcendencia que haya causado indefensión. La indefensión se produce cuando alguna de las partes no ha podido ejercer su derecho a la defensa, por ejemplo cuando no se ha citado al demandado, o cuando no se ha notificado con alguna providencia a alguna de las partes, es decir es un estado procesal en que se han vulnerado sus derechos constitucionales y procesales. La casacionista indica que el Tribunal Ad quem no ha tomado en cuenta que la identidad de la actora, quien es una reconocida figura pública, es un hecho público y notorio, lo cual le ha causado indefensión, argumento que no es correcto, ya que el valorar las pruebas, incluidos los hechos notorios no causan indefensión, más bien corresponde a temas de valoración de la prueba y a la causal tercera como queda expuesto. Por lo tanto no existe falta de aplicación del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**5.3.** La recurrente señala que existe falta de aplicación del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, lo cual ha provocado indefensión y ha influido en la decisión de la causa. El artículo

325 del citado cuerpo legal establece que: "Pueden interponer el recurso de apelación las partes que han intervenido en el juicio, y los que tengan interés inmediato y directo en el pleito; como el comprador de una cosa raíz, cuando un tercero ha promovido pleito de propiedad al vendedor y ha obtenido sentencia favorable; o al contrario, si habiéndose seguido pleito con el comprador, se declaró en la sentencia que la cosa pertenecía al tercero que promovió el pleito, en cuyo caso puede apelar el vendedor que tuviere interés." Sin embargo, según la actora, quien apeló no fue el demandado ni el codemandado en la sentencia de primera instancia. No apeló la Compañía IL-VEM INTERNACIONAL, sino que lo ha hecho el señor Fernando Ochoa Ochoa, hecho no cierto, pues ha venido litigando por los derechos de la compañía que representa. (La legitimación en (sic) es uno de los presupuestos procesales para la validez de un proceso. "La Legitimación en la causa determina quienes están jurídicamente autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y quienes deben estar presente (sic) en el debate judicial sobre esas pretensiones, y, por lo tanto, si es no es posible pronunciar sentencia de fondo en ese proceso. Dicho de otra manera, sirve para conocer si quienes aparecen como partes en el proceso han actuado correctamente en él y si están presentes todos los que debían actuar; porque puede tratarse no de falta de legitimación en quienes obran como demandantes o demandados, sino de legitimación incompleta en aquellos o en estos, cuando dejaron de demandar o de ser demandados otras personas que necesariamente son sujetos activos o pasivos del interés en litigio (litis consorcios necesarios). En ambos casos la sentencia tiene que ser inhibitorio..."7

En el caso en resolución, y conforme consta a fojas 111, el señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa apela el fallo dictado en primera instancia, sin señalar que comparece por los derechos que representa en la compañía demandada, sin embargo y conforme consta a lo largo del proceso<sup>8</sup> éste ha comparecido en su calidad de representante legal

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Taruffo Michael, Teoría de la Prueba, Ara Editores, Lima-Perú, 2012,. Pág. 19

Ibídem. Pág. 273

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Echandía Devis, Estudios de Derecho Procesal, Tomo I, Editorial ABC, Bogotá-Colombia, 1979, Pág. 271.

<sup>8</sup> Véase contestación a la demanda, fojas 21; escrito de prueba a fojas 49.



de la Compañía ILVEM INTERNACIONAL, y como tal ha litigado, su interés en el proceso ha sido en su calidad de representante legal de la referida compañía, por lo que resulta impertinente la alegación de la casacionista, que el proceso es nulo por cuanto en el escrito de apelación y ratificación no se ha hecho constar que comparece por los derechos de la compañía que representa. Este tipo de alegaciones jamás deben ser consideradas en un estado constitucional de derechos, en que el objetivo fundamental es la efectiva vigencia de todos los derechos, de todas las personas y la aplicación de las garantías constitucionales de acuerdo a la Constitución<sup>9</sup>. El sistema procesal es un medio de realización de la justicia, por lo tanto no se sacrifica la justicia por la sola omisión de solemnidades (artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador)<sup>10</sup>. Con las razones expuestas, se rechaza la presente alegación por cuanto no existe falta de aplicación del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, tampoco se ha demostrado el estado de indefensión en que se ha dejado a la casacionista, por la concesión del recurso de apelación a la parte demandada.

SEXTO: SEGUNDA OBJECIÓN. 6.1. Siguiendo el orden lógico de las causales corresponde analizar la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación: "Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. La casacionista afirma que existe contradicción en la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* al afirmar que es imposible dar una sentencia de fondo, sin embargo en los considerando Sexto y Séptimo de la sentencia si se

ha tratado sobre temas de fondo. La motivación es uno de principios de la lógica jurídica y un mandato constitucional<sup>11</sup>, por lo que la motivación debe ser coherente utilizando las máximas de la experiencia. La congruencia significa que las afirmaciones guardan una correlación adecuada e inequívoca a las conclusiones a las que se llega. Por lo tanto ningún enunciado puede ser verdadero o falso a la vez<sup>12</sup>. En el considerando Sexto de la sentencia que se recurre, se concluye que el demandado no ha realizado un acto injusto. En el considerando Séptimo se señala que: "La actora, no ha demostrado conforme a derecho que la señora ANA BULJUBASICH MURILLO y la señorita NN (sic), son las que aparece en las fotografías de fojas 3 del cuaderno de primera instancia..."

En la parte resolutiva se revoca la sentencia de primera instancia por falta de legitimación activa en la causa y falta de prueba. La ilegitimidad de personería es un presupuesto procesal para determinar la validez de un proceso mientras que el rechazo de una demanda por falta de prueba se debe a un análisis y tasación de las pruebas aportadas en un proceso, sin embargo no se observa que exista contradicción entre lo uno y otro; diferente sería por ejemplo si en uno de los Considerandos se analiza sobre la falta de legitimación en la causa y a pesar de eso se acepta la demanda. Para que exista concordancia en una sentencia se debe analizar el contexto de la sentencia, es decir tanto la parte considerativa como la parte dispositiva. "Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma."13. Una sentencia es contradictoria cuando existen

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Artículo 297 del Código de Procedimiento Civil.



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: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (Constitución de la República del Ecuador).

Art. 4 Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir menoscabar o inobservar su contenido. (Código Orgánico de la Función Judicial). Art. 5. Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. (Código Orgánico de la Función Judicial).

Art. 76. En todo proceso en el que determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: 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 servidores o servidores responsables serán sancionados.

<sup>12 ~ (</sup>P.~P)



conclusiones antagónicas<sup>14</sup>. En el caso en concreto no se evidencia que exista una contradicción entre el considerando Quito, que trata justamente sobre la legitimación activa de la causa y los considerandos Sexto y Séptimo con la parte resolutiva de la sentencia. Es necesario aclarar que este Tribunal de Casación solo analiza bajo esta causal si en verdad existe contradicción, sin realizar ningún otro tipo de examen, sino más bien obedece este análisis a una operación intelectual lógica.

**6.2.** La parte actora señala que se ha dictado una sentencia sobre temas que jamás fueron parte de la controversia. Sin embargo, la correcta delimitación de la controversia es indispensable. Existe tanto un deber de congruencia así como el derecho a la tutela efectiva, por lo tanto la sentencia no debe pronunciarse sobre asuntos que no fueron materia de la controversia tampoco puede dejar de pronunciarse sobre asunto que estuvieron dentro del límite objetivo de la *litis*<sup>15</sup>. De ahí que esta alegación no es válida por la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación sino más bien alegarla por la causal cuarta, la cual establece: "4.ª Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y," "La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye *ultra petita* cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre los puntos que han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita. Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Por lo tanto, para determinar si existe uno de éstos vicios, el tribunal, deberá realizar la comparación entre el petitium de la demanda, las excepciones y reconvenciones presentadas y lo resuelto en la sentencia." Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, nro. 3. Página 884. (Quito, 25 de enero de 2007). Finalmente, es necesario indicar que así este Tribunal supliera la errónea identificación de la causal invocada por la actora, no existen elementos suficientes para casar la sentencia bajo esta alegación y causal, ya que lo que se limita en indicar la actora es: "...Al haberse aplicado normas que no son pertinentes a la litis, pues la Sala ha procedido a dictar su fallo sobre temas que jamás fueron parte de la controversia (no fueron objeto de la demanda y no estaban entre las excepciones del demandado)..." Lo que no otorga al Tribunal de Casación ningún elemento para analizar y confrontar la sentencia con la *mutatio libelli*. Por las consideraciones expuestas se rechaza el cargo formulado.

SÉPTIMO. TERCERA OBJECIÓN: 7.1. Continuando el orden la lógica jurídica corresponde analizar la causal cuarta, la cual procede cuando en la: "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis"; y, en líneas anteriores hemos explicado que el principio de congruencia es aquel en que las pretensiones de la demanda o en la contestación a la demanda guardan correlación con lo resuelto en la sentencia. Sin embargo puede suceder que el juez otorgue más allá de lo solicitado, "no se puede condenar al demandado por cantidad superior a la demandada, ni por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta y si el fallo lo hace será extra-petita"16. El sistema procesal es un medio de realización de justicia. Los jueces en sus sentencias no pueden pronunciarse de manera distinta a la solicitada ni dejar de hacerlo respecto a las cuestiones que integren el proceso (contestación a la demanda, excepciones) sino estaríamos frente a los vicios citra, extra y ultra petita.

7.2. La casacionista indica que de la mera revisión se puede constatar que ni en la contestación a la demanda, ni en las excepciones, ni en la apelación, no fue materia la supuesta falta de legitimación activa. Por lo tanto, mal podía la Sala rechazar la demanda por esta causa. El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece que: "Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 3. Legitimidad de personería". "Estar legitimado en la causa significa

Resolución nro. 558-99; juicio nro. 63-99 publicado en el R. O. nro. 348 de diciembre 28 de 1999, págs. 363-370; juicios n.os 053-2004 publicado en el R.O. nro. 342 de 25 de agosto de 2006; 231-2005 publicado en el R.O. S. nro. 324 de 25 de abril de 2008; R. O. S. nro. 325 de 28 de abril de 2008.

<sup>15</sup> La mutatio libelli

<sup>16</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil, Parte General. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta edición. 1996.



tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda". Por otro lado, la legitimación en el proceso "se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal"17. La ilegitimidad de personería se produce cuando actúa quien no tiene poder para hacerlo o cuando existe incapacidad legal. En el caso en resolución el Tribunal Ad quem ha realizado un análisis de la legitimidad activa en la causa. La legitimidad activa es aquella que "corresponde al demandante y a las personas que posteriormente intervengan "18. En la sentencia que se recurre se señala que: "En el caso que nos ocupa la menor NN, por la falta de representación se encuentra impedida de formular la demanda, de lo que se desprende que la legitimación activa se encuentra incompleta, siendo imposible la sentencia de fondo" Recordemos que "La legitimación en la causa no es requisito de la sentencia favorable, entendiendo por tal la que se resulte en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de la sentencia favorable o desfavorable"19.

El análisis realizado por el Tribunal Ad quem sobre la legitimación en la causa era necesario para determinar el derecho de quien comparece al proceso al tratarse de una menor de edad, sin embargo de lo expuesto, en líneas posteriores razonaremos nuevamente si efectivamente existía o no legitimación activa en la causa, ya que bajo esta alegación lo único que se analiza es si existe o no el vicio *extrapetita*<sup>20</sup> alegada por la parte actora. Por consiguiente no se han violentado los artículos 19, 27, y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, ni del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco existe falta de aplicación de los artículos 28 y 300 del Código Civil. Menester es también indicar que la motivación a la que hace alusión la parte actora no debe ser alegada por esta causal. La motivación es un

principio constitucional ante todo, y un requisito de las sentencias<sup>21</sup>, siendo el deber de los jueces el de motivar sus decisiones, sin embargo si este Tribunal aceptará el análisis de la falta de motivación (la causal correcta es la quinta) por la causal que corresponde, la casacionista no brinda los elementos suficientes para determinar si existe o no falta de motivación de la sentencia que se recurre, ya que se limita a definir la motivación<sup>22</sup>. En esta virtud, no procede el cargo formulado.

OCTAVO. CUARTA ALEGACIÓN: 8.1. Continuando el orden de la lógica jurídica corresponde analizar la causal tercera alegada por la casacionista, la cual procede por: "Aplicación indebida falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". Esta causal, conocida doctrinariamente como de afectación directa de norma procedimental y que, como consecuencia de tal infracción lesiona, igualmente, aunque de manera indirecta norma de derecho de orden sustancial o material; de tal manera que, en la proporción de esta causal acuden dos violaciones continuas, a saber: a. Transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); **b**. Afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por consiguiente, al demandar por esta causal incumbe a la parte recurrente establecer lo que sigue: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Que normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Véase página 12 del recurso de casación.



<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires- Argentina, pág. 257.

<sup>18</sup> Ibídem, pág. 261

<sup>19</sup> Ibídem, pág. 255

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>Este vicio se produce cuando se resuelve sobre puntos que no fueron materia de la litis.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> 5.a Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. Artículo 3 de la Ley de Casación.



y demostrar, como la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación.

8.2. La casacionista alega que existe falta de aplicación en la sentencia de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que han llevado a la no aplicación de las normas de derecho contenidas en los artículos 2232 del Código Civil, 46 y 66 de la Constitución del Ecuador, 52 del Código de la Niñez y 41 de la Ley de Propiedad Intelectual. El artículo 15 del Código de Procedimiento Civil dispone: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la exigencia o validez de ciertos casos". Esta disposición legal contiene dos obligaciones para los juzgadores, la primera de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y la segunda, la de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas actuadas dentro del proceso. Tal norma evidentemente se refiere al método de valoración probatoria, cuya infracción procede acusarla con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. A continuación la casacionista señala que al no valorarse la prueba en su conjunto el Tribunal Ad quem ha llegado a la conclusión que: "La actora no ha demostrado conforme a derecho que la señora ANA BULJUBASICH MURILLO y la señorita NN (sic), son las personas que aparecen en las fotografías de fojas 3 del cuaderno de primera instancia, motivo por el cual la Sala se encuentra impedida para acreditar la ilicitud en el actuar del demandado..." Afirmación del Tribunal Ad quem, que llama la atención a este Tribunal de Casación, por cuanto los hechos notorios no deben ser probados, como se anotará por la trayectoria y círculo social de la demandante es conocida en la sociedad ecuatoriana, el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su parte pertinente, establece que: "No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios". Los hechos notorios no se prueban

por economía procesal. "Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y arte consista, como se ha dicho, en "ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe" (...) La conclusión a que debe llegar, luego de cuanto queda expuesto, es la de que pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión"<sup>23</sup>

En este caso en particular, es un hecho notorio y público que, la actora por su trayectoria en la televisión ecuatoriana, por varios años, es la persona que aparece en las fotografías que consta a fojas 3 del proceso, es un hecho que se encuentra naturalmente en el conocimiento y en la cultura de la sociedad ecuatoriana, por lo tanto es ilógica, absurda la valoración de la prueba a la que ha llegado la Sala de lo Civil y Mercantil de la provincia de Tungurahua, al señalar que la accionante no ha demostrado conforme a derecho ser la persona que aparece en las fotografías con su hija. "Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tiene mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo (sic) de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraríe las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación si tendría atribución para corregirla". Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 13. Página 4110. (Quito, 2 de mayo de 2003). Se concluye que efectivamente existe transgresión al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la valoración de la prueba, que si bien es cierto esta debe ser de acuerdo a las reglas de la sana crítica, está sana

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Couture Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de f, 2009, Buenos Aires-Argentina, pág. 193.





crítica debe estar enmarcada en la racionalidad del juez, en sus máximas de experiencia.

En el artículo 11.3 de la Constitución de la República del Ecuador prevalecen los principios de exigibilidad y justiciabilidad, en que, para su segura eficacia, el asambleísta precisa que, en caso de ser desconocidos o transgredidos los derechos constitucionales, corresponde al servidor público emplear vertical e inminentemente los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aún de oficio, sin que tenga que requerir condiciones o exigencias que no estén determinadas en ella. Tampoco para no aplicarla o negar su reconocimiento no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento para desechar la acción por estos hechos. De ahí que, la aplicabilidad y cumplimiento de los derechos y garantías que la autoridad imbuida de potestad pública debe aplicarlo de oficio o a petición de parte, como implícitamente lo confirma el artículo 426 de la Constitución. Por lo tanto se vuelve procedente el cargo formulado por la casacionista, y de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación se procede a casar la sentencia y expedir la siguiente.

## **NOVENO: SENTENCIA DE MÉRITO: 9.1.**

Comparece Ana Juana Buljubasich Murillo por sus propios y personales derechos y por lo que representa de su hija NN y demanda al señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa en su calidad de representante legal de ILVEM INTERNACIO-NAL. Manifiesta que hace más de dos décadas, ha laborado como comunicadora social en el Ecuador en distintos medios de comunicación. Debido a su reputación se le ha permitido acceder a valiosas oportunidades de crecimiento profesional y personal. Con el paso del tiempo ha construido una imagen. Con la experiencia ganada durante los años, ha podido colaborar en diferentes proyectos. Es así que aceptó la propuesta para participar en una campaña promocional para la introducción en el mercado de la marca "Aletheia". La colaboración consistía en que se tomen unas fotografías profesionales de su hija Ana Paula y de ella, para un uso convenido con el entonces representante legal de Educando C. Ltda., autorizado en los siguientes términos: **b. 1.** Las fotografías debían ser tomadas por el fotógrafo profesional Joshua Degel; b. 2. Las fotografías era para uso exclusivo de la marca Aletheia; **b. 3.** Estas fotografías eran para una

campaña puntual, a realizarse ese año. Por lo tanto no podría ser autorizadas bajo ningún concepto ser usadas tales fotografías en otros términos. Aproximadamente a inicios del 2007 tomaron la decisión de formalizar la relación existente con la compañía Educando C. Ltda. En virtud de tal acuerdo, se comprometió a seguir prestando su imagen y la de su hija para publicitar la marca "Aletheia". Más ocurre, que se ha constatado el uso no autorizado de unas fotografías de portafolio tomado en 2005, empleadas por ILVEM IN-TERNACIONAL, representada en el Ecuador por el señor Nicolás Fernando Ochoa Ochoa, para publicitar esta marca, fotografías que no han sido autorizadas para promocionar esta marca. Con los fundamentos de hecho y de derecho demanda a Nicolás Fernando Ochoa Ochoa por los derechos que representa en el Ecuador de la Compañía ILVEM INTERNACIONAL de indemnización para que repare el daño moral causado a su hija, a la compareciente, a su reputación y buen nombre y por ende su familia, la misma que estima no menor a la suma de ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América, costas judiciales en los que se deberán incluir los honorarios de sus defensores. Citado el demandado comparece a juicio fojas 22 y 23, contesta a la demanda y opone excepciones. Se ha llevado a cabo la junta de conciliación sin que se llegue a un acuerdo entre las partes. Se ha abierto la causa a prueba.

9.2. En el desarrollo de la causa se han observado las solemnidades sustanciales inherentes a esta clase de acciones, por lo que se declara válida, careciendo de sustento legal alguno la excepción a este respecto alegada y de ninguna manera aprobada; y, este Tribunal goza de jurisdicción y competencia acorde lo expuesto en el considerando Primero de esta resolución. De igual forma, es inadmisible y deviene sin apoyo legal alguno la excepción de ilegitimidad de personería del accionado, como señalamos la ilegitimidad de personería ocurre cuando actúa quien no tiene poder para hacerlo o cuando existe incapacidad legal (art. 1462 Código Civil). La legitimidad de personería se refiere a la capacidad legal para comparecer a un proceso y la ilegitimidad de personería se produce cuando: 1) Comparece quien no es capaz de hacerlo; 2) El que afirma ser representante legal y no lo es; 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder; 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro sin poder





pero con oferta de ratificación<sup>24</sup>. Los fundamentos de hecho que se esgrimen trastocan la calidad en que litiga. Nicolás Fernando Ochoa Ochoa acude a juicio en representación legal de la Compañía demandada ILVEM INTERNACIONAL. La alegación de falta de objeto y causa lícita es la relacionada a la inexistencia de relación jurídica válida para proponer o plantear una pretensión ante el juez y no ser ciertos los hechos por ser falsos. Es en definitiva parecida a la de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho, y que exactamente como se examinará, por haber utilizado las imágenes de la actora y su hija sin autorización, la accionante ejecuta esta acción que le concede la ley.

9.3. El daño moral, consagrado en nuestra legislación tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario del daño (artículo 2231 del Código Civil) de quien sufre un agravio por alguno de los eventos que se determinan en los artículos 2214, 2232 y 2234 del Código Sustantivo Civil, reparación o indemnización que corresponde hacerlo a quien lo ocasionó<sup>25</sup>. Por consiguiente, el juzgador al dictar su fallo debe tener en cuenta las circunstancias reales en las que se desenvuelve la declaración de la voluntad. Entonces si podemos afirmar, que en el daño moral existen dos condiciones, a saber: a. La declaración de que existe el daño y, b. La reparación. Reparar viene del latín "repare" que significa componer, enderezar, o enmendar el menoscabo que ha padecido una persona o cosa. En el caso concreto que nos ocupa, la compañía accionada

sin la debida autorización ha utilizado la imagen de la reclamante y su hija, ante lo cual el juez para cuantificar el monto del daño debe considerar los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de las partes y las demás circunstancias del caso.

Entonces diremos que daño Moral (sic) es aquella: "Lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable dolosa de otra. Estrago que algún acontecimiento o doctrina acusa en los ideales y costumbres de un pueblo, clase o institución"26. René Abeliuk Manasevich, define: "daño moral es el que afecta los atributos o facultades morales espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc... es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo... El daño moral puede presentarse de distintas formas: unido a un daño material, o como único daño, como un daño puro más típicamente aún, el daño moral que produce consecuencias pecuniarias, como el descrédito que se hace de una persona y la perjudica en sus negocios"27.

En la presente litis, y la prueba aportada por las partes consta, partida de nacimiento de la hija de la actora, certificado de Joshua Degel, fotógrafo

<sup>&</sup>quot;... La ilegitimidad de personería; de ellas, la última es de interés del recurrente. La misma doctrina enseña que la legitimación, en general, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso, de donde se infiere que la legitimidad de personería es una calidad del sujeto jurídico, que determina que éste pueda actuar en un proceso por tener capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer a juicio, así como también la de representación legal y suficiente para litigar. Legalmente, se considera que hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio: a) quien por sí solo no tiene capacidad para hacerlo; "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra", según lo previsto en el artículo 1461, inciso final de la Codificación actual del Código Civil; b) quien afirma ser representante legal y no lo es; el artículo 570 del Código Civil establece quiénes representan a las personas jurídicas; c) el que afirma ser procurador y no tiene poder, situación prevista en el artículo 38 del Código Adjetivo Civil; d) el procurador cuyo poder es insuficiente; y, e) quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido su aprobación, en el evento de que haya comparecido ofreciendo poder o ratificación." Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, nro. 2. Página 710.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Kurt Madlener sobre la reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal, dijo en una conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de México, en 1988, lo siguiente: "El origen del Derecho Penal se basa en la venganza privada de la víctima o de su familia tal como lo conocemos, por ejemplo en el derecho Germánico, aún en los primeros siglos después de Jesucristo. Está. Al lado de la venganza se establece el sistema de las compensaciones. Por este sistema se sustituye la venganza por una prestación en dinero o bienes negociada entre el ofendido y el delincuente o las familias respectivas. Está claro que en esta época la figura central es la víctima: la venganza y la prestación negociada deben compensar lo que ella ha sufrido como individuo y como parte de la familia a que pertenece".

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Cabanellas Guillermo, Tomo III, Editorial Heliasta, pág. 7, Buenos Aires, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Las Obligaciones, Ediar Editores Ltda. Págs. 187-188. Chile 1983.



contratado para la marca Aletheia, obra copia certificada del contrato celebrado con la compañía Educando Cía. Ltda., consta copias certificadas de las fotografías en que se aprecia la imagen de la actora con su hija, confesión judicial del demandado de fojas 102 y 103, que beneficia los intereses de la demandante con lo que reconoce al contestar las preguntas números 11 y 12 de acuerdo el texto de la preguntas, nunca haber suscrito con la actora contrato para publicitar la marca ILVEM INTERNACIONAL en Ecuador; y que no le autorizó la demandante de manera verbal o escrita la utilización de su imagen y la de su hija NN para publicitar en Ecuador la marca ILVEM INTER-NACIONAL. La confesión judicial rendida por la accionante a fojas 61 y 62, no aporta elementos que desvirtúen los fundamentos de la demanda. Constan los correspondientes exámenes psicológicos. El demandado por su parte adjunta a fojas 38 a 48 del proceso contrato de licencia para explotación comercial de productos y servicios celebrados entre Nicolás Fernando Ochoa y Cristian Javier López Mite. A fojas 67, 68, 76, 90 y 94, se contesta a los oficios por parte del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y Superintendencia de Compañías.

**9.4.** De lo expuesto se desprende que efectivamente ha existido uso indebido de la imagen de la actora y de su hija, sin que se haya justificado por parte del demandado ningún contrato que autorice la imagen de la señora Ana Juana Buljubasich Murillo y de su hija menor de edad NN, al no existir la autorización por parte de ILVEM INTERNACIONAL, para que se publicite esta marca en nuestro país, evidentemente que al efectuar esta compañía similar actividad a la Compañía Educando Cía. Ltda., que es la que legalmente ha sido autorizado, por esta anomalía, al concurrir o existir paralelamente fotografías de la actora y de su hija menor de edad para los fines publicitarios de las dos compañías se lleva al consumidor al pensamiento confuso o equívoco y se pone en juego la imagen y reputación de quienes ejercen esta actividad, lo que atenta al prestigio y buen nombre de sus personas. Cuando empresa o compañías distintas en su actividad comercial

ofertan un mismo producto, al publicitarse simultáneamente el producto con la misma imagen, el perjuicio es evidente, se afecta la posibilidad de trabajo de la persona, pues se disminuye la capacidad para el trabajo, al causar lesión a la imagen resta el nivel de trabajo por ende se menoscaba el goce de sus derechos y de lo que en la vida lo adquirió, todo ello ocasiona daño moral que debe ser indemnizado. Si bien es cierto en la demanda se pide que se condene al pago de ciento cincuenta mil dólares al demandado por los daños morales ocasionados por la utilización de la imagen de la demandante y su hija sin autorización, no es menos verdad que también es necesario evaluar su situación económica, pues mediante una acción de daño moral no se puede pretender enriquecer a la accionante y arruinar económicamente a la otra parte, no obstante tratarse de una compañía que se entiende goza de solvencia económica. La indemnización reparatoria en los procesos por daño moral no puede efectuarse de forma antojadiza o por misericordia del juzgador, sino que debe estar contemplado dentro del ordenamiento jurídico, por tanto el juez ha de buscar una cuantificación que sea justa para la economía de ambas partes en aplicación del principio de proporcionalidad que establece la Constitución de la República<sup>28</sup>. Siendo importante anotar el criterio de Ignacio Villaverde en su libro El principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, página 182, de que, "En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudirse al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco"29, autor que además señala "A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o del medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del



Art. 76.6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

VILLAVERDE Ignacio y otros, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Editado por Miguel Carbonell, Imprenta V&M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador, 2008, página 182.



derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder Público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere en su aplicación su contenido esencial"30. En esta virtud, para el resarcimiento pecuniario por el daño moral causado a la accionante y su hija, en sujeción estricta a la prudencia que faculta al operador de justicia para la determinación del valor de la indemnización, atentas las circunstancias previstas en el artículo 2232 del Código Civil y artículo 162 del Código Adjetivo Civil en su última parte "...pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva", y en aplicación del criterio judicial de equidad que establece el artículo 1009 del Código de Procedimiento Civil, no se condena a la cantidad de ciento cincuenta mil dólares solicitada por la demandante sino la que se determina en esta resolución, pues, "Deberá atender indudablemente a la situación económica de quien le corresponde pagar la indemnización porque sería inmoral e ilegal que, a pretexto de reparar un daño moral, se afecte tan seriamente el patrimonio de una persona hasta el extremo de desencadenar su quiebra ya que ésa podría ocasionar a su vez, otro daño moral. Igualmente, tendrá en cuenta la situación económica del agraviado, porque, obviamente, tampoco puede ser éste un medio de enriquecimiento"<sup>31</sup>.

**9.5.** Es necesario señalar respecto a la legitimación en la causa de la hija de la actora, NN tiene efectivamente derecho a demandar y a que sea restituido su derecho, al haberse utilizado su imagen sin la debida autorización<sup>32</sup>. En realidad el Tribunal Ad quem confunde el concepto de legitimación en la causa, por cuanto el derecho de la hija de la actora es plenamente válido, conforme se señaló

es diferente la falta de representación (legitimación en el proceso) con la titularidad o no de un derecho (legitimación en la causa). La legitimación en el proceso, en este caso, ha sido ejercida por la madre a nombre de su hija NN, quien a su vez ha otorgado Procuración Judicial, por sus propios derechos y en su calidad de representante legal de su hija. Por lo tanto la legitimación en el proceso ha sido la correcta y de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, en tratándose de los hijos menores de edad, la patria potestad la pueden ejercer el padre o la madre, indistintamente quien lo ejerza, la ley no exige la representación conjunta de ambos progenitores.

Demostrado que ciertamente ha existo daño moral como bien lo explica el juez de primer nivel, y sin ser necesario el estudio de la causal primera, al haberse aceptado el cargo por la causal tercera. Este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINIS-TRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", CASA la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Tungurahua, el 13 de marzo de 2013 y se ordena al demandado Nicolás Fernando Ochoa Ochoa, pague a favor de Ana Juana Buljubasich Murillo y de NN, la cantidad de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América. Con costas. En trescientos dólares de los Estados Unidos de América se fijan los honorarios profesionales. Notifíquese y devuélvanse, para los fines de ley.

f) Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional. Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional. Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

<sup>30</sup> Ob. Cit. Pág. 182.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> SOLEDISPA Toro Magli, La injuria en la Legislación Ecuatoriana, Impreso por MARVING, 1990, Quito Ecuador. Pág. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Art- 52. Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe: Aún en los casos permitidos por la ley, no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien sólo la dará si no lesiona los derechos de su representado. (Código de la Niñez y la Adolescencia).



## V

## Resolución nro. 65-2014 Juicio nro. 51-2012-MB

Juicio ordinario que por daño moral sigue Luis Alberto Castillo Loayza en contra de María Deifilia Orellana Yaguachi

## SÍNTESIS

El señor Luis Alberto Castillo Loaiza, presenta documentos de los que se conoce que la Licenciada María Deifillia Orellana Yaguachi dedujo ante la Dirección Provincial de Educación de Loja, una denuncia en su contra por supuesto cometimiento de un delito sexual en contra de su hija la señorita NN. Que tanto la denunciante como él, son docentes del Colegio Nacional Eloy Alfaro de la ciudad de Cariamanga y aparte de ello el compareciente se desempeña como Concejal del cantón Calvas. Con motivo de dicha denuncia se me instauró un sumario administrativo, en el que, al no existir pruebas que ameriten imponer ningún tipo de sanción, se dispuso el ARCHIVO del proceso. La señora Orellana Yaguachi también presentó una denuncia por el mismo hecho en la Fiscalía de Calvas, la cual fue desestima por el juez de la causa por no existir méritos que configuren el cometimiento del delito. El actor manifiesta que las acciones realizadas por la señora Orellana han causado un deterioro moral irreparable con influencias insospechadas que han empañado el desempeño profesional personal causándome daños morales y espirituales de gran proporción, perturbando su tranquilidad emocional y el de su familia pues es una persona casada y con dos hijas, en consecuencia demanda en la vía ordinaria a la señora Licenciada María Deifilia Orellana Yaquachi, para que mediante sentencia se la condene a indemnizar al compareciente con la suma de doscientos mil dólares, por concepto del daño moral ocasionado, más las costas procesales y los honorarios de sus abogados defensores. La demandada comparece y niega los fundamentos de la demanda y reconviene al pago de un millón de dólares a título de reparación por los daños morales provocados con ocasión del abuso sexual practicado por el actor en contra de su hija NN. El juez de primera instancia, desecha la excepción y la reconvención y admite la demanda disponiendo que la licenciada Orellana Yaquachi, paque al señor Lcdo. Luis Alberto Castillo Loaiza la cantidad de cinco mil dólares por concepto de daño moral por el ilícito perpetrado. Las dos partes apelan del fallo, que sube a la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Esta Sala, una vez que ha mencionado el entorno personal del actor y demandada, las circunstancias en que fueron proferidas las expresiones de la demandada y la grave acusación al actor de haber perpetrado un delito sexual, acepta parcialmente la apelación del actor y desestimando la de la demandad se confirma en lo principal la sentencia que vino en grado reformándose el valor de la indemnización económica a ocho mil dólares, que deberá pagar la demandada al actor. La demandada interpone recurso de Casación ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, impugnando la sentencia emitida por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, fundamentándose en la causal primera del artículo tres de la Ley de Casación, la recurrente acusa a la sentencia de indebida aplicación de artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios. En su análisis el Tribunal de Casación motiva su sentencia, entre otros argumentos, con los siguientes: El Art. 17 del Código de la Niñez y Adolescencia impone el deber jurídico de denunciar toda violación de un derecho del niño,





niña o adolescente cuando por cualquier medio se tenga conocimiento de tal vulneración. La madre de la menor, por información de su hija, dada a varios meses de la ocurrencia de los hechos de los cuales asevera haber sido víctima, acude en forma inmediata ante el Rector del Colegio, presenta su denuncia en la fiscalía, sin lograr se incoe un proceso penal, pero sí un sumario administrativo que seguramente provocó un sufrimiento moral al sumariado, pero aquello no convierte a la acción de la madre, en una acción ilícita ni culpable, sabiéndose además, que en materia penal, la sola declaración de la víctima de un delito sexual como el atentado al pudor que no deja huellas físicas, puede constituir prueba suficiente de la ocurrencia. El Tribunal de Casación, CASA la sentencia y en su lugar dicta sentencia de mérito con la motivación pertinente y declara sin lugar la demanda y sin lugar la reconvención, por falta de prueba.

## PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO NOVENO DE LO CIVIL DE LOJA. Cariamanga, veintisiete de abril del dos mil diez, a las 8h20.

VISTOS: El señor Luis Alberto Castillo Loaiza manifiesta a este Juzgado en el escrito de fojas 61, 62 y 63 del proceso, que de los documentos que adjunta en 58 fojas certificadas, se conoce que con fecha 4 de noviembre de 2008, la señora Licenciada María Deifilia Orellana Yaguachi, dedujo ante la Dirección Provincial de Educación de Loja, una denuncia en su contra por supuesto cometimiento de un delito sexual en contra de su hija, la señorita NN. Que en dicha acusación la denunciante manifiesta con toda malicia que el compareciente, después de drogar a su hija, ha procedido a cometer contra ella un delito sexual, sin especificar qué tipo de delito es el que supuestamente ha cometido. Que tanto la denunciante como el demandante son docentes del Colegio Nacional Eloy Alfaro de la ciudad de Cariamanga, y que aparte de ello el compareciente se desempeña como Concejal del cantón Calvas. Que la denuncia a la que hace referencia motivó que la Comisión de Defensa Profesional de la Dirección Provincial de Educación de Loja, ordene que se instaure un sumario administrativo en su contra. Que luego del trámite administrativo, e incluso de la ampliación que pidió la Comisión de Defensa Profesional de Loja de la Dirección Provincial de Educación con respecto al sumario administrativo seguido en su contra, dicha Comisión procedió a ordenar el archivo del proceso, mediante acuerdo nro. 122-CDPL-2009, de fecha 10 de febrero del presente año, cuya parte pertinente dice: ...ARTÍCULO ÚNICO. Acoger el informe de la Subcomisión que levantó el presente Sumario Administrativo; y, al no existir pruebas que ameriten imponer algún tipo de sanción prevista en el art. 32 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, se dispone el ARCHIVO DEL PRO-CESO Sumario Administrativo levantado en contra del Lic. Luis Alberto Castillo Loaiza, docente del colegio Nacional "Eloy Alfaro" de la parroquia Cariamanga, cantón Calvas, provincia de Loja...". Que la señora Directora Provincia de Educación de Loja, mediante oficio nro. 153-AJ-DPEL de fecha 19 de marzo del 2009, informó que el mencionado acuerdo exculpatorio se encuentra ejecutoriado. Que la actitud malévola de la señora Orellana Yaguachi, la llevó a presentar una denuncia por el mismo hecho en la Fiscalía de Calvas, la misma que fue desestimada por el juez de la causa, por no existir méritos que configuren el cometimiento del delito, y que por no haber pasado de la etapa de indagación previa que guarda reserva de documentos, no puede presentar los documentos respectivos. Que al poner la denuncia la señora María Orellana Yaguachi, tuvo el inocultable deseo y afán malvado de causarle un deterioro moral irreparable con influencias (sic) insospechadas, con lo cual ha empañado su correcto desenvolvimiento personal profesional, causándole daños morales y espirituales de gran proporción, perturbando su tranquilidad emocional y el de su familia, toda vez que es una persona casada y con dos hijas, lo que ha influido en su rendimiento laboral y acción pública. Por lo que ha expuesto, y amparado en lo que preceptúan los arts. 66 nro. 18 de la Constitución política (sic) de nuestra República, en concordancia con los artículos 1453, 2214, 2215, 2216, 2229, 2231, 2232, 2233 y 2234 y siguientes del Código Civil Ecuatoriano, demanda



en la vía ordinaria a la señora Lic. María Deifilia Orellana Yaguachi, para que mediante sentencia se la condene a la demandada a indemnizar el compareciente con la suma de doscientos mil dólares, por concepto de daño moral ocasionado, más el pago de costas procesales y honorarios de sus abogados defensores. Admitida la demanda a trámite y citada la demandada, ésta comparece a fojas 66 para deducir las siguientes excepciones: negativa llana y simple de los fundamentos de la demanda. Falta de derecho del actor para endilgar la acción. Improcedencia de la acción. Reconviene además al pago de un millón de dólares de indemnización a título de reparación por los daños morales provocados con ocasión del abuso sexual practicado en contra de su hija NN, hecho acaecido el 14 de enero del 2008, a las 11h00, aproximadamente, en la ciudad de Cariamanga. Fija la cuantía en un millón de dólares. Trabado así el litigio se corrió traslado al actor con la reconvención deducida en su contra, la misma que fue contestada a fojas 68. Posteriormente se llevó a cabo la junta de conciliación (fs. 71 y vta.). A petición de parte se concedió el término de prueba en cuya etapa las partes aportaron con las que, a su juicio, consideraron necesarias en salvaguarda de sus intereses. Concluida la estación probatoria y encontrándose el proceso en la etapa de resolver, para hacerlo se considera lo siguiente: PRIMERO: Al proceso se le ha dado el tratamiento correspondiente a su naturaleza, y en él se observan cumplidas las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, por lo que se declara la validez del mismo. **SEGUNDO:** El art. 114 del Código de Procedimiento Civil determina que cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a ley (Las negritas son de este Juzgado). Por manera que el accionante está obligado a probar el daño moral causado por la demandada, el mismo que consiste en el dolor, pesar o molestia que ha sufrido en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos que puedan estimarse lesivas a las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, conforme así lo explica la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. La demandada deberá probar en el presente caso su negativa a los fundamentos de la demanda y qué consistió el abuso sexual que ha sufrido su hija NN, por parte del demandante, hecho que supuestamente ocurrió el 14 de enero del 2008, según lo afirma la hoy demandada en su

escrito de reconvención. El tratadista Gil Barragán Romero, en su obra Elementos del Daño Moral, manifiesta que "...La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales incluidos los personalísimos es por su naturaleza innecesaria, otras veces imposible o sumamente difícil de probar el daño moral y su intensidad puede no tener una manifestación externa quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración; no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser el sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica". TER-**CERO:** Las pretensiones del actor se dirigen a que la demandada le pague indemnizaciones por hechos ilícitos que originaron la responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 66 nro. 18 de la Constitución política (sic), en concordancia con los artículos 1453, 2214, 2215, 2216, 2229, 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil. Lo que el actor persigue es que se le pague indemnizaciones que están fundadas en responsabilidad civil de la demandada por hechos que si bien no fueron probados dentro del ámbito penal (pues no existe ninguna prueba de la supuesta agresión física sufrida por la hija de la demandada que se encuentre sustanciando o se haya sustanciado dentro del ámbito de la justicia penal), en cambio se le ha instaurado al accionante un Sumario Administrativo en la Dirección Provincial de Educación de Loja, conforme obra desde la foja 4 hasta la 60. En el Sumario Administrativo instaurado en contra de Lcdo. Alberto Castillo Loaiza por el cometimiento del delito de violación en la persona de la señorita NN, cuya denuncia la presentó su madre, la Lcda. María Deifilia Orellana Yaguachi, se han presentado a declarar el señor Rector del Colegio "Eloy Alfaro" de la ciudad de Caramanga (fs. 10 y vta.), el Inspector General (fs. 12 y vta.), la supuesta agraviada (fs. 17 y vta.) la madre de esta última (fs. 14 y vta.) y el demandado (fs. 19 y 20). Una vez tramitado el sumario la subcomisión sncargada de la instauración del sumario administrativo, presenta su informe desde la foja 35 hasta la 52, en el mismo que recomienda que se archive el





Sumario en contra del Lcdo. Luis Alberto Castillo Loaiza, porque "no se han encontrado elementos convincentes concluyentes para imputar faltas graves, y precisas" (Las negritas son de este Juzgado). A fojas 60, la directora Provincial de Educación de Loja manifiesta en oficio dirigido al Lcdo. Luis Castillo Loaiza: "Que el Acuerdo nro. 122 CDPL-2009, de fecha 10 de febrero del año 2009, ha sido notificado a las partes que intervinieron en el proceso Sumario Administrativo, con fecha 3 de marzo de 2009, a la Lic. María Orellana Yaguachi en el casillero judicial nro. 368 de su Abogado Defensor, y, al Lic. Luis Castillo, en el casillero judicial nro. 69 de su Abogado Defensor. "Acuerdo que al no existir apelación dentro del término legal y reglamentario, se encuentra ejecutoriado". (Las negritas corresponden a este Juzgado). CUARTO: Según la doctrina y jurisprudencia el daño moral, como se dijo, no requiere de una prueba específica, ya que la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia no precisa de una demostración objetiva; de ahí que la persona afectada debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon el hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda concluir que existieron sufrimientos psíquicos nocivos como la angustia, ansiedad, perturbaciones, incertidumbres, etc., que pudo haber padecido el damnificado. De ahí que se debe tomar en cuenta si las afecciones referidas fueron ciertas o probables, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, con aplicación estricta de los principios de prudencia y cautela. QUINTO: Con las declaraciones rendidas por los testigos presentados por el demandado: Fernando Cueva Cueva, fs. 77 y vta. Mercedes de Jesús Sarango Toledo, fs. 78 y vta. María Marlene Sarango Jima, fs. 79 y Byron Augusto Montero Rodríguez, fs. 93 y 94, así como de los certificados médicos que obran a fojas 112 y 130, este Juzgado llega a las siguientes conclusiones: a) Que de las circunstancias que rodearon al hecho se desprende que el actor ha sufrido daño moral, o sea ha sido afectado en sus sentimientos

b). Que existe de por medio un nexo de causalidad entre el acto ilícito mencionado y el daño sufrido por el actor. Es decir, se hayan cumplido los elementos concurrentes para la existencia de la responsabilidad civil prevista en los artículos 1453, 2214 y 2231 del Código Civil; y, c) Que al haber sufrido un daño moral, éste afectó su vida pública y privada; su vida pública, en tanto que él se desempeñó como Concejal del cantón Calvas, siendo por tanto que él se desempeñó como Concejal del cantón Calvas, siendo por tanto su accionar de carácter público en representación del pueblo que lo eligió, así como el desempeño de profesor de un establecimiento educacional de la ciudad de Cariamanga. Así lo demuestra la prueba recogida en su conjunto y de manera particular los certificados médicos referidos en los que se demuestra que el accionante presenta un cuadro depresivo angustioso de tipo reactivo, a causa de la imputación de un delito que no fue probado. SEXTO: La prueba de la demandada se ha limitado a demostrar documentalmente que ella labora como docente del Colegio Nacional "Eloy Alfaro" de Cariamanga (Fs. 81, 90 y 124); que su hija NN fue estudiante destacada del mismo colegio (Fs. 82 hasta la 89). La reconvención deducida por la demandada lo único que hizo fue confirmar la imputación de un delito en contra del actor, el mismo que en manera alguna fuer probado. Por lo expuesto, este Juzgado ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-**PÚBLICA**, desechando las excepción y la reconvención, admite la demanda disponiendo que la señora licenciada María Deifilia Orellana Yaguachi, pague al señor licenciado Luis Alberto Castillo Loaiza la cantidad de cinco mil dólares americanos, por concepto de daño moral por el hecho ilícito perpetrado. Con costas. En quinientos dólares se regula el honorario del doctor Sergio Sánchez Paladines, por su labor profesional. Hágase

f) Marcelo Saritama Carrera, Juez.

## SEGUNDA INSTANCIA

Juez ponente: Dr. Vinicio Alejandro Cueva Ortega

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. SALA CIVIL, MERCANTIL, INQUI-LINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Loja,

viernes 26 de agosto del 2011, las 10h40.

VISTOS: Comparece de fs. 61 a 63 del cuaderno de primera instancia, el profesor Luis Alberto

Serie XVIII

Número 14 6311



Castillo Loayza, quien, en lo principal de su primer escrito, dice: que de la documentación que acompaña en 58 fojas útiles, se viene a conocimiento que con fecha 4 de noviembre de 2008, la licenciada María Deifilia Orellana Yaguachi, dedujo ante la Dirección Provincial de Educación de Loja una denuncia en su contra, por supuesto cometimiento de un delito sexual en contra de su hija, la señorita NN. En dicha acusación, la denunciante manifiesta con toda malicia que el compareciente, después de haber drogado a su hija la señorita Ayora Orellana, procedió a cometer contra ella un delito sexual, sin especificar qué tipo de delito fue el que supuestamente cometió. Que es importante señalar que tanto la denunciante como el compareciente, son docentes del Colegio Eloy Alfaro, de la ciudad de Cariamanga. Que aparte de ello, el compareciente es Concejal del cantón Calvas, cargo al que accedió por votación popular y por la confianza mayoritaria de sus conciudadanos de Calvas. Que la denuncia a la que hace referencia, motivó que la Comisión de Defensa Profesional de la Dirección Provincial de Educación de Loja, ordene que se instaure un sumario administrativo en su contra. Que luego del trámite respectivo, la Comisión de Defensa Profesional de la Dirección Provincial de Educación de Loja, procedió a ordenar el archivo del proceso, por no existir pruebas. Que la señora Directora Provincial de Educación de Loja, mediante oficio nro. 153-AJ-DPEI, de 19 marzo de 2009, le comunica que el Acuerdo que lo exculpa de la denuncia presentada en su contra, se encuentra ejecutoriado, por lo que luego de todo el trámite se llegó a establecer que la denuncia no tenía asidero legal, ordenándose su archivo. Que la actitud malévola de la denunciante no solo queda allí, sino que también la llevó a presentar una denuncia en la Fiscalía de Calvas, por el mismo hecho, la cual luego de su trámite respectivo fue desestimada por el juez de la causa, por no existir méritos que configuren el cometimiento del delito que arteramente se le trata de endilgar, y que por no haber pasado de la etapa de indagación previa que guarda reserva de documentos, no puede adjuntar al primer escrito. Que la señora María Orellana Yaguachi, al poner la denuncia, tuvo el inocultable deseo y afán malvado de causarle un deterioro moral irreparable, "con influencias insospechadas". Que la demandada en su afán de deshonrar su buen nombre y fama, ha creado "temporalmente" supuesto delito, un vinculándolo

directamente con tan maliciosa intención constante en la denuncia presentada en la Dirección Provincial de Educación de Loja, lo cual como es lógico, empaña su correcto desenvolvimiento personal y profesional, a la par que le provoca, como ya manifestó daños morales y espirituales de gran proporción, perturbando su tranquilidad emocional y de su familia, toda vez que es casado y tiene dos hijas, lo que ha influido en su rendimiento laboral y acción pública y como derivación de ello ha menguado en su economía. Que con esos antecedentes, al amparo de los artículos 66 numeral 18 de la Constitución de la República; 1453, 2214, 2215, 2216, 2229, 2231, 2232, 2233, 2234 "y siguientes" del Código Civil, demanda en la vía ordinaria a la señora licenciada María Deifilia Orellana Yaguachi, para que en sentencia se la condene a indemnizar al compareciente, económicamente por la suma de doscientos mil dólares americanos, por concepto de daño moral ocasionado al compareciente, más el pago de costas procesales y los honorarios de sus abogados defensores. Fija la cuantía en doscientos mil dólares. Se acepta a trámite la acción y se cita la demandada, quien, a fs. 66 y vta., anuncia excepciones con las cuales se traba la litis. Dice reconvenir al actor "... al pago de UN MILLÓN DE DÓLARES como indemnización a título de reparación por los daños morales provocados con ocasión del abuso sexual practicado en contra de mi hija NN, hecho acaecido el 14 de enero del 2008, a las 11h00 aproximadamente, en la ciudad de Cariamanga...". Pide el rechazo de la demanda con condena en costas. Se contesta la supuesta reconvención en los términos del escritorio de fs. 86 y vta. Se ha llevado a cabo la junta de conciliación. Se ha concedido término de prueba. Por concluido el procedimiento, el señor Juez Noveno de lo Civil de Loja, con asiento en Cariamanga, pronuncia sentencia en la que desechando las excepciones y la reconvención, admite la demanda y ordena que la accionada pague al actor la cantidad de cinco mil dólares americanos, por concepto de daño moral, con costas. Las dos partes apelan, por lo que sube en grado el juicio. Radicada la competencia en esta Sala Especializada y una vez que en la instancia se ha articulado de prueba, la causa se encuentra en estado de resolver y para hacerlo, se considera: PRIMERO: No existe omisiones de procedimiento, ni de solemnidad sustancial alguna por lo que se ratifica la validez de lo actuado: **SEGUNDO:** El Tribunal limita su competencia a





revisar las fundamentaciones de los recursos de apelación de las partes, que se contienen en los escritos de fs. 2, 3 a 4, respectivamente, de la instancia. Previo a ello, se deja constancia que en fallo pronunciado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil del Tribunal de Casación, en el juicio nro. 98-2006, Resolución nro. 74-2007, publicado en la Gaceta Judicial Serie XVIII, nro. 3 pág. 821, en cuanto a la TRABA DE LA *LITIS*, se dice textualmente que: "Las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la *litis* en primera instancia. Comúnmente los puntos sobre los que se traba la *litis* quedan fijados en la demanda, y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al art. 338 (actual 334) del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aun cuando el juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio ordinario tal situación cambia sustancialmente, porque el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al art. 417 (408 norma actual) del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO COFIGURA EL ÁMBITO DE LA <u>LITIS DE SEGUNDA INSTANCIA, EN</u> OTROS PALABRAS, UNOS SON LOS PUN-<u>TOS SOBRE LOS QUE SE TRABÓ LA *LITIS*</u> EN PRIMERA INSTANCIA Y OTROS SON LOS PUNTOS SOBRE LOS QUE SE TRABÓ LA LITIS EN SEGUNDA INSTANCIA. Por cierto en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros. En esta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del tribunal de alzada..." (Las mayúsculas, negrillas y subrayados, son de la Sala); TERCERO: Fundamentación de la demandada María Deifilia Orellana Yaguachi. En escrito de fs. 2 se limitó a decir textualmente que "...La Sala que vosotros conformáis, ha uniformado su criterio jurisprudencia -sic- argumentando que para que proceda una indemnización por daño moral,

debe haber mediado, de forma previa, la declaratoria de que la denuncia, o la acusación haya sido declarada como maliciosa y/o temeraria, circunstancia que en el presente caso no ha sucedido, por ese motivo la demanda es improcedente...". Es coherente esa impugnación con lo que dijo la accionada al contestar la demanda, en el escrito de fs. 66 vta., al afirmar en esa ocasión que "...El ejercicio de un derecho vulnerado como el de presentar denuncia penal o la administrativa que se refiere al demandante, no puede derivar en consecuencias negativas en contra de la compareciente, tanto más que la de carácter penal se encuentra pendiente, pues no ha sido archivada definitivamente, y estoy seguro -sic- que en los próximos días se volverá a reactivar en base a nuevas pruebas que aportaré...", por lo que negó los fundamentos de la acción y alegó la falta de derecho del actor para endilgar la acción, improcedencia de la acción. La fundamentación del recurso de la demandada, se refiere al pronunciamiento realizado por esta Sala en el proceso ordinario 2009-0440, sentencia expedida en base a diversos fallos de diversas Salas de la entonces Corte Suprema de Justicia, fallos que se citan expresamente en esa resolución <u>Y QUE SE REFIEREN A LA</u> <u>Calificación de maliciosa y teme-</u> RARIA DE LA DENUNCIA Y/O ACUSA-CIÓN PARTICULAR PENAL. Pero existe otro fallo posterior a los que se citan en esa resolución, pronunciado por la única y actual Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, de 29 de junio de 2010, juicio ordinario por daño moral Vélez vs. Benavides- sentencia en la cual dice en lo pertinente que "...Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario, el art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Igual disposición contiene el art. 2214 ibídem. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo civil, como se ha hecho en el presente caso...". Ahora, de la revisión detenida del primer escrito y posterior del proceso, se llega en principio a la conclusión



de que la acción no se basa en la denuncia penal que la demandada presento en la fiscalía, en contra del actor de este asunto. Efectivamente en la demanda se hace constar expresamente que la denuncia penal "...luego de su trámite respectivo fue desestimada, por el Juez de la causa por no existir méritos que configuren el cometimiento del delito que arteramente se me trata de endilgar. Y <u>QUE POR NO HABER PASADO DE LA ETA-</u> PA DE INDAGACIÓN PREVIA QUE GUAR-<u>DA RESERVA DE DOCUMENTOS, NO</u> <u>PUEDO SALVADAMENTE ADJUNTAR A LA</u> PRESENTE DEMANDA..." (Las negrillas, mayúsculas y subrayados, son nuestros). En otras palabra, NO EXISTE UNA SOLA PRUEBA DO-CUMENTAL SOBRE LA DENUNCIA PENAL y mal podría la Sala pronunciarse tan solo en base a testimonios que no están de forma alguna confirmados documentadamente, lo cual no es procedente. La acción se basa en la DENUNCIA AD-MINISTRATIVA que presentó la demandada a la Directora Provincial de Educación de Loja, Presidenta de la Comisión de Defensa Profesional, cuya copia consta a fs. 3 del cuaderno de primera instancia, que dio lugar al enjuiciamiento administrativo del actor de este asunto, aspecto del cual se deja constancia. No es viable la impugnación de la demandada, lo cual concluye en el sentido de que tan solo corresponde examinar la fundamentación de la apelación de la parte actora, con los efectos que este pronunciamiento tiene en cuanto a la aceptación de la acción en la sentencia de primera instancia; CUARTO: FUNDAMEN-TACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN **POR EL ACTOR.** En lo sustancial el actor dice que "...si bien es acepta -sic- mi demanda y manda a pagar una indemnización por daño moral, la cantidad fijada es irrisoria, da la magnitud del daño moral que me ha causado...". Que si bien la denuncia puesta ante la Dirección Provincial de Educación de Loja y que fuera tramitada por la Comisión de Defensa Profesional del Magisterio de Loja "y la denuncia infundada puesta en la Fiscalía" –la Sala ya se pronunció respecto en el considerando anterior-, fueron desechadas, no por ello implica que su honor haya quedado impoluto, puesto que por la magnitud de la denuncia solicitando se lo castigue por el supuesto delito de abuso sexual, de por sí ha dejado manchado su honor para siempre. Que las infundadas denuncias lo afectan más aún cuando él es profesor de segunda enseñanza "y una animadversión de

educandos y educandas hacia mi persona puede resultar en cualquier momento" – la Sala advierte que este es un supuesto-, por lo que se observa claramente que la intención era de que se lo cancele de su puesto de trabajo. Que en ejercicio de su función de Concejal del Cantón Calva, fue cuando se le incoaron las denuncias, por lo que sufrió y seguirá sufriendo el daño moral ocasionado. Que el daño moral está a la vista "por el mimo hecho de que me denunció por un delito sexual no específico supuestamente contra su hija, tanto en la Dirección Provincial de Educación como en la Fiscalía". Que no le ha importado a la denunciante "utilizar la instancia administrativa ante la Dirección Provincial de Educación de Loja ni la judicial ante la Fiscalía". Que ha comprobado el daño moral causado con certificaciones médicas. Que el 14 de enero de 2008, a las 11h00, día y hora en el que se dijo se había producido la agresión sexual en la ciudad de Cariamanga, él se encontraba en la ciudad de Loja, cumpliendo varias actividades, como lo ha comprobado contundentemente. Concluye manifestando que "Por lo tanto ...la cantidad fijada como indemnización es del todo irrisoria, dada la magnitud del daño, que pese ha -sic- haberse archivado las dos denuncias, el perjuicio moral continúa y seguirá continuando de por vida". Dice finalmente que apela, con la finalidad de que se eleve la indemnización. Que de su parte para reponerse solamente en algo de la maledicencia de la demandada "habría de publicar el fallo a mi costa y resultaría ridículo que la ciudadanía se informe que mi honor solamente vale cinco mil dólares". Estos son los aspectos sustanciales de la fundamentación de la apelación del actor. QUINTO: Las pruebas que presentaron las partes, fueron las siguientes: 5.1. DEL AC-TOR. 5.1.1. De fs. 3 a 59 corren copias del sumario administrativo que se le siguió al actor por la denuncia de la demandada, en la Dirección Provincial de Educación de Loja. A fs. 3 consta copia de la denuncia: en lo sustancial, el 4 de noviembre de 2008, la señora María Deifilia Orellana Yaguachi, hace conocer a la doctora Miryam González Serrano, Directora Provincial de Educación de Loja-Presidenta de la Comisión de Defensa Profesional, que Luis Alberto Castillo Loaiza, laboratorista del Colegio Eloy Alfaro "...después de haber drogado a mi hija, NN matriculada en el PRIMER AÑO DE BACHILLERATO, en el colegio antes indicado, ha procedido a cometer un delito sexual, por tal motivo le he demandado





ante la Fiscalía de la ciudad de Loja, proceso judicial que se encuentra siguiendo el trámite pertinente, lo cual pongo a conocimiento de ustedes, con la finalidad que se dignen proceder a realizar el Sumario Administrativo correspondiente, por cuanto profesionales de esta índole no pueden estar en un Centro Educativo y merecen una sanción ejemplarizadora. Debo hacer conocer, que debido a este problema, tuve que retirarla a mi hijita por cuanto le afectó gravemente esta situación, pese de ser una excelente estudiante". Con esa denuncia la directora Provincial de Educación de Loja y Presidenta de la Comisión de Defensa Profesional de Loja, ordenó se inicie el sumario administrativo -fs. 4-, como efectivamente ocurrió -fs. 5-. Proceso en el cual han intervenido los señores doctor Fernando Herrera Camacho, como Coordinador de la Subcomisión, el licenciado Miguel Ángel León Sánchez, como integrante de la Subcomisión y el licenciado Julio Evaristo Flores Cabrera, como Secretario Ad-Hoc. Declararon en el sumario, los señores licenciado Manuel Ruiz Salazar, Rector del Colegio Eloy Alfaro de la ciudad de Cariamanga -fs. 10 y vta.-; licenciado Roger Inkley Pérez Jiménez, Inspector General del Colegio -fs. 12 y vta.- la denunciante -fs. 14 a 15-; la supuesta agraviada -fs. 17 y vta.-; el denunciado -fs. 19 a 20; otra vez el Rector del Colegio licenciado Manuel Ruiz Salazar -fs. 25-; otra vez la denunciante -fs. 26-; el testigo del denunciado, licenciado José Miguel Torres Guarnizo -fs. 27-. Se han recibido certificados de las autoridades del plantel educativo en los cuales informan de que el denunciado es de muy buena conducta -fs. 30 y 31-. Concluido el proceso, los integrantes de la Subcomisión encargada del sumario administrativo, elaboran el informe final – fs. 35 a 52-, en el cual recomiendan que se archive el sumario instaurado porque el licenciado Luis Alberto Castillo Loaiza, docente del Colegio Eloy Alfaro de la ciudad de Cariamanga, no ha incurrido en causales motivos de sanción "previstas en el art. 32, de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional y Leyes Conexas". -fs. 52-. A fs. 53 consta la copia del oficio que dirige al Coordinador de la Subcomisión del Sumario Administrativo, el Director Provincial de Educación y Presidente de la comisión de defensa profesional de Loja, Encargado "para que amplíe su informe y se tome la versión de la Srta. Gabriela Cecibel Cañar Jiménez, quien conforme a la denuncia estuvo el día de sucedidos los hechos

acompañados a la Srta. NN, y se incluya certificado de asistencia del personal docente del Colegio "Eloy Alfaro" de la ciudad de Cariamanga, durante el mes de enero de 2008". La declaración de la señorita Gabriela Cecibel Cañar Jiménez, consta a fs. 56. La ampliación del informe de la Subcomisión corre de fs. 57 a 58. La Subcomisión se ratifica en la recomendación realizada en su informe inicial -fs. 58-. Ante esos informes, la Comisión Provincial de Defensa Profesional de Loja, pronuncia el Acuerdo nro. 122-CDPL- 2009, de 10 de febrero de 2009, mediante el cual se resuelve acoger el informe de la Subcomisión "y al no existir pruebas que ameriten imponer algún tipo de sanción...se dispone el **ARCHIVO** del proceso Sumario Administrativo levantado en contra del Lic. Luis Alberto Castillo Loaiza, docente del Colegio Nacional "Eloy Alfaro" de la parroquia Cariamanga, cantón Calvas, provincia de Loja". El acuerdo está suscrito por la doctora Miryam González Serrano, Directora Provincial de Educación, Presidenta de la Comisión de Defensa Profesional de Loja -fs. 59 y vta.-. Esta funcionaria, le dirige al licenciado Castillo Loaiza, el oficio nro. 153-AJ-DPEI, de 19 de marzo de 2009, que original corre a fs. 60, en el cual le informa que al no existir apelación del Acuerdo, el mismo se encuentra ejecutoriado; 5.1.2. Los testigos Byron Augusto Montero Rodríguez – profesor, fs. 93 vta. a 94., Mercedes de Jesús Sarango Toledo -fs. 78 y vta.; licenciada María Marlene Sarango Jima -profesora, fs. 79 y vta.-; y, licenciado Fernando Cueva Cueva -profesor, fs. 77 y vta.-, que absuelven el interrogatorio del parágrafo VI, del escrito de prueba de fs. 73 a 75 de primera instancia, dan razón de que por efectos de la denuncia se le siguió al actor el sumario administrativo, en el cual fue absuelto, que la denuncia sí le ha causado daño moral. El testigo licenciado José Miguel Torres Guarnizo -fs. 134- que declaró con el interrogatorio del parágrafo III del escrito de fs. 95 y vta., afirma que el día 14 de enero de 2008, en horas de la mañana se encontró con el actor en el centro oftálmico del doctor Carlos Aguirre, EN LA CIUDAD DE LOJA, por atención médica, aspecto este último que se confirma con la copia del diario de atenciones enviada por el doctor Aguirre y que consta a fs. 107. La Sala deja constancia que se ha afirmado que la agresión sexual supuestamente propiciada por el actor fue cometida en la CIUDAD DE CARIAMANGA, el mismo día antes anotado 14 de enero de 2008,



aproximadamente a las 11h00. En segunda instancia de conformidad con el interrogatorio del parágrafo I del escrito de prueba de fs. 13 y vta., han declarado los testigos profesora Dilma Marlene Aguirre –fs. 42 vta.; ingeniera comercial Rosa Cecilia Ludeña Castillo –fs. 43-, María de los Ángeles Guarnizo Guarnizo –fs. 42–, quienes luego de abonar la conducta intachable del actor, afirman que por la denuncia su hoja de vida ha quedado manchada: 5.1.3. Ha presentado certificados que informan su conducta como docente y el no haber sido sancionado, otorgados por el Rector del Colegio "Eloy Alfaro" –fs. 106, 126- y el Vicerrector del Plantel -fs. 127- Documentación que fue atendida por el médico oftalmólogo doctor Carlos Aguirre, EN LA CIUDAD DE LOJA EL DÍA 14 DE ENERO DE 2008, a las 10h00 –la demandada dijo que la agresión sexual se produjo ese día en la ciudad de Cariamanga, aproximadamente a las 11h00-, como se verifica de fs. 107, 108, 138, 139. Ha sido Concejal Alterno y Principal -en decurso de estas funciones se presentó la denuncia que da inicio a este proceso- del cantón Calvas: documentación de fs. 109, 137, 110, 135, de primera instancia, fs. 15 de segunda instancia; **5.1.4.** A fs. 112 y 130, constan los certificados otorgados por el doctor José María Monteros Molina, psicólogo clínico, quien informa "...haber realizado valoración y tratamiento de especialidad, en mi consulta particular de la Clínica "Santa María" de la ciudad de Loja, al Licenciado LUIS ALBERTO CASTILLO LOAIZA, entre los meses de mayo, junio y julio del presente año –la Sala hace notar que el certificado de fs. 112 data del 14 de octubre de 2009-, por haber presentado un CUADRO DEPRESIVO AN-GUSTIOSO DE TIPO REACTIVO...", 5.2. Prueba evacuada por la demandada: ha presentado certificados de su calidad de docente en el mismo Colegio "Eloy Alfaro" de la ciudad de Cariamanga -fs. 81. 90-; certificado de conducta de su hija NN, en el centro de estudios fs. 82-: certificados de conducta de diferentes profesores de su hija -fs. 83 a 89- hija que a la fecha ha contraído matrimonio según el documento de fs. 91 y vta. un certificado del Rector del plantel educativo del que consta que no ha sido la demandada sancionada -fs. 124-; así como un certificado de estudios de su hija en los períodos comprendidos en el documento de fs. 125. También ha presentado una copia del registro de asistencias de los docentes del Colegio Eloy Alfaro, del día 14 de

enero de 2008, en el que supuestamente suscribe el actor, día en el que se afirman ocurrieron los hechos denunciados. La Sala advierte que las firmas y rúbricas de esa copia, no guardan ninguna relación con la firma y rúbrica del actor, impresas en la demanda, por una parte y por otra el actor ha justificado fehacientemente que ese día fue atendido por médico oftalmólogo, en la ciudad de Loja. No existe en el proceso más prueba que examinar; 5.3. La Sala si deja constancia de que la demandada persistió en el sentido de que el actor agredió sexualmente a su hija, como se verifica de la reconvención constante del escrito de contestación a la demanda, como con el escrito de fs. 5 de segunda instancia; **SEXTO**: El Tribunal, como en otras ocasiones en casos similares, realiza algunas revisiones, no solo de orden legal, sino correspondientes a jurisprudencia distrital, nacional y doctrinaria, que sustentan su resolución. Transcribe las disposiciones del Código Civil, aplicables al asunto que lo ocupa. Así: el art. 2231, dice: "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral". Art. 1453 del mismo Código "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia." El art. 2229 del mismo cuerpo legal, en la parte pertinente dispone: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta." Y el art. 2184 del propio Código Civil, dice en la parte que nos interesa destacar: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la Ley, o del hecho voluntario de una de las partes...". Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, define a la moral como "la ciencia del bien en general; el conjunto de normas de conducta que la mutua convivencia fija entre los hombre...". Al referirse al daño moral el mismo autor dice que es: "la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos, o sentimientos por acción dolosa o culposa de otro...". Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde





exclusivamente a la víctima o a su representante legal... Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral, son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes...". En fallo de casación que lo encontramos publicado en el R.O. 626, de 25 de julio de 2002, se dice: "...El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 2258 -ahora 2232- del Código Civil es de este tenor: ...Ciertamente, que en el inciso primero del artículo transcrito se establece que para que exista indemnización pecuniaria, a título de reparación, por daño moral, se requiere que el daño y el perjuicio tengan una gravedad particular; pero en el inciso segundo de tal artículo se señalan varios ejemplos típicos que reúne tales requisitos, entre los que se hallan los que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación. Entonces quien reclama aquella indemnización tiene la carga de justificar los hechos que configuran manchas a la reputación <ajena, mediante cualquier forma de difamación>. El doctor Gil Barragán Romero, que es el autor del proyecto de las reformas al título XXXIII del Código Civil, de los Delitos y Cuasidelitos, acogidas por el Congreso Nacional y expedidas como Ley nro. 171 publicada en el R.O. 779 de 4 de julio de 1984, al comentar sobre el tema de la prueba, dice: "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales incluidos los personalismos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar: el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no hará falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. POR LO MISMO, EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA SE HA CONCLUI-DO EN QUE NO SE REQUIERE UNA PRUE-BA DIRECTA DE SU EXISTENCIA. (Las negrillas, mayúsculas y subrayados, son nuestros). El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa... La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un

cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable". (Elementos del Daño Moral, Segunda Edición, Editorial EDINO, Quito, Ecuador, páginas 195 y 196). En el caso de la ocupación, el actor ha impugnado el monto de la indemnización, por considerarlo irrisorio. También hemos dicho en otras oportunidades, que resulta complejo en estos asuntos cuantificar la indemnización pecuniaria. El Código Civil, al respecto prescribe que: "Art. 2232. En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular de los perjuicios sufridos y de la falta.- Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción y omisión ilícita del demandado, QUEDANDO A LA PRUDENCIA DEL JUEZ LA DETERMINA-CIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZA-CIÓN ATENTAS LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL INCISO PRIMERO DE ESTE ARTÍCULO..." (Las negrillas, mayúsculas y subrayados, son nuestros). El Tribunal hace notar que los dos justiciables han sido y siguen siendo docente, la demandada y laboratorista, el actor, del Colegio "Eloy Alfaro" de la ciudad de Cariamanga. Que los hechos sucedieron cuando el actor ejercía las funciones de Concejal Principal del cantón Calvas. Entonces ese es el entorno de ellos, por lo que en esas circunstancias deben guardarse mutuo respeto como ejemplo para la sociedad. Del proceso asoma muy claramente, que en el accionar de la demandada están presentes los elementos que para que el daño moral exista, reclama el artículo 2231 del Código Civil, por las expresiones por aquella pronunciada en la denuncia que sirvió de antecedente para el inicio del



sumario administrativo del que da cuenta el expediente. En el mismo fallo antes citado pronunciado por la ÚNICA y actual Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, juicio Vélez vs. Benavides, en cuanto al monto de la reparación se dice "...De conformidad con lo previsto en el inciso tercero del art. 2232 del Código Civil, la determinación del valor la indemnización por daño moral queda sujeta "a la prudencia del juez"; pero esta facultad, a su vez, está sujeta a dos circunstancias que exige el inciso primero de esta disposición; que la indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio y la gravedad de la falta. Es decir que, por disposición legal, la determinación del valor de la indemnización por daño moral no queda solamente al "sano criterio" o la prudencia del juez sin observar tales circunstancias El término "prudencia" que utiliza la Ley debe entenderse como "el sano criterio del juez" que, acorde a las circunstancias establecidas en el proceso, le permitan pagar un valor equitativo, en justicia, y no debe entenderse como una amplia liberalidad del juzgador para establecer valores mínimos que ni siguiera justifiquen la acción o excesivos que constituyen una fórmula de enriquecimiento injusto y atentar al patrimonio del demandado de forma tan drástica que incluso pueda hacerlo desaparecer". Este Tribunal ya ha mencionado el entorno personal de actor y demandada; las circunstancias en las que fueron proferidas las expresiones de la

demandada; y ciertamente la grave acusación al actor de haber perpetrado un delito sexual. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚ-BLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptándose parcialmente la apelación del actor y desestimándose la apelación de la demandada, se confirma en lo principal la sentencia que vino en grado, reformándosela en el sentido de que se señala en la cantidad de ocho mil dólares americanos, la cantidad que por concepto de indemnización por daño moral, deberá pagar la demandada al actor. Con costas en la instancia, señalándose entre ellas la cantidad de trescientos dólares americanos, por honorarios profesionales del abogado del actor. Por oficio 01564-DPCJL-UP-SO de 12 de julio del presente año, interviene el señor Conjuez doctor Antonio Ruilova Pineda, en reemplazo del señor Juez Titular doctor Paúl Carrión González, por encontrarse en uso de vacacines. Llámese a intervenir al Dr. Manuel Cueva Ordóñez, como secretario Relator Encargado en mérito al oficio nro. 1917-DOCNJL-UP-SO del 1 de agosto del 2011 del señor Director Provincial del Consejo de la Judicatura. HÁGASE SABER.

f) Dr. Antonio Ruilova P., Conjuez Permanente, Dr. Vinicio Cueva O., Juez Provincial; Dr. Milner Peralta T., Juez Provincial.

## CASACIÓN

Juicio nro. 51-2012

Juicio ordinario que por daño moral sigue Luis Alberto Castillo Loayza en contra de María Deifilia Orellana Yaguachi

Jueza ponente: Dra. María Rosa Merchán

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 01 de abril de 2014, las 09h30

**VISTOS:** (Juicio 51-2012)

**ANTECEDENTES** 

En el juicio ordinario que por daño moral sigue Luis Alberto Castillo Loayza en contra de María Deifilia Orellana Yaguachi, la demandada interpone Recurso de Casación impugnando la sentencia dictada el 26 de agosto del 2011, las 10h40, por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la que al aceptar parcialmente el recurso de apelación del actor y desestimar el de la demandada, confirmó la sentencia de primer nivel que declara con lugar la demanda, reformándola en lo referente al monto de la indemnización económica. La recurrente determina como infringida la norma de derecho contenida en el artículo 2232 del Código Civil y los precedentes jurisprudenciales obligatorios publicados en el R.O. 4156, 20-IX-2001, p. 13 a 15; R.O. 203, 14-XI-2000, p. 25 y 26; y, R.O. 225, 15-XIII-200, p. 31 y 32. Fundamenta el recurso en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.





### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente, acusa a la sentencia de indebida aplicación del artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios publicados en el R.O. 4156, 20-IX-2001, p. 13 a 15; R.O. 203, 14-XI-2000, p. 25 y 26; y, R.O. 225, 15- Xlll-200, p. 31 y 32, alegando que en la denuncia presentada en la Fiscalía y en la Dirección Provincial de Educación de Loja, por el presunto delito de abuso sexual, no hubo " ... mala intención ... " (Sic), pues, aquella no fue declarada como maliciosa ni temeraria.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución del Ecuador, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma Constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil por Resolución del 30 de enero de 2012; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

## 2. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES

2.1 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen fines, el control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para la unificación de la jurisprudencia.

## 3. ANÁLISIS MOTIVADO SOBRE LA FUN-DAMENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 La recurrente, acusa a la sentencia de indebida aplicación del artículo 2232 del Código Civil, y de falta de aplicación de lo que considera precedentes jurisprudenciales, para fundamentar el recurso alega que la denuncia presentada en la Dirección de Educación y la Fiscalía, por el presunto delito de abuso sexual, a su hija, no fue con mala intención, sostiene que tuvo razones suficientes para presentar la denuncia "porque una madre siempre cree en su hija y mucho más si se trata del honor de una hija, por ende mal pudo haber mala intención en mi accionar y es por ese motivo que no se ha declarado como maliciosa ni temeraria la denuncia. Narra los hechos que han servido de base a la pretensión incoada por el accionante, la excepción opuesta en rechazo a la misma, y transcribe parte de un fallo dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, para concluir en que "como vemos la indebida aplicación del Art. 2232 del Código Civil y la falta de aplicación de los precedentes obligatorios que establecen que la falta de declaratoria de MALICIA Y TEMERIDAD de las denuncias presentadas, impiden que se indemnice por daño moral, siendo entonces que la sentencia viola la ley, por ello debe ser casada y en su lugar debe dictarse sentencia rechazando la demanda.

3. 2 En el caso en análisis, la Sala de Apelación luego de valorar la prueba actuada por las partes llega a la conclusión de que el accionar de la demandada con las expresiones constantes en la denuncia que sirvió de antecedente al sumario administrativo incoado contra el ahora demandante, le causó daño moral, que debe ser reparado, señala la Sala que el artículo 2232 del Código Civil en el inciso primero establece que para que exista indemnización pecuniaria, a título de reparación, por daño moral se requiere que el daño y el perjuicio tengan una gravedad particular agregando que en el inciso segundo de la norma se señalan ejemplos típicos entre los que se hallan los que manchen la reputación ajena mediante cualquier clase de difamación, y a los hechos que considera probados aplica el artículo 2232 de ley sustantiva civil sin subsumirlos en el inciso tercero de la norma que condiciona la procedencia de la acción a la ilicitud del hecho que provoca el daño.

3.3 Al referirse al vicio de aplicación indebida de una norma de derecho sustantivo, el tratadista Humberto Murcia Ballén, enseña "... En este caso,



el error in judicando no se encuentra en la premisa mayor del silogismo o sea al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor, porque es al subsumir los hechos establecidos dentro de la hipótesis de la norma elegida cuando el error puede cometerse" sic. (La Casación Civil en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá - Colombia, 2005, p. 331). En el caso en análisis, como se deja sentado en el numeral anterior, el artículo 2232 del Código Civil es la norma correctamente elegida para aplicar al caso, entonces el silogismo mayor se cumple, pero al subsumir los hechos en la hipótesis de la norma, olvida que su aplicación procede cuando el resultado de la acción está ligado a la actuación ilícita del demandado. Luis Cueva Carrión, tratadista ecuatoriano, sostiene "El cumplimiento de la ley es inexcusable, este es el principio general. Todo juez tiene la obligación legal e ineludible de aplicar la ley en la forma como ella misma lo indica y, además, en forma obligatoria, uniforme, con equidad, con justicia y con respeto de los derechos reconocidos por la Constitución de la República y por los tratados y convenios internacionales; quien no actúa así, está aplicándola indebidamente" sic. (La Casación en materia civil, segunda edición, ediciones Cueva Carrión, 2011, Quito- Ecuador, p. 237). Del análisis efectuado deviene que el tribunal de apelación efectuó una aplicación indebida del artículo 2232 del Código Civil, al subsumir los hechos en la norma, sin calificar la licitud de la actuación de la demandada, razón por la que este Tribunal acepta el cargo, casa la sentencia y en su lugar dicta sentencia de mérito en los siguientes términos:

## SENTENCIA DE MÉRITO

**PRIMERO:** VALIDEZ PROCESAL El proceso se ha tramitado con arreglo a las normas constitucionales del debido proceso y las adjetivas en materia civil sin omisión de solemnidad sustancial, que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se declara su validez.

**SEGUNDO:** TRABA DE LA LITIS. La Litis se traba con la pretensión del actor de pago de indemnización económica por daño moral producido como resultado de la denuncia presentada por la demandada que ha dado lugar a un sumario administrativo, las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda; falta de derecho del actor e improcedencia de la acción, bajo el fundamento de que el ejercicio de un derecho como presentar la denuncia penal y administrativa por la vulneración de un derecho no puede derivar

en consecuencias negativas, y que las denuncias no han sido declaradas maliciosas ni temerarias y la reconvención con la pretensión de indemnización por daño moral ocasionado a la hija de la denunciante por abuso sexual, y la contestación del actor negando pura y simplemente los fundamentos de hecho y derecho.

TERCERO: PRUEBA.- El actor, para justificar sus aseveraciones reproduce la documentación acompañada a la demanda, copia certificada del sumario instaurado en contra Luis Alberto Castillo Loaiza, con la que justifica que por denuncia de la demandada se inició en su contra un trámite administrativo por presunta conducta inmoral reñida con su función, sumario cuyo archivo se ordenó por no existir pruebas que ameriten imponer una sanción; dejándose anotado que en el sumario consta la declaración de la menor NN, en la que sostiene que el ahora actor le llevó en su carro, luego de lo cual no recuerda nada, y cuando recobró el conocimiento se encontró con sus ropas abiertas y el Licenciado Castillo tocándole sus partes íntimas; con los certificados agregados a fs. 109 y 110 del cuaderno de primer nivel, que desempeñó el cargo de concejal alterno y concejal principal del Municipio del Cantón Calvas, con el certificado de fs. 112 que presentó un cuadro depresivo angustioso en el periodo de mayo a julio del año 2009, esto es con posterioridad al archivo del sumario puesto en su conocimiento en marzo de 2009, con las declaraciones testimoniales de Fernando Cueva, Mercedes de Jesús Sarango y María Marlene Sarango, que los declarantes se enteraron de la denuncia presentada en la Fiscalía, la que dio lugar a una indagación previa, la que por su naturaleza es reservada; de la denuncia que dio origen al sumario administrativo y su orden de archivo por falta de pruebas y que aquello le produjo un grave estado emocional. La demandada con la copia certificada del Registro de Asistencia de la Unidad Educativa Eloy Alfaro, justifica que el actor Luis Castillo suscribió la asistencia a clases el día 14 de enero de 2008, fecha en la que según la prueba obrante del sumario administrativo no asistió a clases y estuvo en la ciudad de Loja; certificado de conducta de la menor NN hija de la demandante que según la denuncia y su declaración rendida en el sumario fue víctima de un delito sexual; y, certificados de sus maestros sobre su buen desempeño como estudiante y persona de intachable conducta.

Del proceso, no obra prueba alguna que demuestre que la denunciante, demandada en esta causa,





madre de la adolescente que sostiene en su declaración agregada en copia certificada a fs. 17 del expediente, haber sido víctima del delito tipificado en nuestra legislación como atentado al pudor (artículo 504.1 del Código Penal) haya tenido otro motivo que la aseveración de su hija, para presentar las denuncias.

## MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

Este Tribunal considera que para la procedencia de la indemnización pecuniaria a título de reparación por daño moral, debe probarse al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil, que éste es el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado. Constituye acción u omisión ilícita, en materia penal, aquella tipificada en la ley como delito o cuasidelito y en materia civil, aquellas acciones u omisiones que, sin estar tipificadas en la ley penal producen daño a una persona o su patrimonio.

El artículo 69.1 de la Constitución de la República, para promover una paternidad y maternidad responsables, dispone que la madre y el padre están obligados al cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, derechos que prevalecen sobre los de las demás personas, artículo 44 ibídem. El artículo 17 del Código de la Niñez y la Adolescencia impone el deber jurídico de denunciar toda violación de un derecho del niño, niña o adolescente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas; cuando por cualquier medio se tenga conocimiento de tal vulneración.

La madre de la adolescente por información de su hija, dada a varios meses de la ocurrencia de los hechos de los cuales asevera haber sido víctima, acude en forma inmediata ante el Rector del Colegio en el que estudiaba la adolescente y era profesor el supuesto victimario, para comunicar lo expresado por su hija, y presenta su denuncia en la fiscalía, sin obtener se incoe un proceso penal, sí un sumario administrativo que seguramente provocó un sufrimiento moral al sumariado, pero aquello no convierte a la acción de la madre, con obligación de proteger los derechos de su hija, en una acción

ilícita ni culpable, su reacción fue lo mínimo que pudo hacer en resguardo de los derechos e intereses de su hija a quien tenía la obligación natural, moral, legal y constitucional de proteger, sabiéndose que en materia penal, la sola declaración de la víctima de un delito sexual como el atentado al pudor que no deja huellas físicas, puede constituir prueba suficiente de su ocurrencia.

La ex Corte Suprema de Justicia en el fallo dictado en el expediente 135-2002, publicado en el Registro Oficial número 66 de 22 de Abril del 2003, p. 24 ha sostenido que "la presentación de una acusación particular o denuncia, por quien se considera agraviado de un delito, no es, de suyo, un acto contrario a derecho, ya que es una forma de ejercitar el derecho constitucional de petición; por lo que no puede de modo alguno concluirse que, si se lo hace dentro de los parámetros legales, origine un deber indemnizatorio" y más cuando del proceso no existe prueba alguna que demuestre algún hecho diferente que haga presumir que la denunciante actuó movida por algún otro tipo de interés o de forma negligente.

#### **DECISIÓN**

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTO-RIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" CASA la sentencia dictada el 26 de agosto del 2011, las 10h40, por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, y en su lugar al dictar sentencia de mérito con la motivación que antecede, declara sin lugar la demanda y sin lugar la reconvención, por falta de prueba. Sin costas, ni multas. Con respecto a la caución cúmplase con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Casación.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional; Dra. Paulina Aguirre Suarez, Jueza Nacional



## VI

## Resolución nro. 116-2014 Juicio nro. 494-2013

Juicio ordinario propuesto por Edgar Rogerio Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, contra Emma Rosario Pesántez y otros

## SÍNTESIS

En el juicio ordinario por devolución de dineros entregados por concepto de préstamo a los actores por la compra venta de un inmueble, el juzgador declara sin lugar la demanda planteada por falta de prueba respecto a que la obligación contraída llevaba implícita un préstamo que debía devolverse por parte de los demandados. El Tribunal de Alzada desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma la sentencia de primer nivel que declaró sin lugar la demanda incoada dentro del juicio ordinario por cumplimiento de obligaciones. De ésta sentencia interponen recurso de casación los actores Edgar Rogerio Castro y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia no casa la sentencia proferida, por considerar que las normas invocadas por los recurrentes no se encuadran dentro de las causales de casación invocadas.

#### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DE CUENCA. Cuenca, 29 de junio del 2012. Las 08h45.

**VISTOS:** Compare EDGAR ROGERIO CAS-TRO PIEDRA Y MERY DE LOS DOLORES GUERRERO PALACIOS, indican que mediante escritura pública celebrada ante el Notario Sexto de este cantón Cuenca, el 7 de marzo de 2006, inscrita bajo la partida nro. 97 repertorio nro. 187, tomo nro. 12 del Registro de la Propiedad del cantón El Pangui, los comparecientes vendieron a ECUACORRIENTE S.A. un inmueble cuyas características y dimensiones están detalladas en dicho contrato. Con posterioridad se ha celebrado ante el Notario Sexto de este cantón Loja, el 27 de junio de 2008, una escritura de aclaración y rectificación, la misma que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Pangui Bajo la partida nro. 184, repertorio 297, tomo 12 de 22 de julio de 2008. El precio pactado fue el de trescientos veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, dinero que fue pagado mediante tres cheques del Banco Internacional, números 002794, 002795 y 002796, cuenta corriente nro. 035-060490-6, por la suma de cien mil dólares, cien mil dólares y ciento veinte mil dólares en su orden, respectivamente. Que los

mencionados cheques solicitaron sean girados a la orden de JULIO OLMEDO CASTRO PIEDRA, hermano del primero y cuñado de la segunda de los comparecientes, debido a que les solicitó que le prestaran dicho valor, a lo que accedieron, confiando en la honorabilidad y familiaridad que tienen. Lamentablemente indican que Julio Olmedo Castro Piedra, falleció sin que dicha suma de dinero les haya sido devuelta y en la actualidad pese a continuos requerimientos hechos a sus herederos se han negado a su pago. Por cuanto la obligación contraída no ha sido extinguida en ninguna de las formas establecidas en el art. 1583 del Código Civil y al amparo de los arts. 1715 y 1728 del mismo Código, al existir un principio de prueba por escrito que hace verosímil el hecho litigioso, acuden a demandar en la vía ordinaria de conformidad al art. 59 del C. de P. Civil, a EMMA ROSARIO PESANTEZ, en su calidad de madre y representante legal de la menor ME-LINA VALERIA CASTRO PESANTEZ, así como a los herederos presuntos y desconocidos del fallecido JULIO OLMEDO CASTRO PIE-DRA, el inmediato pago de la suma de trescientos veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, más los intereses que devengaren hasta la cancelación del crédito y más las costas procesales





en las que se incluirán los honorarios profesionales de su abogado defensor. Ofrece abonar pagos parciales debidamente justificados. Determina cuantía calificada la demanda, (sic) se ha citado en legal forma a la parte demandada conforme consta fojas 34 y 35 de los autos, habiendo comparecido a juicio EMMA ROSARIO PESAN-TEZ, a fojas 38 del juicio, proponiendo las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; sin ser verdad lo manifestado en la demanda, puesto que jamás los actores prestaron dineros de Julio Olmedo Castro Piedra, ahora fallecido y padre de la hija de la compareciente. La economía de los accionantes no les permite ni siquiera para pensarse que hayan prestado trescientos veinte mil dólares la única verdad es que la propiedad cuyo detalle constan en las escrituras públicas que obran de autos, encargó el hoy causante a favor de su hermano y cuñada, el inmueble que luego se vendió a ECUACORRIENTE S.A. obviamente los cheques fueron recibidos por Julio Olmedo Castro Piedra, por cuanto éste era el único dueño del bien, inclusive estos dineros fueron depositados en el Banco Internacional en parte, en una póliza del Banco del Pacífico, Banco del Austro. Además, antes del fallecimiento de Julio Olmedo Castro Piedra, cuando se encontraba en agonía en la Clínica Santa Inés de esta ciudad se hicieron entregar un poder (familiares) y se retiró parte del dinero, luego del fallecimiento de Julio Olmedo Castro Piedra, fue sorprendida y se retiraron otros dineros de otras pólizas conforme justificará, retiros que se lo hicieron con engaños y se repartieron familiares del hoy occiso, dineros que legalmente le corresponden a su única y universal heredera su representada. Tiene presentada una acción legal en la que el Juez dispuso retener una póliza de CIEN MIL DÓLARES en el Banco del Pacífico, dineros que con engaños, familiares pretendieron hacerse entregar, ahora pretenden hacer que se enajene los bienes inmuebles que corresponden a su hija con estas demandas improcedentes e ilegales. Que sufren de persecución e intimidación, con la finalidad de extorsionarle y conseguir que los bienes de su hija como única y universal heredera de Julio Olmedo Castro Piedra, se entregue a familiares del causante, entre ellos los hoy accionantes; alega improcedencia de la acción; falta de derecho de los accionantes para comparecer a juicio en los términos que lo han hecho. A fojas 41 y 42 del proceso, la parte

demandada plantea también como excepciones (reforma a la contestación a la demanda) que no puede existir obligación sin causa real no lícita, por lo que existe inexistencia de la obligación y falta de causa en forma subsidiaria. La obligación que se exige es natural una acción jurídicamente imposible, pues la ley no concede acción para exigir su cumplimiento. En esta virtud no concurre una condición de la acción, que es la procedencia o posibilidad jurídica de la misma, como consecuencia deduce la excepción de improcedencia de la acción y falta de derecho que la fundamenta el art. 1486 del Código Civil; deduce la excepción de colusión procesal contrario a lo que afirman los actores, los cheques recibidos por Julio Olmedo Castro Piedra, no constituyen ningún principio de prueba por escrito, pues para hacerlo como exige el art. 1728 del C. Civil, deben concurrir un acto por antonomasia de una manifestación de la voluntad explícita, que debe constar por escrito, debe provenir de aquel contra quien se sigue la demanda, de hacer verosímil la existencia del hecho controvertido, lo que se conoce en doctrina como las condiciones de la acción que deben concurrir para que el accionante pueda aspirar a un triunfo procesal, por lo que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por no existir ningún principio de prueba por escrito. Se ha convocado a la junta de conciliación (fs. 43) en la que no ha existido acuerdo o conciliación: luego de lo cual se ha recibido la causa a prueba por el término de ley, en donde las partes han aportado las que creyeren pertinentes, concluida la misma y de alegaciones, la causa se encuentra en estado de resolución para lo cual se realizan las siguientes consideraciones: PRIMERO: A la presente causa se le ha dado el trámite que en derecho corresponde y precautelando una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, se ha consagrado los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, publicación contradicción y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, sin que pueda sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades, siendo el juicio carente de nulidades sustanciales. SEGUNDO: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático y soberano, conforme lo consagra el art. 1 de la Constitución; y sobre este principio se enmarca la presente resolución ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de



las garantías constitucionales; la potestad de administrar justicia emana del pueblo. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, al que las partes se han sometido para hacer valer sus derechos. **TERCERO:** La sentencia, dice el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas por la ley sustantiva, para la existencia o validez de ciertos actos. El Juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, conforme a la normativa del art. 115 del Código de Procedimiento Civil. Teniendo presente que las pruebas deben contraerse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio, acorde lo establece el art. 116 del Código ibídem. CUARTO: En la especie, la parte actora indica que la obligación contraída por la parte demandada no ha sido extinguida de ninguna de las formas establecidas en el art. 1583 de Código Civil, y ampara su demanda en las disposiciones de los arts. 1715 del Código Civil: "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas"; y art. 1728 del Código Civil: "exceptuase de de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptuase también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales"; para ello empezaremos con analizar la prueba presentada por la parte actora, que en esencia es documental, correspondiendo a las escrituras públicas de fojas 120 de los autos, que hace relación a la escritura pública celebrada ante el Notario Sexto de este cantón Cuenca el 7 de marzo del 2006, inscrito bajo la partida nro. 97 repertorio nro. 187, tomo

N-12 del Registro de la Propiedad del cantón El Pangui, los comparecientes vendieron a ECUA-CORRIENTE S. A. un inmueble cuyas características y dimensiones están detalladas en dicho contrato. Con posterioridad se ha celebrado ante el Notario Sexto de este cantón Loja, el 27 de junio de 2008, una escritura de aclaración y rectificación, la misma que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Pangui bajo la partida nro. 184, repertorio 297, tomo 12 de 22 de julio de 2008; así a fojas 21 a 29 del proceso consta acto pre procesal la exhibición de las copias de tres cheques en contra del Banco Internacional de la cuenta corriente nro. 035-060490-6, de ECUACORRIENTE S.A., signados con los números 002794, 002795 y 002796 por las cantidades de cien mil dólares de los Estados Unidos de América, cien mil dólares de los Estados Unidos de América y ciento veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, respectivamente, a nombre de Olmedo Castro Piedra. También en escrito de prueba de fojas 46 de los autos se ha solicitado la presentación del historial clínico del Olmedo Castro Piedra, el mismo que ha sido entregado y adjuntado corriente de fojas 49 a 81 de los autos; (sic) la respuesta en oficio del Banco del Pacífico S. A. a fojas 182 de los autos da cuenta de una inversión a plazo fijo nro. 261459181 cuyo titular fue el fallecido Olmedo Castro Piedra, por un capital cien mil dólares de los Estados Unidos de América, inversión que fuera materia de cesión de derechos por parte de Emma Rosario Pesantez representante legal de la heredera del prenombrado ciudadano su hija menor Melina Valeria Castro Pesantez, cesión realizada a favor de Elvia Piedad Castro Riera, que al momento se encuentra retenida por orden judicial; a fojas 183 del proceso consta oficio del Banco del Austro S.A. en el que no consta registrado depósitos de Olmedo Castro Riera; también de fojas 184 a 202 del proceso se incorpora el oficio y documentación por parte del grupo Financiero Banco Internacional INTERFONDOS, del que consta que con respecto del Fondo Internacional Administrado de Inversión nro. 16505-01 a nombre de Olmedo Castro Piedra, un capital inicial de \$ 120.000,00 USD mediante cheque nro. 2796 del Banco Internacional de la cuenta corriente nro. 035-060490-6, girado al nombre del mlar (sic) del fondo, habiendo efectuado el mismo titular retiros al fondo mediante cheques de gerencia por montos superiores a los \$ 1.000,00 USD; y, por





último como prueba documental consta a fojas 218 a 224 del proceso, tanto los egresos como los cheques concedidos por la compañía ECUACO-RRIENTE S. A., en el número de tres cheques en contra del Banco Internacional de la cuenta corriente nro. 035-060490-6, de ECUACO-RRIENTE S.A., signados con los números 002794, 0022795 y 002796 por las cantidades de cien mil dólares de los Estados Unidos de América, cien mil dólares de los Estados Unidos de América y ciento veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, respectivamente, a nombre de Olmedo Castro Piedra, debiendo tener presente que en es la compra de un terreno, (sic) sin poder precisar de qué terreno se trata y además constan firmas de recibido conforme. De toda la documentación detallada, se llega a los siguientes razonamientos lógicos jurídicos que se celebra una compra venta de un terreno entre los actores y ECUACORRIENTE S.A., en el que claramente se estipula en la clausula cuarta (fs. \$) (sic) sobre el precio que es de trescientos veinte mil dólares de los Estados Unidos, valor que la compradora ha pagado a los vendedores -actores en este proceso- de contado y a la fecha de suscripción de la presente escritura pública declarando los vendedores recibir el pago a su entera satisfacción sin ningún reclamo posterior que realizar; cotejando la fecha de la escritura pública señalada y en especial dicha cláusula de precio, con los cheques recibidos por el fallecido Olmedo Castro Piedra de fojas 220, 222 y 224 de los autos, que son iguales a los contenidos en la exhibición arriba puntualizada, se llega a concluir que no coinciden las fechas, pues, no se demuestra que se trata de un mismo acto, que es la compra venta tampoco se precisa en el juicio: que los cheques corresponden en estricto a la causa y objeto de la compra venta que vienen sosteniendo los demandantes, mas bien con la documentación de IN-TERFONDOS, se establece que el fallecido, Olmedo Castro Piedra, con uno de los cheques, el de \$ 120.000 USD ha efectuado movimientos propios de una persona que maneja su patrimonio. Los cheques si bien son cobrados por Olmedo Castro Piedra, no se encuentra especificado la razón para el pago de los mismos, esto es, no se

indica que se trate del terreno que han vendido los demandantes a ECUACORRIENTE, puesto que tampoco existe autorización de parte de los actores para que se realice dicho acto, esto es, que cobre a nombre de los vendedores el fallecido Olmedo Castro Piedra, los valores que corresponden a la venta, es decir en nada concuerda la prueba actuada con las normativas sustentadas en la demanda constante en los arts. 1715 y 1728 del Código Civil, ya que no existe documento que acredite la relación contractual en la que los actores hubieren autorizado que los cheques salgan a nombre del fallecido Castro Piedra. Por último, se ha solicitado confesión judicial a la parte demandada la misma que corre a fojas 217 del proceso, sin que en el hecho peor en derecho se hubiere sustentado a favor de los actores sus pretensiones, por lo que tiene asidero legal las excepciones que en derecho ha propuesto la parte accionada y que ha reproducido a fojas 47 del proceso, es decir, se acepta la excepción de improcedencia de la acción, puesto que no existe vínculo causal que determine que la compra venta del terreno entre los actores y ECUACORRIENTE, se tenga que entregar los dineros al fallecido Castro Piedra, cuanto más como se analizado de la escritura pública de compra venta, los actores manifiestan que ellos han recibido a satisfacción en el momento de la celebración de la escritura dichos valores o dineros por concepto de precio, no existiendo por lo tanto existencia de obligación y causa, ya que tampoco existe principio de prueba por escrito de forma directa, que vincule a los actores con la parte demandada. Por lo expuesto, este Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, teniendo presente que la parte demandante no ha demostrado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda arts. 67 nro. 3, 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil, por los méritos del proceso y de la ley, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara sin lugar la demanda. Sin costas. Hágase saber.

f) Dr. Gustavo Emiliano Almeida Bermeo, Juez



## **APELACIÓN**

Juicio nro. 592-12

Juez ponente: Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana

PRIMERA SALA CIVIL, MERCANTIL, IN-QUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 26 abril de 2013; las 09h22

**VISTOS:** Sube el proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Edgar Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero, de la sentencia dictada por el señor Juez Octavo de lo Civil de este Cantón; que declara sin lugar la demanda propuesta por los recurrentes. Concluido el trámite, para resolver se considera: PRIMERO: La competencia en esta Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay se radica por sorteo, y habiéndose observado en la tramitación las garantías del debido proceso, se declara la validez.- **SEGUNDO:** Comparecen Edgar Rogerio Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios y sostienen que, mediante escritura pública celebrada ante el Notario Sexto del cantón, el 7 de marzo de 2006, inscrito bajo la partida nro. 97 repertorio nro. 87, tomo n.o 12 del Registro de la Propiedad del cantón El Pangui, los comparecientes vendieron a Ecuacorriente S.A., un inmueble cuyas características y dimensiones están detalladas en ese contrato. Con posterioridad se celebró ante el Notario Sexto del cantón Loja, el 27 de junio de 2008, una escritura de aclaración y rectificación, la misma que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Pangui bajo la partida nro. 184, Repertorio 297, tomo 14 el 22 de julio de 2008. Que el precio pactado fue el de trescientos veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, dinero que fue pagado mediante tres cheques del Banco Internacional, números 002794, 002795 y 002796, cuenta corriente nro. 035-060490-6, por las sumas de cien mil dólares, cien mil dólares y ciento veinte mil dólares, en su orden, respectivamente. Que los mencionados cheques solicitaron sean girados a la orden de Julio Olmedo Castro Piedra, hermano del primero y cuñado de la segunda de los comparecientes, debido a que les solicitó que le prestaran dicho valor, a lo que accedieron, confiando en la honorabilidad y familiaridad. Que lamentablemente Julio Olmedo Castro Piedra, falleció sin que dicha suma de dinero les haya sido devuelta, y en la actualidad pese a

continuos requerimientos hechos a sus herederos se han negado a su pago. Por los antecedentes expuestos, por cuanto la obligación contraída no ha sido extinguida en ninguna de las formas establecidas en el art. 1583 del Código Civil y al amparo de los arts. 1715 y 1728 del mismo Código, al existir un principio de prueba por escrito que hace verosímil el hecho litigioso, demandan en la vía ordinaria, a Emma Rosario Pesántez, en su calidad de madre y representante legal de la adolescente Melina Valeria Castro Pesántez, así como a los herederos presuntos y desconocidos del fallecido Julio Olmedo Castro Piedra, el inmediato pago de la suma de trescientos veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, más los intereses que se devengaren hasta la cancelación del crédito, y más las costas procesales en las que se incluirán los honorarios profesionales de su Abogado defensor. Ofrecen abonar pagos parciales debidamente justificados.- TERCERO: Aceptada la demanda para su trámite, cumplida la citación, a fojas 38 comparece Emma Rosario Pesántez, y con la partida de nacimiento de fis. 37, justifica ser la madre de la adolescente Melina Valeria Castro Pesántez, hija de Julio Olmedo Castro Piedra indica como antecedentes, que con el padre de su hija mantuvo una amistad de 25 años aproximadamente, luego convivieron algunos años y de esa relación procrearon a la hija, lo que motivó que le demande al progenitor el pago de pensiones alimenticias y la paternidad. Que para evadir la responsabilidad Julio Castro Piedra transfirió de dominio todos los bienes que tenía, a nombre de sus hermanos Edgar Rogerio Castro Piedra, Mery de los Dolores Guerrero Palacios, y de Galo Arcesio Castro Piedra, transferencias que se realizaron en la Notaría Sexta del Cantón Cuenca, para posteriormente ser devueltos los bienes a su dueño, habiendo por lo tanto los supuestos dueños encasillado su conducta en un pacto colusorio. A continuación, propone como excepciones: a) negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no es verdad lo manifestado, jamás los actores prestaron dineros de Julio Olmedo Castro Piedra, la economía de los accionantes no les permite ni siquiera para pensarse que hayan prestado trescientos veinte mil dólares, la única verdad es que la





propiedad cuyo detalle consta en las escrituras públicas que obran de autos, encargó el hoy causante a favor de su hermano y cuñada, el inmueble que luego se vendió a Ecuacorriente S.A., obviamente los cheques fueron recibidos por Julio Olmedo Castro Piedra, por cuanto éste era el único dueño del bien, inclusive estos dineros fueron depositados en el Banco Internacional en parte, en una póliza del Banco del Pacífico, Banco del Austro. Además, antes del fallecimiento de Julio Olmedo Castro Piedra, cuando se encontraba en agonía en la Clínica Santa Inés de esta ciudad se hicieron entregar un poder (familiares) y se retiró parte del dinero, luego del fallecimiento de Castro Piedra, fue sorprendida y se retiraron dineros de otras pólizas conforme justificará, retiros que se lo hicieron con engaños y se repartieron familiares del hoy occiso, dineros que legalmente le corresponden a su única y universal heredera su representada. Tiene presentada una acción legal en la que el Juez dispuso retener una póliza de cien mil dólares en el Banco del Pacífico, dineros que con engaños familiares pretendieron hacerse entregar, ahora pretenden hacer que se enajene los bienes inmuebles que corresponden a su hija con estas demandas improcedentes e ilegales. Que quien contesta la demanda y su hija sufren de persecución e intimidación, con la finalidad de extorsionarle y conseguir que los bienes de su hija como única y universal heredera de Julio Olmedo Castro Piedra, se entregue a los familiares del causante, entre ellos los hoy accionantes; b) improcedencia de la acción; y, c) falta de derecho de los accionantes para comparecer a juicio en los términos que lo han hecho. A fojas 41 y 42 del proceso, facultada por el art. 104 Código de Procedimiento Civil, propone también como excepciones, que no puede existir obligación sin causa real y lícita, por lo que existe inexistencia de la obligación y falta de causa en forma subsidiaria. La obligación que se exige, de haber existido es natural, por lo que la acción ejercida es jurídicamente imposible, la ley no concede acción para exigir su cumplimiento. En esta virtud no concurre una condición de la acción, que es la procedencia o posibilidad jurídica de la misma, como consecuencia deduce la excepción de improcedencia de la acción y falta de derecho que la fundamenta el art. 1486 del Código Civil; que existe colusión procesal; y, contrario a lo que afirman los actores, los cheques recibidos por Julio Olmedo Castro no constituye ningún principio de prueba por escrito, pues para hacerlo como exige el art. 1728 del C. Civil, deben

concurrir un acto por antonomasia de una manifestación de la voluntad explícita, que debe constar por escrito, debe provenir de aquel contra quien se sigue la demanda, de hacer verosímil la existencia del hecho controvertido, lo que se conoce en doctrina como las condiciones de la acción que deben concurrir para que el accionante pueda aspirar a un triunfo procesal, por lo que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por no existir ningún principio de prueba por escrito. Concluido el trámite, se dicta la sentencia motivo del recurso vertical de apelación.- TERCERO (sic): Los actores, al fundamentar el recurso de apelación, con respecto a las fechas sostienen que en todo negocio jurídico, lo lógico es entregar debidamente inscrita la escritura para proceder a su desembolso, ningún registro entrega el mismo día, por lo que resulta inverosímil la tesis sustentada; con respecto a que "no existe precisión en el juicio que los cheques no corresponden a la venta", de la simple lectura del oficio de fojas 218/224, es por la compra de un terreno en la parroquia El Pangui; que en los egresos constan sus firmas conjuntamente con las del señor Olmedo Castro al pie del "recibí conforme", en donde ellos como propietarios venden el terreno y facultan para que su pago se realice a favor del señor Olmedo Castro Piedra; que del historial clínico se determina que el señor Olmedo Castro Piedra estuvo en tal estado que no tenía capacidad ni consentimiento para realizar ningún acto, a pesar de lo cual aparece el otorgamiento de un poder ante el Notario Noveno del Cantón Cuenca, documento con el que terceras personas realizan actos fraudulentos, y que este fue el motivo -carecía de capacidad y consentimiento- para que no le hayan pedido la devolución del dinero otorgado en préstamo; que el juez de primera instancia no hace valoración de la prueba conforme lo determina el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y si lo hace lo realiza en forma sesgada, con dirección a perjudicarles sus intereses, pues existen los elementos indispensables para que surta la compra venta: entrega de la cosa y pago del precio (art. 1740 del Código Civil); que la escritura de compraventa nunca ha sido redargüida de falsa ni objetada en su legitimidad, por lo que hace prueba plena y produce efecto de indivisibilidad; y, que todo instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los interesados.- CUARTO:



En aplicación de lo previsto en los arts. 113, 114 y 273 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo, en tanto que éste último debe probar su negativa si aquella contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigiosa; cada parte está obligada a probar los hechos que alega; y, la sentencia debe decidir únicamente los puntos controvertidos.- QUINTO: Los accionantes sostienen en el libelo inicial, que la obligación contraída no ha sido extinguida por ninguna de las formas establecidas en el art. 1583 del Código Civil, y que por ello, sustentan su pretensión en los artículos 1715 y 1729 ibídem, que son del siguiente tenor: "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección judicial del juez y dictamen de peritos o de intérpretes"; "exceptuase de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptuase también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales".- SEXTO: En la etapa probatoria, los actores reproducen lo favorable de los autos de manera especial la documentación aparejada a la demanda, piden se oficie a la Clínica Santa Inés para que remita la historia Clínica de Julio Olmedo Castro Piedra, que falleció en esa casa de salud y se nombre un perito para que determine si el señor Castro Piedra se encontraba en goce de sus facultades psíquicas como físicas, para otorgar o celebrar escrituras públicas; pide se oficie a instituciones bancarias para que remitan la información que describen, así como a Ecuacorriente S.A. y que la demandada rinda confesión judicial. En esta instancia, reproducen así mismo lo favorable e impugnan lo desfavorable, piden se oficie a Ecuacorriente S.A., así como se nombre un perito médico, para que, con estudio de la historia clínica que obra en autos, determine si el señor

Castro Piedra se encontraba con capacidad y en uso de sus atribuciones como para otorgar contratos. La demandada, impugna la prueba de los actores por impertinente, extraña a la litis y jurídicamente ineficaz, sostiene que, nadie ha negado que se giraron los cheques aludidos a favor del extinto Julio Castro Piedra, ni que él los haya cobrado, que lo que ha negado y seguirá negando, que tales cheques se le haya entregado en concepto de préstamo, lo cual jamás existió.- SÉPTIMO: De fojas 49 a 181 está la documentación remitida por el Hospital Santa Inés S.A.; las respuestas de las instituciones bancarias, fojas 182, 183, 184/201. En cuanto a la pericia médica, en primera instancia renuncian al medio probatorio pedido oportunamente con el escrito de fojas 214, y en esta instancia, el Dr. Gabriel Tenorio Salazar, presenta el informe constante de fojas 31 a 32 de los autos. La confesión judicial de la Sra. Pesántez, obra a fojas 217/218, las contestaciones de Ecuacorriente fojas 218/224 y 18/30 en esta instancia.- **OCTAVO:** Analizada la prueba actuada en su conjunto, tenemos que, la documental constante de fojas 1 a 20 de los autos, consiste en copias certificadas de dos escrituras públicas, de las que aparece que Edgar Rogelio (sic) Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, venden a Ecuacorriente S.A., el lote de terreno descrito y delimitado en la cláusula segunda, habiendo pactado como precio la suma de trescientos veinte mil dólares, escritura pública celebrada ante el Notario Sexto de este cantón Cuenca, el 17 de marzo de 2006, e inscrita bajo la partida nro. 97, Repertorio nro. 187, Tomo nro. 12, en el Registro de la Propiedad del cantón El Pangui. Luego, ante el Notario Sexto del Cantón Loja, el 27 de junio del 2008, los actores de este proceso, con el representante legal de la Compañía Ecuacorriente S.A., suscriben una escritura pública rectificatoria y aclaratoria, respecto al nombre del señor Castro Piedra, Rogerio y no Rogelio, así como, sobre la singularización del terreno, la que ha sido inscrita así mismo en el Registro de la Propiedad del cantón El Pangui. De fojas 21 a 29 del proceso consta un acto pre procesal, consistente en la exhibición de las copias de tres cheques, propuesto en contra del Banco Internacional de la cuenta corriente nro. 035-060490-6, de Ecuacorriente S.A., signados con los números 002794, 002795 y 002796, los dos primeros por cien mil dólares cada uno, y el tercero, por ciento veinte mil dólares, a nombre de Olmedo Castro Piedra. De conformidad con la respuesta que la suscribe la





Gerente y Representante Legal de Ecuacorriente S.A. y que está a fojas 30 del cuaderno de esta instancia, los cheques que fueron materia de la exhibición, fueron girados por Ecuacorriente S.A., en virtud de la compra de un terreno, mediante la escritura de 17 de marzo del 2006, cheques que fueron girados a la orden de Olmedo Castro Piedra, constando su firma en los comprobantes de egreso, así como las firmas de los accionantes de este proceso. El Banco del Pacifico, con la respuesta de fojas 182, informa que en esa Institución bancaria está registrada una inversión a plazo fijo, cuyo titular fue el fallecido Julio Olmedo Castro Piedra -cuya partida de defunción no aparece del proceso, sin embargo es un hecho no controvertido por las partes-, por un capital inicial y final de 100.000 dólares, inversión que fuera materia de cesión de derechos por parte de Emma Rosario Pesántez, representante legal de la heredera Melina Castro a favor de Elvia Piedad Castro Piedra, valor que no ha sido cobrado por existir una orden judicial de retención; el Banco del Austro da cuenta que no registra depósitos realizados en fondos de inversión a nombre de Julio Castro Piedra; Interfondos por su parte, que el señor Julio Olmedo Castro Piedra, tenía un fondo de inversión aperturado el 20 de marzo del 2006, el depósito inicial fue con el cheque 2796 del Banco Internacional, los retiros fueron mediante cheques de gerencia a nombre del titular del fondo, y que fue cancelado el 8 de julio del 2010, acreditado en la cuenta de ahorros del Banco Internacional, cuya titular es Emma Rosario Pesantez, representante legal de la heredera, y por la suma de 5.088,80 dólares.- NO-**VENO:** Los actores sostienen en su demanda que ellos solicitaron que los cheques con los que se cancelaba el precio pactado en la compra venta del inmueble, sean girados a la orden de Julio Olmedo Castro Piedra, debido a que él les solicitó, le prestaran dicho valor, a lo que accedieron. Les corresponde entonces demostrar que el señor Castro Piedra, adquirió para con ellos, la obligación antes referida, crédito que dado el monto, por mandato de la ley, debió estar consignado por escrito, art. 1727 del Código Civil, más los actores sostienen que existe un principio de prueba por escrito y que los hechos, estarían dentro de lo que posibilita el art. 1728 ibídem. De la prueba actuada, no aparece ningún dato que haga verosímil la tesis propuesta por los actores en su demanda, si ellos autorizaron que el precio pactado sea entregado al señor Julio Olmedo Castro Piedra, no se puede concluir

que aquella autorización llevaba implícito un préstamo y que en consecuencia, el señor Castro Piedra, en un primer momento, y luego sus herederos a partir de su fallecimiento, tengan la obligación de devolver esa cantidad de dinero. Las inversiones en instituciones bancarias las realiza el señor Julio Olmedo Castro Piedra, y si bien en Interfondos aparece que Edgar Rogerio Castro Piedra era firma autorizada individual, no consta que el haya hecho retiro de dinero alguno, fondo en el que el titular, anota que el dinero de esa transacción proviene de la venta de una hacienda ganadera, y que los invertirá en inversiones, como así aparece, y del que se hace el mayor retiro el 17/07/2008, por la suma de 100.000 dólares, sin que, repetimos, aparezca ninguna intervención del actor de este proceso en esos retiros, y cuyo saldo de algo más de cinco mil dólares, fue entregado a la demandada.- DÉCIMO: Constituye también un dato relevante a ser tomado en cuenta, el transcurso del tiempo. Desde el 17 de marzo del 2006 hasta el 10 de mayo del 2010, que sería la fecha de su fallecimiento conforme la historia clínica remitida por el Hospital Santa Inés, es decir, durante algo más de cuatro años, no aparece ningún dato que permita reconstruir los hechos para arribar como conclusión que los hechos sucedieron como sostienen los actores en su demanda, es decir que efectivamente existió un préstamo de trescientos veinte mil dólares entre los actores como acreedores y el señor Julio Olmedo Castro Piedra, como deudor. A pesar de la familiaridad y honorabilidad como se sostiene, no resulta lógico ni verosímil que alguien preste trescientos veinte mil dólares, y por más de cuatro años, no exista ningún abono ni los supuestos acreedores se beneficien de alguna forma de aquel préstamo, cuanto más que, el señor Julio Olmedo Castro, y tal como lo sabía su hermano, deposita e invierte en instituciones bancarias, lo que genera intereses a su favor, y no se acredita ninguna reclamación, como tampoco, que esos intereses hayan ido en beneficio también de los supuestos acreedores, como era lo justo y correcto para quienes dicen, así han procedido. En la confesión judicial rendida por la demandada, sostiene que esa propiedad les trasfirió el padre de su hija mientras se tramitaba el juicio de alimentos y paternidad, que nunca fue préstamo sino pago directo, que él siempre era agricultor, luego compraba terrenos y revendía y construcción de casas jamás; que mejor Julio Olmedo Castro era quien les prestaba plata, y que fue una relación de hermanos, en lo principal,



respuestas que no benefician a la tesis de la parte actora, y que más bien refuerza el hecho, de que no se encuentra justificación que habiendo un préstamo de una cantidad importante de dinero, esta no haya sido cancelada ni un solo centavo en cuatro años, y que los actores, durante todo este tiempo no hayan tenido ningún beneficio de aquello, cuanto más que, del interrogatorio quieren hacer aparecer que se dedicaba el ahora occiso a negocios, lo que le produciría rentas, y en consecuencia, el beneficio no podía ser solo para él, y entonces, ningún dato permite siquiera sospechar, de una relación acreedor-deudor, durante más de cuatro años. Finalmente, no aparece tampoco verosímil, que si el señor Castro Piedra ingresó a una casa de salud y su estado se iba agravando conforme el paso del tiempo, los actores no hayan tenido la oportunidad de poder dejar constancia por escrito de algún endeudamiento a su favor, o algún reconocimiento que permita concluir que efectivamente existió ese préstamo, nótese al respecto, que son los mismos actores quienes presentan copia de la escritura pública de un poder otorgado por Julio Olmedo Castro Piedra a favor de Flavio René Castro Piedra el 30 de abril del 2010, para que cobre las pólizas de acumulación que ahí se describen, por lo que, si había aquella excelente relación de confianza, era quizá el momento para poder dejar

constancia por escrito de alguna obligación a favor de los accionantes, cuanto más que, aquel instrumento conlleva el retiro de dineros, poder que fue otorgado conforme el informe del perito Dr. Tenorio, en pleno uso de sus facultades, ya que examinada la documentación, no aparece que esté inhabilitado para decidir o que este inconsciente o privado de su capacidad de razonar. Por todo lo expuesto, se concluye que, los actores no han justificado conforme a derecho la procedencia de su pretensión, y en consecuencia, esta deviene en improcedente. Por la argumentación que antecede, la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay "ADMINISTRAN-DO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTO-RIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LE-YES DE LA REPÚBLICA", desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirma el fallo recurrido, por la motivación anotada. Con costas y sin honorarios que regular. Con el ejecutorial, devuélvase al Juzgado de origen. Notifíquese.

f) Dr. Juan Pacheco Barros, Juez y Presidente de la Sala. Dr. Edgar Morocho Illescas, Juez Provincial. Dr. Pablo Valverde Orellana, Juez Provincial.

## ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

Juicio nro. 592-12

Juez ponente: Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana

## PRIMERA SALA CIVIL, MERCANTIL, IN-QUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY

Cuenca, 20 de mayo de 2013; las 14h05

VISTOS: Sin contestación al traslado corrido, resolviendo sobre la ampliación de la sentencia a pedido de los accionantes, se considera: conforme lo prevé el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, la ampliación tendrá lugar si en la sentencia no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, y tiene por objeto suplir las omisiones que pudiesen existir en la resolución respecto de la acción o excepciones de las partes. En el presente caso, de la lectura de la sentencia aparece con claridad, que se precisa y resuelve la controversia sobre los puntos que se trabo la litis, y por lo tanto, está cumplido a cabalidad el principio de congruencia.

No es necesario que un Tribunal o Juez en una sentencia se pronuncie respecto a que las partes pueden hacer valer sus derechos, pues queda claro que, de acuerdo a nuestra legislación y la opinión doctrinaria generalizada, la acción es autónoma, diferente no solo del derecho material, sino de la pretensión, reside en cualquier persona, que tiene el derecho de acudir a la rama jurisdiccional para que se considere su pretensión con arreglo a las normas positivas (véase al respecto, por ejemplo, Curso de Teoría General del Proceso, 3a. edición, Jaime Azula Camacho, p. 139-140). Por lo expuesto, sin tener nada que ampliar, se manda estar a lo ordenado. **Notifíquese.** 

f) Dr. Juan Pacheco Barros, Juez y Presidente de la Sala. Dr. Edgar Morocho Illescas, Juez Provincial. Dr. Pablo Valverde Orellana, Juez Provincial.





## CASACIÓN

Juicio nro. 494-2013

Juicio ordinario por cobro de dinero propuesto por Edgar Rogerio Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, contra Emma Rosario Pesántez y otros.

## Juez ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

# CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 26 de junio de 2014, a las 14h30 **VISTOS (494 – 2013):** 

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con Resolución No. 04-2013 de 22 de julio de 2013, dispuso reestructurar la conformación de las Salas Especializadas, con sujeción a lo previsto en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el Art. 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo correspondiente, tenemos jurisdicción y somos competentes para conocer esta causa, con fundamento en los Arts. 184 de la Constitución de la República y 190.3 del Código Orgánico de la Función Judicial. 2. ANTECEDENTES: Sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por Edgar Rogerio Castro Piedra y Mery de los Dolores Guerrero Palacios, en contra de la sentencia proferida el 26 de abril de 2013, a las 09h22, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que confirmó la sentencia de primer nivel la que declaró sin lugar la demanda incoada dentro del juicio ordinario que por cumplimiento de obligaciones, siguen los ahora recurrentes en contra de Emma Rosario Pesántez.

**3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Los recurrentes alegan como infringidos en la sentencia impugnada los artículos 76.7.l), 82 y 169 de la Constitución de la República; 1715 y 1728 del Código Civil; 113, 115, 116, 117, 269, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil. Deducen el recurso interpuesto con cargo en las causales primera, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjueces de esta Sala Especializada lo admitió parcialmente, desde que

inaceptó las causales tercera y cuarta, en auto de 19 de mayo de 2014, a las 09h24. Concluido el trámite de sustanciación y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza:

4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación "es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo" (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo proyecta en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y su respuesta motivada y justa, Art. 75 de la Constitución de la República), y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La visión actualizada



de la casación le reconoce una doble finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, es decir, la salvaguarda del derecho objetivo y la tutela de los derechos de los sujetos procesales. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.

# 5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-

5.1. PRIMER CARGO, NORMAS CONSTI-TUCIONALES: Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, al ser la norma suprema del Estado la fuente originaria y fundamentadora del ordenamiento jurídico derivado, a la cual debe ajustarse el sistema dispositivo infraconstitucional, las actuaciones de las instituciones del Estado, sus representantes, los administrados y en general la sociedad que se encuentra por fuerza de ley vinculada a dichos preceptos. Los recurrentes, en el marco de su acusación, alegan: "de lo manifestado en el texto constitucional se colige que en aras de una correcta y adecuada administración de justicia, un mecanismo idóneo para alcanzarla es mediante la instauración de un proceso en donde deben respetarse las garantías, principios y derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano. El debido proceso se convierte en un pilar fundamental para la defensa de los derechos de las personas que intervienen dentro de un juicio; alrededor de aquél se articulan una serie de principios y garantías básicas que permiten una correcta administración de justicia, y justamente con aquel espíritu la Constitución ecuatoriana, en el capítulo octavo del título II, consagra en su artículo 76 las garantías básicas del debido proceso...".

**5.1.1.** Sin desmedro de atender el principio de supremacía constitucional, establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, que en el marco de la alegación que se circunscribe y fundamenta en la garantía básica de motivación que deben contener las resoluciones de los poderes públicos, en el derecho a la seguridad jurídica y en las reglas del debido proceso, es necesario puntualizar que la estrictez que supone la deducción del recurso de casación integra la necesidad de conexión lógica, entre la causa y la fundamentación,

respecto de las normas que a criterio del casacionista han sido infringidas. Por ende, la simple alegación de incumplimiento, ya sea por acción u omisión, en la aplicación o inaplicación de la norma constitucional, sin efectuar ninguna especificidad, por una parte limita forzosamente su discernimiento y, por otra, contribuye al menoscabo de ciertos rasgos peculiares que deben vigilarse para la proposición de este recurso extraordinario, sobre la base de inconsistencias de orden constitucional que pudieron acaecer en el fallo impugnado. Este Tribunal de Casación se referirá a motivación, seguridad jurídica y debido proceso, para encontrar la existencia o inexistencia de los cargos formulados por los recurrentes.

**5.1.1.1.** Éstos aducen infracción del Art. 76.7.l) de la Constitución de la República, 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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) 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 servidoras o servidores responsables serán sancionados". En el contexto expresado, se destaca que las normas constitucionales insertas en su parte dogmática, integran entre las garantías de los derechos de protección, "a las resoluciones de los poderes públicos" las cuales deberán ser motivadas. La disposición constitucional transcrita, además se encuentra incorporada dentro de las garantías procesales establecidas como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio, que connota la protección a un derecho fundamental de inexcusable observancia en toda resolución, administrativa o judicial, en la que se decidan derechos y obligaciones. Aquello conlleva una construcción lógico - jurídica que soporta la estructura de una decisión judicial, que se constituye en parte intrínseca de la ilación jurídica de la resolución o fallo; ergo, obligatoria y vinculante para la administración pública y los administradores de justicia. A la sentencia judicial precede un proceso razonado determinante al momento de dar respuesta a las interrogantes que nacen de la controversia entre las partes, cuya decisión principal





debe ser coherente con dichas respuestas, relación que se apoya tanto en las pruebas incorporadas al proceso, como en los hechos, que permitirán la aplicación de la norma jurídica pertinente al caso en cuestión. La sentencia construye su motivación tanto en los fundamentos de hecho, debidamente comprobados que constituyen, en su conjunto, elementos de convicción para el juzgador, así como en la norma jurídica, encontrando tales hechos pertenencia al precepto de Derecho. La sentencia que se impugna es incongruente cuando se contradice a sí misma y será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no se encuentra respaldada por sus premisas. La Corte Constitucional en referencia a la motivación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, expresa que, "...constituye una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y logar el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas... la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir que sea fundada en los principios constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje. Por lo expuesto, no hay duda que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas deriva tanto del derecho al debido proceso, como de la esencia de la actividad jurisdiccional en donde prevalecen principios como la independencia e imparcialidad de los jueces. El incluir la garantía a la motivación de las resoluciones dentro del derecho al debido proceso constitucional, pretende garantía que toda actuación judicial sea justificada dentro de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, pues solo así la decisión judicial alcanzará un sentido de justicia" (Sentencia No. 092-13-SEP-CC, de 30 de octubre de 2013. R.O.S. No. 130 de 25 de noviembre de 2013). La sentencia impugnada cumple las categorías de razonabilidad, logicidad y comprensibilidad y se contextualiza con la garantía en comentario. La providencia mediante la cual la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (fs. 43 del cuaderno de segunda instancia), rechaza motivadamente el pedido de ampliación de la sentencia solicitada por los actores, establece en relación a la sentencia proferida que: "En el presente caso, de la lectura de la sentencia aparece con claridad, que se precisa y resuelve la controversia sobre los puntos que se trabó la litis, y por lo tanto, está cumplido a cabalidad el principio

de congruencia...", afirmación que concuerda con el análisis del fallo efectuado por este Tribunal de Casación.

5.1.1.2. El Art. 82 de la Constitución establece que: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". En su sentido general, la seguridad consiste en la garantía que tiene el individuo en cuanto a que su persona, sus bienes y derechos, no serán objeto de ataque, y, en el evento de serlo, le serán aseguradas por la colectividad protección y reparación. En tanto que, la seguridad jurídica, llamada así para distinguirla de ese concepto general, viene a ser "... la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado (...) que sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para los demás y de los demás para con uno" (Máximo Pacheco, Teoría del Derecho, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 2000, pp. 493 y 494). Claro que el Derecho, como sistema normativo, es el instrumento que hace posible la seguridad, pero sin que sea el Derecho en sí tal seguridad, pues que éste, en cuanto valor, es modo posible de la vida de la persona que se siente segura en la vida colectiva, social. Es ésta la razón por la que la seguridad jurídica venga a ser un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones en esa vida social, cuando sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundadas expectativas de que ellas se cumplan. El constituyente de Montecristi incluyó en el texto constitucional a la seguridad jurídica y dentro de los derechos de protección. Máximo Pacheco encuentra que la seguridad como certeza del Derecho radica en que sus normas sean ciertamente perceptibles y visualizadas, que se prueben los hechos para la consecuente aplicación del Derecho, y, la ejecución, el cumplimiento de los derechos que han sido reconocidos o declarados. Conforman vivencialmente la seguridad jurídica estos dos elementos: saber o certeza, y, expectativa o confianza. La primera dice relación al conocimiento de las normas jurídicas, en cuanto disponen determinadas conductas y que esas normas objetivas son generalmente



observadas; en tanto que, la segunda, deviene precisamente de ese conocimiento y comprende una fundada expectativa de que ese ordenamiento jurídico tendrá continua y suficiente vigencia. El Derecho Comparado encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos la existencia de preceptos que procuran y realizan la seguridad jurídica, entre los más comunes, se cita los siguientes: 1) La presunción del conocimiento de la ley, en el caso del Ecuador, artículo 13 del Código Civil. 2) Principio de la reserva o legalidad penal, artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 4 del Código Penal. 3) Irretroactividad de la ley, Art. 7 del Código Civil nacional, con la excepción de la ultractividad de la ley penal más benigna. 4) Cosa juzgada, Art. 297 del Código de Procedimiento Civil nacional. 5) Prescripción, en cuanto el transcurso del tiempo extingue acciones y penas, y como modo de adquirir las cosas ajenas y extinguir derechos, Art. 2434 del Código Civil del Ecuador. La Corte Constitucional viene puntualizando que la seguridad jurídica debe ser considerada: "...como el derecho a ser juzgados por normas previamente establecidas y que además sean claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tenemos los ciudadanos de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, y por tanto se traduce en la confianza de los ciudadanos en que las autoridades investidas de una potestad jurisdiccional aplicarán y darán cumplimiento a las normas vigentes y la Constitución, respetando con ello los derechos constitucionales" (Sentencia No. 083-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013, R.O.S., de 25 de noviembre de 2013). Sobre este mismo derecho a la seguridad jurídica, esta Alta Corte sostiene que, "...es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno... de los que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que con su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela... Gregrorio Peces-Barba Martínez sostiene que: 'la seguridad supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima

de confianza en las relaciones sociales entre los seres humanos que intervienen y hacen posible esas relaciones'...de esta manera, la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya observancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita, cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada" (Sentencia No. 089-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013. R.O.S. No. 130 de 25 de noviembre de 2013). En este contexto la sentencia proferida por la Primera Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay es justa y ha garantizado los derechos de los sujetos procesales.

**5.1.1.3.** El Art. 169 *ejusdem*, también invocado, declara: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"; derechos prevalentes respaldados en el Art. 11.3 del mismo cuerpo normativo que dispone: "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". En este marco de derechos, la actual Constitución de la República fortalece las debidas garantías, pues busca integrar la democracia constitucional en cuanto se respeta los procedimientos constitucionales y los derechos que ella consagra, así como los contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos concernientes a las garantías del debido proceso y al respeto de esos derechos. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1 dispone: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la





determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". La tutela judicial efectiva de los derechos ciudadanos, tiene además directa vinculación con el ejercicio del debido proceso, más aún si la "calificación del debido proceso como derecho humano comporta toda una sistemática en los operadores. En nuestro Continente, se consiguen importantes avances tras la asunción del debido proceso como derecho humano -como explica Héctor Fix Zamudio- ya que en buena parte 'de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se ha vigorizado la tendencia hacia la superioridad de los tratados internacionales sobre las disposiciones legales internas, aun cuando se conserva la supremacía de la Ley Fundamental, pero en el campo de los derechos humanos, los instrumentos internacionales adquieren una jerarquía todavía más elevada, que llega hasta el reconocimiento de nivel constitucional" (Luis Alberto Petit Guerra, Estudios sobre el Debido Proceso, Caracas, Ediciones Paredes, 2011, p. 102). Los recurrentes vienen alegando que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, mismo que se lo debe entender en cuanto institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa, consagrado por la Constitución de la República como derecho fundamental y en cuanto conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Los principios que informan el debido proceso permiten procesar el derecho justo con la observancia de un marco normativo mínimo que incluye el juez natural, la legalidad de las formas, posibilidad de ejercer el derecho de defensa o del contradictorio, pluralidad de instancias, acceso a los recursos, competencia, favorabilidad en materia penal, decisión definitiva sin dilaciones injustificadas, presentar pruebas y controvertirlas en una serie proyectiva que culmine con decisión motivada. Por el debido proceso se armoniza al caso sub judice la juridicidad del Estado constitucional de derechos que excluye toda acción contraria o que vaya más allá de la ley. En su aspecto sustantivo o material el debido proceso se caracteriza por la vigencia de los presupuestos, principios y normas constitucionales, de instrumentos internacionales así como legales, cuya observancia es inexcusable en cuanto son sus elementos estructurales pues que cada uno de ellos lo conforman y dinamizan al ser medios que permiten hacer valer el derecho asegurando la justicia. En tanto que, en su aspecto subjetivo, el debido proceso se relaciona

con la pretensión de la tutela jurídica en función del derecho que permite hacerlos valer en comparecencia ante el órgano jurisdiccional incluso del improbus litigator, por lo que lo somete a los efectos y responsabilidades consecuentes. El núcleo esencial del debido proceso es hacer valer ante los jueces y autoridades administrativas los derechos de las personas y obtener una respuesta fundada en Derecho. La Corte Constitucional de Colombia entiende al debido proceso como aquél "...que en todo se ajusta al principio de juridicidad propia del Estado de Derecho y excluye por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: solo puede ser efectiva dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos" (Sentencia No. T-001-1993). La Corte Constitucional del Ecuador, dice que el debido proceso se muestra: "...como un conjunto de garantías que persiguen que el desarrollo de los trámites judiciales y administrativos se sujete a reglas invariables, con el fin de proteger los derechos que establece la Carta Magna, para evitar que la actuación discrecional de los jueces y autoridades durante el trámite vulnere derechos constitucionales ...el debido proceso al ser 'el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave no solo al derecho de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y puesto que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a las máximas garantías como el acceso a los órganos jurisdiccionales y al respeto a los principios y garantías constitucionales'. El debido proceso, a su vez, protege otros principios constitucionales, como el de legalidad e igualdad de las personas y la tutela efectiva, inmediata y expedita de los derechos". (Sentencia No. 086-13-SEP-CC, de 23 de octubre de 2013, R.O. 130 de 25 de noviembre de 2013). Este Tribunal encuentra que no existe vulneración a ninguna de las garantías del derecho al debido proceso que les asiste a los recurrentes; el órgano jurisdiccional de última instancia ha observado y respetado contradicción y defensa, elementos estructurales de lo actuado por aquél. En tal virtud, se rechaza el cargo. 5.2. SEGUNDO CARGO: CAUSAL PRIMERA.-**5.2.1.** Los recurrentes alegan, además, falta de

> Serie XVIII 6335



aplicación de los Arts. 1715 y 1728 del Código Civil y 115 del Código de Procedimiento Civil. En relación a la falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, aducen: "De ninguna manera existió plena valoración de las pruebas que oportunamente se aportó al proceso" (...). En cumplimiento a lo expuesto, se determina que la prueba sufragada por la parte actora no ha sido tomada en cuenta ni aquilatada en su real dimensión, en ningún pasaje del fallo recurrido existe valoración alguna, peor aún se analiza lo que en verdad se demandó y cosa extraña resuelven en base de conjeturas..."; en cuanto a la falta de aplicación de los Arts. 1715 y 1728 del Código Civil, manifiestan: "La demanda la basamos en los artículos 1715 y 1728 del Código Civil. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en la sentencia recurrida en el considerando quinto, en ningún caso se refiere al artículo 1728 sino al 1729, cuya base legal nunca hemos mencionado. Sin embargo de lo cual, cabe mencionar que dice el texto del artículo 'Exceptúase de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.".

**5.2.2.** Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación se imputan vicios in iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento por violación directa de la ley, concurre cuando: 1.- El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido por absoluto desconocimiento de la misma o por no conocer el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por ignorancia acerca de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. Por aplicación indebida, por el error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma y al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), puede también surgir el error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; y, 3.- El juzgador incurre en yerro de hermenéutica, de interpretación jurídica, al errar acerca del contenido de la norma, "del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del

juzgador y de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de las leyes". (Manuel de la Plaza, La Casación Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 218).

**5.2.3.** El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas". Por su parte, el Art. 1715 del Código Civil, prevé que: "...Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes", constituyéndose la mayoría de sus elementos preexistentes, ya sean formales o fácticos; así, los instrumentos debieron ser elaborados previamente a ser aportados al proceso, los testigos y los confesantes deben estar suficientemente enterados de los hechos acaecidos al momento de presentar su declaración ante el Juez, la inspección y el dictamen están basados sobre hechos consumados o en desarrollo, en tanto que las presunciones son de dos clases: iuris et de iure, de pleno y absoluto derecho e iuris tantum susceptibles de aducción. En su orden, el Art. 1728 ibídem, dispone: "Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales".

**5.2.4.** Cabe relievar, que como se observa, los censores lo que pretenden es que este Tribunal de Casación examine y revalorice la prueba, atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia, puesto que, en casación, sólo cabe controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan quebrantado normas positivas que regulan la misma, pero es menester resaltar que los recurrentes deben discernir de entre las causales previstas en el Art. 3 de la Ley de Casación, las que consideren pertinentes para fundamentar su





alegación circunscrita en la subsunción fáctica. Para el caso de "vulneración de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba", el legislador ha previsto la causal tercera, que regula la "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto", no pudiéndose basar la impugnación, para este tipo de casos, en ninguna otra causal, como se lo hecho, invocando la causal primera ejusdem, que trata de la violación directa de norma sustantiva y por ello no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia; los recurrentes no pueden separase de las conclusiones a que haya llegado ese Tribunal en la tarea del examen de los hechos y su prueba. Cabe recordar que la misión de este Tribunal de Casación, en el ámbito de la causal primera de casación, "...es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, más no la de revisar una vez más todas las cuestiones de hecho y de derecho, ventiladas en los grados del juicio" (Jorge Cardoso Isaza, Manual Práctico de Casación Civil, Temis, Bogotá-Colombia, 1984, p. 100).

**5.2.5.** A la norma sustancial que regula el caso controvertido, clásicamente se la entendió como la que señala y define los derechos subjetivos, reales y personales, y precisa las obligaciones de las personas. La doctrina actual la concibe como aquella "...que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). Las normas de derecho sustancial, es decir, aquellas que proveen al sujeto de una pauta de conducta determinada, Hart las llama primarias (H.L.A. Hart, el Concepto del Derecho, Editorial Nacional, México D.F., 1980, p.101) y son creadas en la expectativa optimista de que van a ser cumplidas espontáneamente. La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. "Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas, y cuya naturaleza se aprecia independientemente del cuerpo legal en que se encuentren. Esto se determina por el análisis de la propia norma... El derecho procesal está dado por el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las normas sustantivas: También son normas procesales las que señalan las formalidades que deben cumplir determinados actos" (Manuel Sánchez - Palacios Paiva, El Recurso de Casación Civil, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2009, pp. 142, 144). "Las normas procesales, finalmente, se diferencian de las normas del denominado derecho material por su contenido, el que a su vez está dado por la peculiar interferencia de conductas que conceptualizan. Pero de tal circunstancia no deriva, como es obvio, diferencia alguna desde el punto de vista de su estructura lógica. Como toda norma jurídica, una norma procesal lógicamente completa su estructura como un juicio disyuntivo, en razón de ser éste el instrumento lógico adecuado para pensar cualquier dato de conducta en la totalidad de sus posibilidades" (Lino Enrique Palacio, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 37). Las normas alegadas por los recurrentes (Arts. 1715 y 1728 del Código Civil), sin perjuicio de encontrarse incorporadas al cuerpo normativo sustantivo civil, son en esencia procesales, por cuanto su articulación depende de recursos o medios que se activan en el momento procesal pertinente, sin que por esta particularidad, puedan ser catalogadas como normas de derecho material, como queda suficientemente explicado. En efecto, el Art. 1715 del Código Civil consagra: "Cargas y medios de prueba.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes", texto que reproduce el inciso primero del Art. 113 y el contenido del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil. En tanto que, el Art. 1728 también del Código Civil establece: "Principio de prueba por escrito: Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en los que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso...". Los textos normativos transcritos forman parte del Código Civil



junto con otros preceptos de contenido puramente procesal por falencia de técnica legislativa llamada yuxtaposición. Este Tribunal deja en claro que el principio de prueba por escrito es un acto jurídico que por sí solo no acredita el hecho discutido, por ello "...es una prueba trunca que junto a las declaraciones de testigos forma, si así pudiéramos decir, una prueba íntegra" (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Bodanovic H., Curso de Derecho Civil, Parte General y los Sujetos de Derecho, Tomo II, Volumen 2, Editorial Nascimento, Santiago-Chile, 1971, p. 85). El documento, para que constituya principio de prueba por escrito, debe reunir estos requisitos: 1) Ser documento escrito, firmado o no, 2) Emanar de la parte contra quien se invoca o de su representante, y, 3) El escrito debe hacer verosímil el hecho litigioso, hecho que se cumple "...cuando entre él y la obligación que se trata de probar hay manifiesta ilación y coherencia" (op. cit. p. 85). Ahora bien, "...el sistema legal es, pues, un sistema de principios, que constituyen algo así como el esqueleto, la estructura rígida e interna de la obra, su armazón lógica, sobre el cual se ordenan los detalles de la composición. La ley procesal es la ley que determina los detalles por virtud de los cuales se realiza la justicia." (Eduardo J. Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, t iii, Buenos Aires, 1979, p. 51). Con prolijidad, la Ley de Casación "nos exige como cuestión formal que indiquemos las partes que intervienen, que precisemos la sentencia que se impugna, que hagamos un recuento de la historia del proceso y una precisión de los hechos que lo originaron. Y, también como cuestión formal se exige la presentación del cargo y los fundamentos o razones que justifican ese cargo, esa impugnación; es, pudiéramos decir, la parte clave de la cuestión formal, la presentación del cargo y sus fundamentos o razonamientos encuadrando con precisión ese cargo y esos fundamentos dentro de una causal..." (Zenón Prieto Rincón, op. cit., p. 64). Como se ha expresado, la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, regula la violación directa de una ley sustancial, vicio de juzgamiento o in iudicando, no procedimental, y solo tienen carácter de sustanciales aquellas que, frente a la

situación fáctica en ellas contempladas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes implicadas en la hipótesis legal. Una de estas cuatro cualidades es lo que hace que la norma tenga la naturaleza expresada, esto es que declare, cree, modifique o extinga relaciones jurídicas. "Para que pueda alegarse entonces, la causal primera como motivo de casación, necesario es que las normas que se dicen infringidas tengan esa índole, pues no siendo sustanciales las que se dicen quebrantadas, no puede darse el motivo primero de casación" (Jorge Cardoso Isaza, op. cit., p. 108). Para la configuración de la infracción a la norma sustancial o material, es imperativo "se concrete el sentido en que hubo de ocurrir el quebranto, el que tendría que ser por uno de estos tres motivos, distintos en su índole, a saber: 'bien por omisión, cuando la ley de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito, habiendo debido serlo; o por aplicación indebida, cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto litigado; o por interpretación errónea, cuando siendo la adecuada, empero se le entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley" (Aurelio Camacho Rueda, Recursos de Casación y Revisión en Materia Civil, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 45), cuestión trascendente e inexistente en el recurso incoado. Por lo expuesto, se desestima la acusación. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,

rechaza el recurso interpuesto y no casa la sentencia proferida por la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 26 de abril de 2013, a las 09h22. Sin costas, ni multas. **Notifíquese y devuélvase.** 

f.) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional.



Gaceta JUDICIAL
año 2014

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



## 1

## Resolución nro. 050-2014 Juicio nro. 002-2014

Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Carlos Alfonso Merino Chávez, contra Merci Patricia Mora Ulloa

#### SÍNTESIS

El actor presentó demanda de divorcio por la causal contemplada en el numeral 3 del Art. 110 del Código Civil. En su matrimonio han procreado tres hijos, una mayor de edad, dos menores, de los cuales uno está bajo su cuidado. La demandada contesta con negativa pura y simple. El actor presenta testigos que dan cuenta de la falta de armonía entre los cónyuges; los testimonios de la demandada no se toman en cuenta ya que responden que son amigas íntimas, lo que demuestra falta de imparcialidad. El Tribunal considera que existen los elementos fácticos, por lo cual acepta la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial. El actor interpone Recurso de Apelación (por inconformidad con la pensión alimenticia fijada), el cual es aceptado y se revoca la sentencia por falta de prueba; el actor solicita Ampliación y Aclaración ya que sostiene que su apelación era parcial, y que no hacía referencia al vínculo matrimonial, y que no se ha tomado en cuenta su desistimiento; ante lo cual el Tribunal de Apelación señala que el recurso no es parcial. Frente a este hecho, el mismo actor presenta recurso de casación, alega falta de aplicación del literal I, numeral 7, del artículo 76 de la Constitución; la infracción de los artículos 110.3 del Código Civil; artículos 113, 115, 207 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; artículos 373, 374, 375, 376 y 378 ibídem, y falta de aplicación de los artículos 269, 273, 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal de casación considera que la apelación impone doble limitación: a) no puede pronunciarse sobre un asunto no propuesto a la decisión del juez de primera instancia, y, b) no puede ir más allá de los agravios que han sido materia del recurso. Que los principios dispositivo y de congruencia obligan al juez de primera instancia a que su decisión guarde relación con las pretensiones, partes y hechos; y al tribunal de alzada a que su sentencia guarde conformidad con las cuestiones de primera instancia y con el principio tantum devolutum quantum appellatum (solo hay devolución de lo que ha sido apelado); lo cual le impedía revocar la sentencia de primer nivel por falta de prueba. Sobre el desistimiento el Tribunal observa que este pedido no ha sido proveído, lo cual produce violación de trámite. Añade que el hecho de que la demandada no haya apelado ni adherido a la apelación muestra su conformidad con la sentencia, por lo que no existe agravio, provocando falta de materia litigiosa bajo la cual pueda resolver el Tribunal ad quem. Por lo expuesto y en atención a lo dispuesto en el artículo 1014 en relación al artículo 349 del Código de Procedimiento Civil se declara la nulidad procesal a partir de fis. 7 de los autos de segunda instancia y todo lo actuado posteriormente.

## PRIMERA INSTANCIA

UNIDAD JUDICIAL PRIMERA DE LA FA-MILIA, MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE RIOBAMBA. Riobamba, viernes 7 de junio del 2013, las 16h06.

VISTOS: A fs. 32 comparece CARLOS ALFON-

SO MERINO CHÁVEZ a presentar su demanda de DIVORCIO en contra de su cónyuge MERCI PATRICIA MORA ULLOA. Como antecedentes de hecho dice: que consta de la Partida de Matrimonio adjunta, que se encuentra casado con la



demandada; que procrearon en común tres hijos que responden a los nombres de NN, NN y NN, de 18, 15 y 10 años de edad respectivamente; dejando en conocimiento que su hijo NN actualmente se encuentra bajo su cuidado y protección; que adquirieron los siguientes bienes en la sociedad conyugal: a) Un inmueble en la ciudadela Camilo Ponce, manzana A, casa 19, de esta ciudad de Riobamba, b) Un lote de terreno ubicado en el cantón Santa Elena, en Punta Blanca; y varias deudas en el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas por la suma de \$9.047,96 dólares; que la convivencia en el matrimonio se ha tornado insoportable, ya que no existe armonía en la vida matrimonial, que le injuriaba sin importarle que sean sitios públicos o privados, manifestándole: "eres un hijo de puta, indio, desgraciado, lárgate de la casa no quiero volver a verte nunca más", siendo su última agresión el día jueves 15 de diciembre de 2011 en esta ciudad de Riobamba a eso de las 14h30 en el sector de la ciudadela Camilo Ponce, manzana A, casa 19 en la calle le injurió diciéndole: "estúpido yo tengo otra persona, ya no te quiero, ya no te soporto más, infeliz, desgraciado, indio hijo de puta ya termínate de largar y déjame para poder hacer lo que me da la gana", para luego empujarle y volver a manifestarle que se largue y no vuelva más. Con esos antecedentes y amparado en lo dispuesto en el art. 110 causal 3 del Código Civil vigente, demanda a su cónyuge MERCI PATRICIA MORA ULLOA el divorcio, a fin de que en sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que les une; disponiéndose que la misma margine en el Registro Civil, Identificación y Cedulación correspondiente. Admitida la demanda, se la ha aceptado al trámite solicitado y se ha ordenado citar a la demandada. Se ha recibido la causa a prueba por el término legal, en el que se ordenaron, practicaron e introdujeron al proceso, las pruebas solicitadas por las partes; feneciendo el cual, al existir menores de edad que obligan a resolver sobre su situación, se ha convocado a la correspondiente junta para tratar su situación familiar y económica, se ha abierto el término probatorio; y una vez declarado concluido dicho término, por agotado que ha sido el trámite, para resolver se considera: **PRIMERO:** El suscrito Juez de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba es competente para conocer y resolver la presente causa, con fundamento en artículos 233 y 234 del

Código Orgánico de la Función Judicial. SE-GUNDO: El art. 169 de la Constitución de la República dispone que sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y que se harán efectivas las garantías del debido proceso. En la causa se ha hecho efectiva la norma constitucional invocada; se ha seguido el trámite verbal sumario, como se lo hace en esta clase de juicios, sin que se haya vulnerado el debido proceso ni omitido solemnidad sustancial alguna de las establecidas en el art. 346 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, por lo que se declara su validez. **TERCERO:** A la demandada MERCI PATRI-CIA MORA ULLOA se le ha citado legalmente a través de la Oficina de Citaciones y Notificaciones de esta Unidad Judicial conforme consta de fs. 35 del proceso; quien ha comparecido a la audiencia de conciliación a contestar la demanda; habiéndose trabado la *litis* con la negativa pura y simple, y con la excepción de improcedencia de la acción planteada por la demandada. CUARTO: El art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial contiene el principio de la verdad procesal y establece que las juezas y jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. De acuerdo a lo establecido en el art. 114 Codificación del Código de Procedimiento Civil cada parte está obligada a probar los hechos que alega. **QUINTO:** En el presente caso, la prueba ha sido debidamente actuada conforme lo establece el art. 117 ibídem y art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República. Según lo establecido en el art. 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, analizada la prueba en su conjunto, se advierte: PARTE ACTORA: 1) Con la partida de matrimonio de fs. 4, el actor ha justificado, conforme lo establecido en el art. 332 de la Codificación del Código Civil, su estado civil y la existencia del vínculo matrimonial con el demandado. 2) Con las partidas de nacimiento de fs. 5, 6 y 7 ha justificado la existencia de tres hijos que responden a los nombres de NN, NN y NN, de 19, 16 y 11 años de edad respectivamente. 3) De fs. 8 a 29 consta documentación acerca de los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal. 4) A fs. 30 consta la fotocopia certificada de un auto resolutivo en el que se aprueba el aumento de pensión alimenticia a favor de los tres hijos de las partes, en la cantidad de SEISCIENTOS





DOLARES que se compromete a suministrar el alimentante y actor de la presente causa. 5) Las fotografías de fs. 63 a 66 en nada aportan al propósito sustancial analizado. 6) A fs. 56, 60 y 62 de autos constan las declaraciones testimoniales de Yandry Guillermo Rogel Campoverde, Edgar Edmundo Uvidia Alarcón y José Enrique Chafla Asqui, quienes han declarado conocer a los cónvuges desde hace varios años atrás, han confirmado que los cónyuges han procreado en común tres hijos, han confirmado los antecedentes de hecho y derecho de la demanda, su testimonio ha permitido evidenciar el estado habitual de falta de armonía de las voluntades en la vida matrimonial, pues los testigos han sido claros en manifestar que en el matrimonio ha habido falta de armonía; insultos, malos tratos, que la demandada "le insultaba y le trataba mal", que estos tratos se han producido en eventos públicos, en reuniones, que siempre discutían; han respondido afirmativamente a la pregunta d) que contiene la serie de insultos que han dicho el actor fue víctima por parte de su cónyuge. 6.1) Estas declaraciones, al provenir de personas que han acreditado edad, probidad, conocimiento e imparcialidad, tomando en consideración la razón que éstos han dado de sus dichos y las circunstancias en que han concurrido a rendir sus testimonios, las respuestas que han dado a las repreguntas planteadas por la contraparte, dejan ver, de acuerdo a la sana crítica, su fuerza probatoria. PARTE DEMANDA-DA: ACTORA: 1) A fs. 71, 72, 82 y 82 vta., constan las declaraciones testimoniales de Enriqueta del Carmen Benalcázar Bajaña, Yuliana Katerine Llangari Remache, Mayra Sara Bonifaz Aranda y Germania del Rocío Veloz Remache, quienes han declarado conocer a los cónyuges desde hace varios años atrás, han dicho que la vida entre ellos era normal, que la demandada es estilista, pero que no ejerce la profesión. 1.1.) Las testigos han sido interrogadas al tenor del Priego de repreguntas planteadas por el actor, y las repreguntas 12 y 19 han respondido que son amigas íntimas, evidenciándose su falta de imparcialidad en la materia discutida en la causa; por lo cual, al tenor de lo determinado en los arts. 207, 208 y 216 del Código de Procedimiento Civil Codificado, se considera testimonios no idóneos. 2) Las fotografías de fs. 73 a 78 y de 94 a 99, en nada aportan al propósito sustancial analizado. 3) De la confesión judicial solicitada para el actor, se observa que éste ha contestado al pliego propuesto

con las mismas circunstancias de hecho propuestas en la demanda, por lo que, esta prueba solicitada por la demandada no le favorece a su negativa pura y simple ni a la otra excepción planteada. 4) De la información sumaria de fs. 89 a 91, se desprende que la demanda se encuentra bajo el cuidado y protección de sus hijos NN y NN, lo que se corrobora con lo manifestado por el actor en el libelo inicial, de que su hijo NN, actualmente se encuentra bajo su cuidado y protección. 5) A fojas 100 consta una fotocopia simple de una denuncia presentada en la Intendencia de Policía de Chimborazo por parte de la demandada en la presente causa. 6) Las fotocopias certificadas de fs. 106 a 318, dejan ver que, sobre la prestación alimentaria, se encuentra, ventilándose procesos en el Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Chimborazo. SEXTO: La causal tercera del artículo 110 de la Codificación del Código Civil, determina como presupuestos legales de procedencia: 1) injurias graves o 2) actitud hostil, que manifiesten claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. Del expediente obran los testimonios rendidos de donde se aprecia que efectivamente han existido injurias, y no solo aquellas, sino una realidad hostil que revela un estado habitual de la falta de armonía y una ruptura irreconciliable de las voluntades de los cónyuges en mantener el vínculo matrimonial; actitud que no ha permitido que los cónyuges cumplan con los fines del matrimonio establecidos en el art. 81 ibídem; ya que éste es una institución fundada en la estabilidad familiar de sus miembros, la decisión conjunta de mantenerse unidos con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 67 reconoce la familia en sus diversos tipos, como núcleo fundamental de la sociedad que debe ser protegida y garantizarse las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines: disponiendo que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, constituida por el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal; consecuentemente, por los hechos probados, se evidencia que se está afectando la igualdad de derechos de los cónyuges, y que ello ha generado en situaciones de actitud hostil que impiden el cumplimiento de los fines del matrimonio establecidos en el art. 81 de la Codificación del Código Civil. Sobre lo analizado, la Jurisprudencia de



la ex Corte Suprema de Justicia dice: "El art. 109 del Código Civil contiene dos causales específicas y autónomas de divorcio: a) injurias graves; y, b) actitud hostil. En la especie, la causal que se invoca es actitud hostil, cuyos elementos son los siguientes: 1) Debe existir un comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge por acción u omisión, que revele claramente enemistad y la intensión de perturbar al otro; 2) la actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. La Ley no exige gravedad de cada actitud hostil; 3) Este estado habitual de falta de armonía de los cónyuges debe darse en la vida matrimonial; 4) La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado". (Gaceta Judicial, Año CVIII. Serie XVIII, nro. 5. Página 1805). Así mismo, en otra jurisprudencia vemos: "La actitud hostil de uno de los cónyuges hacia el otro, en el caso por parte de la demandada, debe tener el carácter de reiterada, es decir, que se hayan producido las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges que imposibilita el que lleven una vida matrimonial normal, que constituye la causa pretendi para poder pronunciar el divorcio. Estos hechos deben necesariamente ser probados por el actor, a fin de que la Sala de casación proceda a su análisis y valoración". (Gaceta Judicial. Año CIII, Serie XVII. Nro. 8. Página 2366). Por las consideraciones y argumentos desarrollados, y al haberse justificado

procesalmente la existencia de los elementos fácticos que conforman las injurias y además la actitud hostil que manifiestan claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, conforme lo previsto en la causal tercera del artículo 110 del Código Civil., ADMINISTRANDO JUSTICIA. EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se ACEPTA la demanda y 1) Se declara disuelto, por divorcio, el vínculo matrimonial existente entre CARLOS ALFONSO MERINO CHÁVEZ y MERCI PATRICIA MORA ULLOA. 2) Sobre la situación económica y familiar de los hijos en común de las partes, por falta de elementos suficientes para decidir sobre ella, se estará lo ordenado por el Juzgado en donde se encuentran los procesos al respecto. 3) Una vez ejecutoriada la presente sentencia, inscríbase al margen de la partida de matrimonio de fecha 25 de Julio de 1996, constante en el Tomo I, página 156, 156 de la SIC... Cantonal del Registro Civil del cantón Santa Rosa, provincia de El Oro; para el efecto, remítase atento deprecatorio a uno de los señores Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia cantón Santa Rosa, provincia de El Oro, concediendo suficiente despacho y reciprocidad en casos análogos. Notifíquese y cúmplase. f). Dr. Bayardo Gamboa Ugalde, Juez.

### AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO. UNIDAD JUDICIAL PRIMERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Riobamba, miércoles 26 de junio del 2013, las 14h13.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito que antecede presentado por la actora. a fs. 325 de autos, el actor solicita se amplíe y se aclare la resolución emitida dentro en este proceso. Se ha corrido traslado a la demandada con la petición en cumplimiento del inciso segundo del artículo 282 del Código Procesal Civil y para resolver se considera: PRIMERO: Acorde con el artículo 281 ibídem: "El Juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días". El inciso primero del

artículo 282 ibídem, complementa el precepto anterior señalando que "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuera obscura; y, la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas". SEGUNDO: La resolución dictada en la presente causa es completamente clara y explícita, puesto que no contiene en su texto pasajes obscuros o indeterminados, ni se ha omitido resolver ningún punto controvertido, sin embargo, por haberlo solicitado dentro de término oportuno, se aclara que, sobre la situación económica y familiar de los hijos en común de las partes, se ha ordenado estar a lo resuelto por el Juzgado que ha prevenido en el conocimiento de la causa sobre alimentos, es decir, que el padre de las hijas en común, NN y NN, siga pasando





como pensión alimenticia a su favor la cantidad de CUATROCIENTOS DÓLARES (\$400 dólares) mensuales, más beneficios de ley, quienes se encuentran bajo el cuidado y protección de su madre, y así lo estarán; y, con respecto a su hijo NN, por estar actualmente bajo cuidado y protección de su padre, su pensión alimenticia ha sido oportunamente suspendida, conforme consta de fs. 309 del expediente; consecuentemente, una vez ejecutoriada la sentencia, deberá oficiarse al

Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Chimborazo, a fin de que, en la causa nro. 0762-2007, por existir la misma identidad objetiva y subjetiva que en la presente causa, se disponga su archivo, por haberse resuelto en esta causa principal. Por lo que, se aclara en este sentido la sentencia; en todo lo demás se estará a lo resuelto en ella. **Notifíquese.** 

f). Dr. Bayardo Gamboa Ugalde, Juez.

### APELACIÓN

### Jueza ponente: Beatriz Arellano B.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL. Riobamba, jueves 26 de septiembre del 2013, las 12h14.

VISTOS: El actor Carlos Alfonso Merino Chávez, interpone recurso de apelación de la sentencia pronunciada el día 7 de junio del 2013, las 16H06, constante de fs. 323 a 324 y vta. Del cuaderno de primera instancia, por el señor Juez del Juzgado Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de esta ciudad, dentro del juicio verbal sumario de divorcio que siguiera en contra de Merci Mora, resolución que acepta la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial por divorcio. Aceptado que fuera el recurso se eleva el proceso a esta Sala de lo Civil y Mercantil en donde se ha radicado la competencia, que para resolver hace las siguientes consideraciones: PRIMERO: La Sala de lo Civil y Mercantil es competente para conocer del presente proceso en razón de la materia. SEGUNDO: Se declara la validez procesal por cuanto no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa. TERCERO: Carlos Alfonso Merino Chávez, presenta demanda de divorcio en contra de la señora Merci Patricia Mora Ulloa, manifestando que: de la partida de matrimonio que adjunta se conoce que es casado con Merci Mora Ulloa, con quien ha procreado tres hijos llamados NN, NN y NN, de 18, 15 y 10 años de edad respectivamente, poniendo en conocimiento que su hijo NN, actualmente se encuentra bajo el cuidado y protección del compareciente, que han adquirido varios bienes y varias deudas. Que la convivencia con su cónyuge, desde el inicio se ha tornado insoportable, ya que no existe armonía en la vida matrimonial, le injuriaba sin importarle que sean

sitios públicos o privados manifestándole: "Eres un hijo de puta, desgraciado lárgate de la casa no quiero volverte a ver nunca más", siendo su última agresión el día jueves 15 de diciembre del año 2011, en esta ciudad de Riobamba a eso de las 14h30 en el sector de la Ciudadela Camilo Ponce Manzana A, casa 19 en la calle me injurió con los siguientes términos: "Estúpido yo tengo otra persona, ya no te quiero, no te soporto más, infeliz, desgraciado, indio hijo de puta ya termínate de largar y déjame para poder hacer lo que me da la gana", para luego empujarle y manifestarle que se largue y no vuelva nunca más. Fundamenta su petición en la causal tercera del art. 110 de la Codificación del Código Civil. CUARTO: Las causales de divorcio controvertido se encuentran contenidas en el art. 110 del Código Sustantivo Civil, la cláusula tercera tipifica "3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;" La jurisprudencia de la ex Corte Suprema, hoy Corte Nacional de Justicia ha establecido claramente que la reforma introducida por la Ley 43 (R.O. nro. 256-S 18-AGO-1989) dividió a dicha causal en dos partes claramente definidas: a) Injurias graves y b) Actitud hostil, que pueden ser utilizadas conjunta o separadamente para incoar la acción de divorcio, en ese sentido ha inferido: "Tercero. ...al haberse cambiado y actitud hostil" por "o actitud hostil", desde la reforma se puede demandar el divorcio sea por actitud hostil como lo ha hecho el recurrente en este caso, o sea por injurias graves pues, se debe tener en cuenta que la "y" es conjunción copulativa, en tanto que la "o" es disyuntiva, o sea que la primera une dos términos o dos oraciones independientes, en tanto que la segunda separa



palabras o frases, conceptos gramaticales que aclaran el alcance o finalidad en el empleo de las dos conjunciones. **QUINTO:** Los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, determinan la obligación de cada parte procesal de probar los hechos alegados, cuando dicen: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. (...)". "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. (...)". De igual forma en el mismo tema, el Art. 117 ibídem dice: "Solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio. La doctrina al tratar el tema de la prueba, claramente nos indica que, "...la finalidad de la prueba es obtener el aludido convencimiento judicial acerca de las alegaciones efectuadas por las partes, siendo tales alegaciones tanto fácticas, como jurídicas...". Actos del Juez y Prueba Civil, Estudios de Derecho Procesal Civil, Edición 2001, Editorial Jurídica Bolivariana. Partiendo de estas premisas, la parte actora a fin de probar sus aseveraciones ha presentado la siguiente prueba: 1. Testimonios de: a) Yandry Guillermo Rogel Campoverde, quien indica que conoce a la demandada al igual que a sus hijos, que el tiempo que le conoce ha sido irritable la señora, le trata de hijo de puta frente a los hijos, a las amigos, le trata mal. A la pregunta E del cuestionario de fs. 53 y 53 vta. que dice: "Diga el testigo si es verdad que sabe y conoce que el día jueves 15 de diciembre del año 2011 en esta ciudad de Riobamba a eso de las 14h30 en el sector de la ciudadela Camilo Ponce Manzana A, casa 19 en la calle mi cónyuge MERCI PATRICIA MORA ULLOA, me injurió con los siguientes términos: "estúpido yo tengo otra persona, ya no te quiero, no te soporto más, infeliz, desgraciado, indio hijo de puta ya termínate de larga y déjame para poder hacer lo que me da la gana" para luego empujarme y volver a manifestarme que me largue y no vuelva nunca más". Respondiendo: si me consta porque yo iba a donde un cliente que vive a una cuadra de ahí y constaré que la señora le insultó de esa manera y le dijo otras cosas más como siempre le insultó, como era un poco violenta se le abalanzó y él se esquivó por no causar problemas. b) Edgar Edmundo Uvidia Alarcón, quien depone en igual sentido que el anterior, y al contestar la pregunta E, manifiesta: "Si es verdad, más o menos a las 14h00 justamente estuve presente cuando prácticamente le vi que le

empujó y le comenzó a injuriar diciéndole que eres un hijo de punta que eres un desgraciado ya déjame vivir mi vida no te quiero más en la casa lárgate". c) José Enrique Chafla Asqui, quien coincide con los otros deponentes y al contestar la pregunta E también manifiesta: "Si es verdad, una vez comenzaron a discutir más o menos fue el 15 de diciembre en la ciudadela Camilo Ponce les vi que estaban discutiendo". La demandada presenta testimonios de YULIANA KATERINE LLANGARI REMACHE, MAYRA SARA BO-NIFAZ ARANDA Y GERMANIA DEL ROCIO VELOZ REMACHE, testimonios que no les da valor probatorio porque al contestar las repreguntas del pliego de fs. 67: "A la 12: Indique el testigo el grado de parentesco que tiene con el demandado indicará si es su amiga íntima, comadre, deudora o pariente. A la 19: Indique el testigo si sabe y conoce que las señoras GERMANIA VELOZ, YULIANA LLANGARI, VILMA GUEVARA Y ENRIQUETA DEL CARMEN BENALCAZAR son amigas íntimas de la señora MERCI PATRI-CIA MORA", todas contestan que son amigas íntimas, por lo que carecen de imparcialidad y por lo tanto no pueden ser valoradas. SEXTO: Luis Parraguez Ruiz conceptualizaba a la actitud hostil como: "Todo comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge revele inequívocamente su intención de causar molestias al otro" (Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Gráficas Hernández, Loja, 1996, 3a. Edición, Volumen I p. 318). La jurisprudencia diáfana y reiteradamente señala los elementos de la causal, al afirmar: "Cuarto: ...En la especie, la causal que se invoca es actitud hostil, cuyos elementos son los siguientes: 1. Debe existir un comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge por acción y omisión, que revela claramente enemistad y la intención de perturbar al otro; 2) La actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. La Ley no exige gravedad de cada actitud hostil; 3) Este estado habitual de falta de armonía de los cónyuges debe darse "en la vida matrimonial"; y, por tanto esta causal no puede ser invocada por cónyuges que se encuentran separados; 4) La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado." (Gaceta Judicial nro. 5. Serie 18. 21-JUN-2007, p. 1805). Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, define al término habitual como "lo acostumbrado, lo frecuente o lo usual", mientras que la habitualidad como "El





estado durable o permanencia de los hábitos o cosas que perseveran en ellos", de manera que, es obligatorio para el actor determinar sin rasgos de duda que el hecho litigiosos presentado a conocimiento del juez se adecúe a la norma jurídica aplicable, es decir era obligación del accionante mediante los medios probatorios determinados en nuestro ordenamiento procesal, probar que las injurias graves o actitud hostil que la demandada tenía para con él, se encuadran dentro del concepto de habitualidad que contiene el art. 110 numeral 3 del Código Civil y las definiciones constantes en este considerando. SÉPTIMO: Para realizar éste análisis, debemos partir del contenido del cuestionario presentado por el actor para sus testigos y que consta a fs. 53, cuestionario que en el numeral 3, literal e, únicamente se refiere a un día específico, esto es el jueves 15 de diciembre del año 2011, en que indica se profirieron las injurias y de forma muy general en el literal d. De igual forma, sus testigos al contestar las preguntas, refieren que "incluso una vez el 15 de diciembre del 2011 tuvieron una riña" (fs. 60); "Si es verdad una vez comenzaron a discutir más o menos fue el 15 de diciembre (...) (fs. 62), (subrayado y negrillas nuestras). El actor al presentar la demanda, únicamente fundamenta su pretensión en la causal 3 del art. 110 del Código Civil, por lo que era su obligación probar la existencia tanto de las injurias graves como de la actitud hostil. Cuando demandamos el divorcio por estas causales, entendemos que existe un apartamiento grave de las obligaciones conyugales realizadas conscientemente por su autor y esta actitud reiterada y habitual, debe hacer imposible la continuidad de la vida en común, por lo tanto las injurias deben revertir suficiente trascendencia e intensidad como para provocar la imposibilidad legítima de continuar las relaciones entre marido y mujer. De igual forma, si una causal son las injurias graves, se debía probar fehacientemente las actitudes que demuestran desconsideración y desprecio, que provocan humillaciones, etc, lo que en la especie no se lo ha hecho. Es por todos reconocida la importancia que en esta clase de juicios adquiere la prueba testimonial, por tanto el actor, debía centrar sus esfuerzos en demostrar los hechos que ha alegado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 116 del Código de Procedimiento Civil. Como se ha venido indicando a lo largo de esta sentencia, del contenido de la demanda no se evidencia la actitud habitual de falta de armonía, ca-

rencia que tampoco es corregida con el testimonio de sus testigos, pues como se dejó indicado, solamente se hace referencia a un hecho particular, el del 15 de diciembre del 2011, lo que no se puede considerar habitual. Nuestra legislación determinada en forma expresa las causales de divorcio y defiende la institución matrimonial protegida por la ley, fundamento de la familia, núcleo de la sociedad. Como bien manifiesta la Corte Nacional de Justicia, sobre la actitud hostil, "(...) el actor debía probar la concurrencia de los cuatro elementos que configuran la causal de actitud hostil, lo que no ha logrado demostrar en forma fehaciente con las pruebas actuadas dentro del proceso, pues debía probar, entre otras cosas, "un comportamiento de agresión sistemática por acción y omisión (...)", (negrillas y subrayado es nuestro), (R.O. 508, 16 de enero del 2009). La jurisprudencia reiterada es clara en cuanto a la causa pretendi de la actitud hostil al señalar: "Cuarto. La actitud hostil de uno de los cónyuges hacia el otro, en el caso por parte de la demandada, "debe tener el carácter de reiterada, es decir, que se hayan producido las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges que imposibilita el que lleven una vida matrimonial normal, que constituya la causa pretendi para poder pronunciar el divorcio", conceptos que recoge la Jurisprudencia y que este Tribunal de Casación comparte. (Exp. 91-98 R.O. 315, 12 V-98). Estos hechos deben necesariamente ser probados por el actor, a fin de que la Sala de casación proceda a su análisis y valoración... la actitud hostil de la demanda hacia su marido debió ser acreditada fehacientemente en el proceso, con indicación de hechos concretos y que tales hechos o manifestaciones se hayan manifestado en forma reiterada, y que se hayan producido las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges, que imposibilite la vida matrimonial. Estos hechos no han sido probados por el actor. "Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. Nro. 8. Página 2366, (Quito, 22-May-2002) y en ese mismo sentido al tratar sobre la "habitualidad" el alto Tribunal manifiesta "Cuarto. 4.1. La norma sustantiva mencionada establece dos situaciones diferentes como causal de divorcio: por un lado, las injurias graves, y, por otro, la actitud hostil, que desembocan en el estado habitual de desarmonía, sin que pueda concebírselos como sinónimos; además deben ser plenamente probadas por quien las alega -aun en caso de allanamiento con la demanda



según la traba de la litis. 4.2. El Diccionario Jurídico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, da a la acepción "habitual", el significado... "lo acostumbrado, lo frecuente o lo usual", mientras que la "habitualidad", responde "al estado durable, la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto", y, 4.3. El accionante con dichos testimonios no llega a establecer con certeza la habitualidad de las injurias graves ni la actitud hostil, producidas en forma habitual, que ha tratado de probar, ya que la respuesta a la pregunta b) del interrogatorio de fojas 33, que fuera absuelta por Francisco Palma (fojas 44 de primer grado), donde manifiesta b. "que si es verdad yo escuché eso por una sola vez hace unos cinco meses, atrás", y por Carlina Macías que responde. b. "yo he escuchado eso en tres ocasiones", no pueden ser tomadas como que tenga el carácter de habitualidad, ni resulta creíble la actitud hostil." Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. Nro. 5. Página 1296. (Quito, 28 de febrero de 2001). OC-TAVO: El juzgador utiliza la sana crítica como fórmula de equilibrio entre la absoluta libertad para apreciar y valorar las pruebas y la lógica procesal, esto implica que el juez puede formar libremente su convicción pero obviamente con el requisito obligatorio de establecer los fundamentos de la misma, esto es, que su aplicación entraña un juicio razonado. Como bien señala la jurisprudencia de la ex Corte Suprema, hoy Corte Nacional de Justicia en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 13. Página 4110. Quito, 2 de mayo de 2003: "Considerando "SÉPTIMO". "(...) 4) Como dijo esta Sala en la Resolución Nro. 127 de 14 de junio del 2002, publicada en el Registro Oficial nro. 360 de 31 de julio del mismo año, "la sana crítica no está definida en ningún Código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. ...Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. (...) "El artículo 119 del Código de Procedimiento Civil no

contiene, en verdad, una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba; el juzgador de instancia para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor o el demandado y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por uno u otro..." Se debe tomar en cuenta que no todo se puede probar con testimonios, más aún si son éstos poco fiables, por lo tanto el juez debe aplicar su raciocinio para determinar qué puede probarse y qué no, con una declaración testimonial como ocurre en el presente caso. Concluyese que el actor no ha justificado plenamente las aserciones de su libelo inicial no ha cumplido con los requisitos y las exigencias de la causal tercera del art. 110 del Código Civil codificado. La Norma Suprema de la República en el art. 1 señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, para ello se tiene que actuar acatando y cumpliendo la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente, lo que convierte al Operador Jurídico en garantista de los derechos fundamentales de las partes procesales y ello es lo que compete en el presente caso. Por estas consideraciones esta Sala, amparándose en lo que disponen los arts. 169 y 172 incisos primero y segundo de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 334 del Código de Procedimiento Civil, "ADMINIS-TRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" admitiéndose el recurso de apelación interpuesto por el actor, REVOCA la sentencia venida en grado y rechaza la demanda por falta de prueba. A fs. 6 del cuaderno de segunda instancia, comparece Carlos Alfonso Merino Chávez, desistiendo de la apelación de la sentencia dictada en Primera instancia. El art. 375 del Código de Procedimiento Civil dispone: "No pueden desistir del juicio: (...) 2. Los que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero". (Subrayado es nuestro.), por lo que no se aprueba. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dra. Beatriz Arellano B. Jueza Provincial; Dr. Adolfo Murillo Maggi, Conjuez; Dra. Olga Merino, Conjuez.





### AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL. Riobamba, martes 5 de noviembre del 2013, las 16h01.

VISTOS: El actor Carlos Merino Chávez, a fs. 11 de cuaderno de segunda instancia solicita la ampliación o aclaración de la sentencia emitida por la Sala, tomando en consideración que la apelación realizada fue parcial, al haber apelado una parte de la sentencia, que en ningún momento ha solicitado apelación respecto al vínculo matrimonial, por ende la Sala carecía de competencia para conocer y resolver sobre este particular, encontrándose el divorcio ejecutoriado interpuso el recurso parcial. Que el desistimiento presentado por el compareciente no ha sido tomado en consideración y ha sido presentado con antelación a la sentencia. Corrido traslado a la parte demandada, sin contestación de ésta, para resolver la Sala considera: PRIMERO: Según el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, procede la aclaración si la resolución fuere obscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. SEGUNDO: Todo fallo judicial debe reunir ciertos requisitos señalados por la misma ley, como son la claridad y completividad, por ello es derecho de las partes, mediante la interposición oportuna del respectivo recurso horizontal, solicitar la aclaración del mismo, si la sentencia fuere obscura, o su ampliación si no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos y que deban ser materia del fallo, o se hubiera omitido decidir sobre frutos, intereses o costas (Art. 282 del Código de Procedimiento Civil), derecho que debe ser atendido por la Sala siempre y cuando haya sido ejercido dentro del término que la ley procesal señala, y que en el escrito de interposición del recurso se haya determinado en forma clara y concisa los puntos a los que se contrae el petitorio, ya que si la parte que lo interpone no señala con exactitud cuál parte del fallo resulta obscuro y por lo tanto necesita ser aclarada, o que es lo que habiendo debido resolverse en el fallo no se lo ha hecho, se vería imposibilitada la Sala de atender en debida forma el recurso. En el caso que nos ocupa quien solicita el recurso horizontal no determina en forma exacta si lo que pide es aclaración o ampliación, entendiéndose de esta solicitud, que existe confusión en el compareciente, pues no sabe si se debe ampliar o aclarar,

es decir, no está seguro si está obscuro o falta algún punto de resolver, es decir, no cumple con los presupuestos indicados al inicio de este considerando. A pesar de ello y sin que sea tomado como aclaración o ampliación, es necesario indicar que, desde el punto de vista procedimentalista, el proceso es un conjunto ordenado y coordinado de actos jurídicos procesales que buscan un fin, esto es la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos reclamados en él. Con la expresión derecho procesal, se designa al conjunto de normas y principios jurídicos que regulan tanto al proceso como la integración y la competencia de los órganos del Estado que intervienen en el mismo. Si hablamos de las formas de proceder, estamos hablando de la ritualidad que deben los jueces aplicar para el correcto procedimiento y desarrollo de los juicios sin que escape de esta ritualidad el análisis que se debe realizar cuando de impugnaciones se trate. El recurso de apelación es un recurso abierto que tiene como propósito lograr que el Juez superior revise el proceso en las mismas condiciones a las que tuvo el juzgador de primer nivel, y tiene como fin el correcto establecimiento de los hechos y la adecuada aplicación del régimen normativo tomando en cuenta la falibilidad del ser humano y los señores jueces, somos parte de este grupo de personas. Con la revisión superior se genera un mayor grado de certeza jurídica. El recurso de apelación es un recurso ordinario abierto que permite la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho, que las partes hayan promovido en primera instancia con una sola limitación que es que solo se pueden revisar los aspectos sobre los que se trabó la litis originalmente, esto es la petición de divorcio que es la acción planteada por el impugnante. Ni normativamente, ni doctrinariamente existe la apelación parcial, como erradamente argumenta el actor, y como se dejó anotado, la apelación es abierta y no solo faculta, sino que imperativamente dispone que el Juez de alzada debe revisar completamente la sentencia dictada por el Juez Inferior, a fin de corregir los errores improcedendo o injudicando que puedan haberse dado en el transcurso de primera instancia, con lo cual se garantiza la correcta aplicación del principio de seguridad jurídica. Mayor error comete el compareciente cuando manifiesta que por haberse apelado parcialmente la sentencia, los Jueces de



la Sala carecíamos de competencia para resolver sobre lo principal, ya que el divorcio estaba ejecutoriado. Es importante recordar que la sentencia es un todo y no se ejecutoría por partes, ni lo que conviene a uno o a otro participante del proceso y peor aún que los jueces tengamos competencia en tal o cual parte de la sentencia, este no es un error, sino un desacierto jurídico. Según la doctrina, la sentencia no es sino la ley del caso concreto, no crea ninguna nueva norma, y se limita a declarar la vigencia de la norma legal en el caso decidido. Si dentro de este proceso existen cuestiones incidentales que deban decidirse, como lo es dentro del juicio de divorcio, los alimentos, patria potestad, tenencia, etc, éstos deben estar sujetos a la resolución que sobre lo principal y basado en las pruebas aportadas, tome el Juez *A quo*. En el caso en cuestión, se deja completamente en claro que no se puede apelar parcialmente una sentencia para que sean revisados los incidentes, y pretender que los Jueces del Tribunal *Ad quem*, dejen de revisar de los fundamentos de hecho y de derecho que generaron la creación de estos derechos. Por lo tanto, se rechaza el recurso horizontal planteado por improcedente. Intervenga en la presente causa el Ab. Fabián Rivadeneira E., legalmente encargado de la Secretaría mediante Oficio nro. 03510-CJDPCH, de fecha octubre 14 de 2013. **Notifíquese.** 

f.) Dra. Beatriz Arellano B., Jueza Provincial; Dr. Adolfo Murillo Maggi, Conjuez; Dra. Olga Merino, Conjuez.

### CASACIÓN

Resolución nro. 050- 2014; Juicio nro. 002-2014

Juicio verbal sumario de divorcio No. 002-2014 (Recurso de Casación) que sigue Carlos Alfonso Merino Chávez contra Merci Patricia Mora Ulloa, se ha dictado la siguiente providencia:

Jueza ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- Quito, a 31 de marzo de 2014, las 09h35.

### **VISTOS:**

- 1.- ANTECEDENTES.- El recurso de casación es interpuesto por Carlos Alfonso Merino Chávez, contra la sentencia de 26 de Septiembre de 2013, dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que admite el recurso de apelación interpuesto por el actor y revoca la sentencia venida en grado, que declara disuelto el vínculo matrimonial entre Carlos Alfonso Merino Chávez y Merci Patricia Mora Ulloa, rechazando la demanda por falta de prueba.
- **2.- COMPETENCIA.-** Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004–2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el Pleno
- de la Corte Nacional de Justicia, para actuar en esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, mediante Resolución No. 03–2013 de 22 de julio de 2013. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo previsto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;<sup>1</sup> y 1 de la Ley de Casación.
- **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** El casacionista alega: falta de aplicación del literal l, numeral 7, del artículo 76 de la Constitución; la infracción de los artículos 110.3 del Código Civil; artículos 113, 115, 207 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; artículos 373, 374, 375, 376 y 378 ibídem, y falta de aplicación de los artículos 269, 273, 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- **3.1.-** Bajo la causal primera, expresa, no se han cumplido con los fines del matrimonio, pues, la demandada injuria y maltrata no solo al actor

G

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ver Suplemento del R.O. No 38 del 17 de julio 2013.



sino también a sus hijos, por lo que amparado en el numeral 3 del art. 110 del Código Civil, demanda el divorcio, demostrando la falta de armonía conyugal o la actitud hostil permanente "que ha convertido el hogar bajo una situación que ha hecho imposible permanecer juntos...(sic)".

**3.2.-** Bajo la causal segunda sostiene que desistió de su recurso de apelación parcial, cumpliendo con los presupuestos legales, sin que fuese despachado por el Tribunal *ad quem*, que dicta sentencia, dejándole en indefensión al no haberse seguido el trámite correspondiente.

**3.3.-** Bajo la causal tercera acusa:

**3.3.1.-** Falta de aplicación de los arts. 113, 270 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que comprobó "las injurias graves y actitud hostil...con las declaraciones testimoniales... claras, precisas, concisas...copias certificadas de la situación de riesgo No. 741-2012...de la que obran informes de las investigaciones que demuestran la falta de armonía de las voluntades.".

**3.3.2.-** Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenida en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil: "(la) prueba fue actuada con total apego a lo dispuesto en los artículos 117 ibídem y Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República, pues los jueces al dictar el fallo debían fundamentarse en la prueba apreciada en su conjunto...".

3.4.- Bajo la causal quinta acusa falta de aplicación de los artículos 269, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil: "...(la sentencia) contiene disposiciones incompatibles como lo es el desistimiento presentado por el compareciente el mismo que no es despachado en forma oportuna pero es despachado mediante sentencia. Los señores jueces no emiten su sentencia en forma motivada pues no toman en consideración la forma en la que se presentó la apelación respecto a los alimentos del menor NN... tanto el actor como la demandada nos encontrábamos de acuerdo con la parte en la cual disuelve el vínculo matrimonial que nos une realizando la apelación respecto a los alimentos de mi hijo menor..."

4.- SOBRE LA CASACION.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las senten-

cias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo de tal marco, una vez más debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollos jurisprudenciales fijados para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos o dando al traste con los mismos. Ha de insistirse también en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por ende, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Corte Nacional, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el juez de apelaciones, al proferirla, vulneró o no la ley sustancial de alcance nacional que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Actividad jurisdiccional conflada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundamental del Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

# 5.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.Este Tribunal recuerda que es obligación de jueces, juezas y tribunales, examinar la validez del proceso, y, en caso de advertir nulidades procesales, deberán declararlas de oficio aunque las partes no las hubieren alegado, (artículo 349 del Código de Procedimiento Civil). La doctrina ha definido a las nulidades procesales como: "la sanción que ocasiona la ineficacia del acto a consecuencia de yerros en que se incurre en el proceso. Se las designa también como fallas in procedendo o vicios de actividad cuando el juez o las partes, por acción u omisión, infringen las normas contempladas en el código de procedimiento civil, a las cuales debe someterse inexcusablemente, pues ellas les indican lo



que deben, pueden y no pueden realizar."<sup>2</sup>, a la luz de los principios de trascendencia, especificidad, finalidad, protección y convalidación y otras garantías básicas del debido proceso cuya omisión acarrea nulidad procesal, cuando han provocado indefensión o han influido en la decisión de la causa.

**5.1.-** El recurso de apelación del actor<sup>3</sup> (del cual posteriormente desiste), se limita a la inconformidad por la fijación de la pensión alimenticia de NN, hijo que se encuentra bajo su cuidado; y a la de sus hijas NN y NN, por no estar fijada acorde con la tabla establecida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en consideración al rol de pagos como pensionista jubilado, estando conforme con la parte medular de la sentencia de primera instancia, (disolución del vínculo matrimonial), y sin que la demandada haya apelado o se haya adherido a la apelación presentada por el actor, omisión que demuestra su acuerdo con la sentencia del juez a quo. Así plateadas las cosas, este Tribunal subraya que el recurso de apelación, es un medio de impugnación ordinario, que permite que un Tribunal de superior jerarquía, revoque o reforme una sentencia, un auto o un decreto. Al plantearlo, el recurrente en virtud del principio dispositivo, deberá confrontar los argumentos del juez a quo, con sus discordancias, para que el juez ad quem decida sobre estos puntos, es decir, su examen queda limitado a lo que el impugnante estime como lesivo de sus derechos (objeto del recurso); los demás aspectos, quedan excluidos por ejecutoriados y firmes al haber pasado en autoridad de cosa juzgada. Así lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico cuando el art. 328 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Los interesados pueden apelar de una parte de la sentencia, auto o decreto, y conformarse con lo de*más*". De ahí que, la impugnación a través de la apelación impone al Tribunal de alzada, una doble limitación: a) no puede pronunciarse sobre asuntos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia y, b) no puede ir más allá de los agravios que han sido materia del recurso. De otro lado, el principio dispositivo, da lugar, a la

iniciativa de parte, según la cual queda a su discreción solicitar, o no, la tutela judicial y delimitar lo que se somete a consideración del tribunal de alzada. En esta misma línea de reflexión tiene sentido, como derivación del principio dispositivo, el principio de congruencia que obliga al juez de primera instancia a que su decisión guarde relación con las pretensiones, partes y hechos de la litis; y al tribunal de alzada, a que su sentencia guarde conformidad, no sólo con las cuestiones formuladas en primera instancia, sino que, en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum (solo hay devolución de lo que ha sido apelado), no pueda exceder de los planteamientos de la apelación, asegurando de ese modo, la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, causan ejecutoria y pasan a ser derecho adquirido para la parte a la que beneficia. En ese sentido, el juez plural (en caso que el actor no hubiese desistido de su apelación parcial), estaba impedido en revocar la sentencia venida en grado y rechazar la demanda por falta de prueba; por referirse a un aspecto que no fue ni podía ser cuestionado ni tomado como agravio para la apelación interpuesta, si es favorable a su pretensión principal.

**5.2.-** Frente al desistimiento de la apelación parcial presentada, la sentencia recurrida indica: "A fs. 6 del cuaderno de segunda instancia, comparece Carlos Alfonso Merino Chávez, desistiendo de la apelación de la sentencia dictada en Primera instancia. El Art. 375 del Código de Procedimiento Civil dispone: "No pueden desistir del juicio: (...) 2. Los que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero", por lo que no se aprueba.". Este Tribunal observa que, el desistimiento de la apelación de la sentencia<sup>4</sup>, con firma y rubrica debidamente reconocidas ante notario, y presentado el 19 de septiembre de 2013, esto es siete días antes de que se dicte sentencia, no ha sido proveído. En esta virtud, se subraya el efecto del desistimiento del recurso, dejar ejecutoriado el auto o resolución impugnada (art. 378 C.P.C<sup>5</sup>). En esta lógica, una vez que se ha

Ver fjs. 6 cuaderno de segundo nivel.

<sup>5</sup> Art. 378 C.P.C.: "El desistimiento de una instancia o recurso surte el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó".



<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Fernando Canosa, "Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil", Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p 23.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver fjs. 327 del expediente



desistido, sin que exista causa de incapacidad de quien lo hace, y acorde a lo previsto en el art. 374 del Código de Procedimiento Civil, surte efectos, sin consideración a la posterior providencia en la que el Juez lo reconozca, porque ésta no otorga al acto, existencia ni validez, produciendo las consecuencias anotadas; advirtiendo que la omisión en la que incurre el Tribunal ad quem al no pronunciarse sobre el desistimiento, y en su lugar dictar sentencia, es causa de nulidad por violación de trámite: "En consecuencia, es evidente que al no haberse pronunciado dicha Sala sobre tal acto Procesal (desistimiento de la demanda y recurso de apelación), se produjo la transgresión determinada en el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, pues la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso... "6.

5.3.- En este orden de ideas, el art. 1014 del Código de Procedimiento Civil a la letra sostiene: "La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357", en otras palabras, la inobservancia legal del procedimiento o vía distinta de la establecida, anula el proceso "...se produce violación de trámite solo en los casos establecidos taxativamente en la ley, aunque se haya advertido, ya que el juzgador debe tener cierta libertad para declararla, siempre y cuando dicha decisión tome en cuenta los principios de trascendencia, finalidad, protección y convalidación que rigen en la materia. Las formas procesales tienen como objetivo garantizar el debido proceso...", por tanto,

la norma citada, guarda relación con la garantía del debido proceso establecida en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución, principio de legalidad adjetiva, bajo el cual no se puede juzgar sino conforme a leyes preexistentes y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

**5.4.-** Por su parte el hecho de que la demandada no haya apelado o se haya adherido a la apelación presentada por el actor, muestra su conformidad con la sentencia dictada en primer nivel, consecuentemente, no existe perjuicio ni agravio para ella, ni puede dar lugar a provecho alguno en la prosecución de una instancia, que no tiene lugar debido al desistimiento, provocando la falta de materia litigiosa bajo la cual pueda resolver el Tribunal *ad quem*. Por todo lo expuesto, mal hizo el juez plural en declarar sin lugar la demanda, cuando la sentencia del juez *a quo* había causado ejecutoria en el asunto principal, el divorcio; y en lo que se refiere a la materia de la apelación fue desistido.

6.- DECISIÓN: Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, en atención a lo dispuesto en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 349, ibídem, declara la nulidad procesal a partir de fis. 7 de los autos de segunda instancia y todo lo actuado posteriormente, a costa de los jueces que la pronunciaron. Repóngase el proceso al estado de proveer el desistimiento presentado. Notifíquese y reenvíese el expediente.

f) Dras. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional.

Resolución No. 057-2009, "Autos y Sentencias, Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Febrero 2009", en http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/segunda\_laboral/2009/febrero\_2009.pdf

Vanesa Aguirre Guzmán, en el artículo "Nulidades en el proceso civil", Revista del Área de Derecho-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006, pág. 170-171



### II

# Resolución nro. 071-2014 Juicio nro. 083-2013

Juicio ordinario por imputación de paternidad propuesto por Domingo Ramiro Terán Villegas, contra Ruth Ximena Ortega Galarza

### SÍNTESIS

El actor de la causa dice que conoció a la demandada hace aproximadamente dos años, no existió matrimonio, y que ella le hizo creer que la menor NN es su hija. Que al pasar del tiempo ha recibido llamadas de un señor quien dice llamarse Capitán de Navío de la Armada Nacional Pedro Benjamín Costales Cabezas, quien le dice que él es el padre de la niña, y que recibe amenazas de su parte. Que al fijarse en la niña el actor ha notado que los rasgos son distintos a los suyos, que incluso el color de la piel no es el mismo, por lo que ha demandado impugnación de reconocimiento de paternidad y ha solicitado prueba de ADN, pero que la demandada no concurrió. Que presenta la demanda porque considera que no es justo que esté cancelando la pensión alimenticia. Que esta acción respeta el derecho constitucional se está respetando el derecho constitucional de la menor a tener verdadera identidad personal. Al respecto el Tribunal considera que el actor no ha probado sus afirmaciones, que el reconocimiento fue voluntario y sin coacción alguna, y que no existe el examen de ADN que desvirtúe la paternidad (al respecto señala que nuestra Constitución, Art. 66 literal D protege a la menor a no ser sometida al ADN, en concordancia con el Art. 13 (38) del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo expuesto, niega la demanda por falta de pruebas. De esta decisión el actor interpone recurso de Apelación, considera que el juez no valoró la rebeldía de la madre quien no acudió a realizarse el ADN y que éste hecho, por lógica implica que la madre sabe del engaño. Afirmación ante la cual el Tribunal de Apelación sostiene que no existen fallos de triple reiteración ni norma vigente alguna en el Ecuador que mantengan que la falta de prueba de ADN sea prueba suficiente para presumir que no es el padre. Añade el Tribunal que existe presunción de hecho a favor de niños y adolescentes en el sentido de que en el evento de negativa de ADN del padre o madre se presumirá de hecho la filiación por relación de parentesco. Sobre las declaraciones presentadas por los testigos del actor, el Tribunal considera que son referenciales porque contestan que la demandada les" contaba" que no era hija del actor. Consideraciones por las cuales rechaza el recurso de Apelación. El actor presenta entonces recurso de Casación, señala infracción de las normas contenidas en los artículos 10 (135) de los innumerados del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; 426, 11 numeral 7, 66 numeral 18, 45, 86 de la Constitución de la República y de ésta la disposición derogatoria de la Constitución anterior, 25 del Código Orgánico de la Función Judicial. Fundamenta su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. El Tribunal concluye que la presunción constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación; señala que es improcedente la aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa del examen de ADN, razón por la cual no acepta el cargo y por lo tanto no casa la sentencia.





### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO VIGÉSIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, jueves 1 de diciembre del 2011, las 14h58.

VISTOS: Comparece el señor Domingo Ramiro Terán Villegas, quien indica sus generales de ley y manifiesta: hace aproximadamente, dos años atrás, conoció a la señora Ruth Ximena Ortega Galarza, persona con quien nunca existió matrimonio, la misma que le hizo creer que la niña NN, era su hija, determinando que la reconociera; posteriormente por comentarios, que esta misma señora hiciera a varias personas, llegó a su conocimiento que la menor NN, no es su hija, la misma que la reconoció, como antes manifiesta que se le hizo creer que era su hija; lo expuesto se corrobora, por que ha recibido llamadas telefónicas del padre que dice ser y llamarse Capitán de Navío de la Armada Nacional, Pedro Benjamín Costales Cabezas, portador de la cédula de ciudadanía nro. XXXX, quien le manifiesta ser el padre de la menor y que por consiguiente no tiene ninguna obligación ante la niña NN, además han proferido amenazas diciendo que si se le vuelve a ver con la madre de la niña, tomará medidas en su contra con el ofrecimiento de atentar contra su integridad física. Esta situación le ha llevado a que analice los rasgos del fenotipo que tiene la niña y efectivamente, hasta el color de piel, color de los ojos y otras características más, determinan que no guardan relación con las suyas. La niña se encuentra bajo la custodia y protección de la madre, sin que desde hace unos ocho meses atrás le haya vuelto a ver, sin embargo se le ha instaurado un juicio de alimentos y en la contestación a la demanda ha solicitado la práctica de la prueba del patrón de bandas del ADN, a lo que la señora Jueza Sexta de la Niñez y Adolescencia Dra. Gladys Palma, inicialmente se ordenó se practicara la prueba de ADN, en los laboratorios de la Fiscalía, al momento de llevarse a cabo la diligencia en el día y hora señalados, no concurrió la señora Ruth Ximena Ortega Galarza, madre de la menor y tampoco, fue llevada la niña a las instalaciones de los laboratorios de la Fiscalía; posteriormente la señora Jueza declara la nulidad de lo ordenado dejándole en la indefensión, por lo que se ve en la obligación de plantear la presente acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad. La presente acción la plantea por tener interés, ya que está cumpliendo

obligaciones alimenticias exorbitantes de 800 dólares mensuales, más los beneficios de ley, teniendo la presunción de que no es su hija. La jueza Sexta de la Niñez y Adolescencia al no permitir la práctica de la prueba de ADN, está afectando su derecho y el de la menor, consistentes en saber con certeza cuál es la verdadera filiación de la menor. De esta manera se está afectando su derecho constitucional de proteger a su familia, que tiene formada con la señora Inés Yolanda Chicango Burbano y de su hijo llamado NN, el que fue concebido dentro de matrimonio con su ex cónyuge la señora Rosa Elena Espinosa Espinosa y que recibe su legítima protección alimenticia; además se estaría atentando contra su libertad, al no poder cumplir con la obligación impuesta a favor de la niña, que presume no es su hija, esto de acuerdo al art. 66 numeral 29 literal c) y art. 69 numeral 1), de la Constitución de la República. Es menester señalar que al interponer la presente acción se está respetando el derecho constitucional de la niña a tener su verdadera identidad personal, en el que se incluye a tener un nombre y apellido debidamente registrado y libremente escogidos; y, conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales de la identidad, tales como la nacionalidad y la procedencia familiar, tornándose imprescindible y fundamental el tener la verdadera identidad, conforme lo establece el numeral 28 del art. 66 de la Constitución de la República. La presente demanda la fundamenta en lo que dispone el numeral 2 del art. 251 del Código Civil, el que faculta la impugnación a toda persona que pruebe interés actual en ello y su interés, lo prueba, con la copia del auto resolutorio dictado por la Jueza Sexta de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, Gladys Palma en la causa nro. 0684-2010-MR, esta disposición se halla en concordancia con lo que establece el art. 24 literal b) del mismo Código Civil, disposiciones que por un avance positivo del derecho, hoy es complementado con la disposición del Art. Innumerado 13 de la Ley Reformatoria del Código de la Niñez y de la Adolescencia que dice "La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad.", todo esto, con el objeto de evitar la degradación de la personalidad de la madre de la menor; de igual



manera fundamentado esta acción en lo que establece el art. 8 del Código Civil que dice: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley". Es así que solicita que en sentencia se acepte la demanda y por lo tanto se ordene la verdadera filiación que debe tener la niña NN, derecho constitucional que tiene dicha menor. La cuantía por su naturaleza es indeterminada. El trámite a darse a la presente causa es el ordinario. Insinúa como curador ad-litem de la menor a la señora Margarita Judith Ortega Galarza, quien se posesiona de cargo a fs. 32 con opinión favorable del Fiscal Distrital de Pichincha Dr. Luis Mejía Villalva (fs. 30). Aceptada que ha sido a trámite la demandada y citada que ha sido la demandada, mediante tres boletas, según consta de fs. 17 del proceso quien comparece a juicio propone excepciones señalando domicilio judicial para posteriores notificaciones. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: El proceso es válido porque en su tramitación se han observado las solemnidades sustanciales, comunes a todos los juicios e instancias, en especial las de juicio ordinario. SE-**GUNDO:** Se procede a realizar la junta de conciliación, diligencia que se ha realizado 11 de julio de 2011 (fs. 35), a la cual comparece el Dr. Mauro Gudiño, ofreciendo poder o ratificación del actor, personería que se encuentra legitimada a fs. 37 del proceso y el Dr. Leonardo Espinoza, acompañado de su defendida la señora Ortega Galarza Ruth Ximena, se les ha concedido la palabra a las partes, quienes han expuesto sus pretensiones sin que exista una fórmula de acuerdo. **TERCERO:** Por existir hechos que deben justificarse se abre la causa prueba por el término legal de diez días. Al tenor de los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, les corresponde a las partes probar los hechos que alegan, excepto los que se presumen conforme a la ley. Dentro del cual el actor ha solicitado: I. Que se reproduzca y se tenga de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable; II. Impugna y rechaza contestación a la demanda, así como la exposición realizada por la demanda en la audiencia de junta de conciliación, por ser infundamentada, carente de veracidad y por pretender confundir al juzgador mediante falsas aseveraciones; III. Impugna la prueba que presente o que llegare a presentar la demandada por improcedente, falsa, ajena a la litis y mal actuada. IV. Que se señale día y hora para que la demandada señora Ruth

Ximena Ortega Galarza, la menor NN y el compareciente Domingo Ramiro Terán Villegas, se realice el Examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxiribonucleico (ADN), en la Cruz Roja Ecuatoriana, diligencia que no consta dentro del proceso, según la razón de la Cruz Roja Ecuatoriana que señala: "La señora Ruth Ximena Ortega Galarza y la menor NN, no concurrieron a la Cruz Roja Ecuatoriana en la fecha indicada para la práctica del examen de ADN..." (FS. 78); V. Tacha a los testigos solicitados por la demandada por ser desconocedores de los hechos sobre los cuales versa la demanda presentada; VI. Solicita que se repregunte a los testigos presentados por la demandada al tenor del pliego de preguntas constante a fs. 48 de los autos; VII. Solicita la declaración los siguientes testigos: Changotasig Tipán María José (fs. 74); Torres Anangonó Milton Francisco (fs. 75); María Imelda Quiranza Gómez (fs. 94 vta.); y, Carlos Efraín Tapia Alpala (fs. 95), los mismos que deponen al tenor del pliego de preguntas constantes a fs. 69 y vta. del proceso; VIII. Que se tenga como prueba de su parte la sentencia de divorcio de Domingo Ramiro Terán Villegas con Rosa Elena Espinosa Espinosa, dictada el 24 de abril del 2008 (fs. 56 a 59); IX. Que se tenga como prueba de su parte la copia certificada de la escritura pública, otorgada por Rosa Yolanda Ponce Armijos a favor de Domingo Ramiro Terán Villegas, la misma que obra de fs. 62 a 68 de los autos la demandada ha solicitado: I. Que se reproduzca y tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial su escrito de contestación a esta infundada acción; II. Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte lo manifestado en la junta de conciliación. III. Impugna de falsa toda la prueba presentada o que llegare a presentar la parte actora. IV. Tacha los testigos que llegare a presentar el accionante; V. Que se agregue al proceso y se tenga como prueba de su parte cuatro fotografías, en las que se encuentra festejando el cumpleaños con su hija, las mismas que obran de fs. 42 y 43 del proceso; VI. Solicita los siguientes testigos: Galo Ramiro Pita Vásquez (fs. 89); Ana Cecilia Vaca Bastidas (90) y Carlos Iván Imbaquingo Champutiz (fs. 90 vta.), quienes deponen al tenor del pliego de preguntas constantes de fs. 44 y 46 de los autos; VII. Que se tenga como prueba de su parte la partida de nacimiento y la fe de bautizo, que demuestra la menor NN que es hija





del señor Domingo Ramiro Terán Villegas y que constan de fs. 40 y 41 de los autos. CUARTO: De las pruebas presentadas en su conjunto se señala: El análisis comparativo de ADN constituye la prueba determinante y eficaz para establecer el nexo biológico entre el progenitor y el hijo, sin el cual no se puede determinar la paternidad o descartar la misma; sin embargo dentro del proceso no existe prueba suficiente para confirmar lo manifestado por el actor, ya que este reconoció a la menor NN como su hija sin existir coacción de ningún tipo. Es también importante indicar que nuestra Constitución en su art. 66 literal D, le protege a la menor NN a no ser sometida a la prueba del ADN; y en concordancia con el artículo innumerado art, ...13(138) del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: "La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad prevista en esta Ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad...", por lo que, al no existir esta prueba, no existe elementos suficientes para establecer que la menor NN no sea hija del señor Domingo Ramiro Terán Villegas. Por último es importante indicar que el art. 44 de la Constitución señala: "El

Estado, la Sociedad y la Familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas internacionales, nacionales y locales", razón por la cual es primordial precautelar el interés superior de la menor y al no existir la prueba que desvirtúe la paternidad, no se la puede afectar. En consecuencia. "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONS-TITUCIÓN Y LAS LEYES **REPÚBLICA**" se niega la demanda por falta de prueba. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.

f.) Dr. Felipe Infante Rey. Juez (e).

### **APELACIÓN**

Jueza ponente: Dra. María de los Ángeles Montalvo

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SE-GUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, viernes 18 de enero del 2013, las 08h40. VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por Domingo Ramiro Terán Villegas, de la sentencia dictada por el señor Juez Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha se considera: 1. ANTECEDENTES: ACCIÓN, CONTRADIC-CIÓN, SENTENCIA DE PRIMERA INSTAN-CIA. Domingo Ramiro Terán Villegas comparece a fs. 9 de los autos y ejerce la acción de impugnación del reconocimiento de NN quién, según el actor, no es su hija. El demandante asevera que dos años antes de la presentación de la demanda conoció a la madre de a menor llamada Ruth Ximena Ortega Galarza, que nunca se casaron, pero que ella le hizo creer que la niña que nació era su hija. Luego del reconocimiento y por los hechos que se produjeron posteriormente analizó los rasgos físicos de la niña y llegó a la conclusión, según él, que no guardan relación con los suyos. A pesar

de que, como afirma el actor, NN no es su hija, la madre instauró en su contra un juicio de alimentos en el que no se llegó a practicar la prueba de ADN, no obstante su petición, por lo que se ve obligado a ejercer esta acción. El demandante alega su interés jurídico en el proceso, porque se le ha obligado a pagar una exorbitante pensión de alimentos, aparte de lo cual se afecta el derecho de la niña a la identidad y el suyo a encaminar sus esfuerzos a la protección de su propia familia. Deduce la acción contra Ruth Ximena Ortega Galarza, en calidad de madre y representante legal de NN y lo hace respaldado en la disposición del numeral 2 del artículo 251 del Código Civil. La demandada comparece a fs. 20 y opone las siguientes excepciones: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, prescripción de la acción, dice que no se allana a las nulidades procesales y alega la improcedencia de la demanda. Trabada en estos términos la litis, luego del trámite respectivo, el señor Juez Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, por falta de



prueba, niega la demanda. De esta resolución interpone recurso de apelación el actor. 2. COM-PETENCIA DE LA SALA Y VALIDEZ PRO-CESAL. Esta Sala Especializada, a la que se integran los doctores Pablo Vaca Acosta y Edgar Flores Gonza, en calidad de jueces titulares, es competente para conocer la causa, previo el sorteo correspondiente, de conformidad con la norma del numeral 1 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial. El proceso es válido y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión; 3. FI-LIACIÓN VOLUNTARIA, ACCIÓN DE IM-PUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO. La filiación, esto es el vínculo de familia que hace de la procreación, puede ser legal, voluntaria o judicial. El artículo 24 del Código Civil señala que se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad, entre otros casos: b) por haber sido reconocida voluntariamente (una persona) por el padre o la madre o por ambos, en caso de no existir matrimonio entre ellos. De los fundamentos de hecho se desprende que NN, cuya partida de nacimiento obra a fs. 1 de los autos tiene, respecto del actor, filiación voluntaria, es decir fue reconocida voluntariamente por Domingo Ramiro Terán Villegas. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico unilateral que permite establecer la filiación con hijos nacidos fuera de matrimonio. El reconocimiento, de conformidad con el artículo 248 del Código Civil, es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce; las obligaciones que nacen de esta fuente se perfeccionan con el consentimiento y, lógicamente, no pueden ser revocadas, pero sí cabe, conforme a la ley, la impugnación del reconocimiento, acción para la cual está legitimada cualquier persona que demuestre interés jurídico en ello, siempre que, al tenor del artículo 251 ibídem, se pruebe, como se exige en la especie, que la reconocida no ha podido tener por padre al reconociente, según la regla del artículo 62, esto es que en el plano de la realidad biológica NN no puede tener por padre a Domingo Ramiro Terán Villegas; **4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.** MOTIVACIÓN. En el escrito en el cual el actor determina los puntos a los que contrae su recurso de apelación, escrito que, por cierto, limita la facultad jurisdiccional de este Tribunal de Instancia, el doctor Domingo Ramiro Terán Villegas sostiene que el juez de primera instancia no valoró, debidamente, la prueba y que no consideró la rebel-

día o desacato de la demandada, por no concurrir a realizarse, junto con la niña cuyo reconocimiento se impugna, la prueba de ADN. El actor argumenta en el sentido de que, por simple lógica, quien se niega a practicar una prueba es porque sabe que cometió engaño. La Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración, que constituyen precedentes obligatorio y vinculante, ha establecido que "las resoluciones judiciales dictadas en juicios de filiación en que no consta haberse practicado la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial..." (GJS. XVII, No. 1). Este es el efecto jurídico previsto ante la falta de prueba de ADN en juicios de filiación, lo cual no significa que cuando no se realiza la prueba de ADN el juez no debe resolver en base de la otra prueba aportada, a sabiendas de que el asunto de fondo puede discutirse nuevamente y que la sentencia que pronuncie no pasa en autoridad de cosa juzgada sustancial. Ni los fallos de triple reiteración ni ninguna norma vigente en el Ecuador recogen la tesis del reconociente de que la negativa de la madre de la niña para concurrir a practicarse el examen de ADN debe tomarse como suficiente indicio que "haga presumir" que él no es el padre biológico de la menor (fs. 52 vta.). Las presunciones deben constar en la ley y aplicarse a favor de quien han sido previstas, el literal a) del artículo 10 (135) del Código de la Niñez y Adolescencia establece una presunción de hecho a favor de los niños y adolescentes en el sentido de que en el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada (padre o madre) a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación por relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario, y en la misma providencia se fijará la pensión provisión, la cual será exigible desde la presentación de la demanda. Por tanto ni esta norma, estructura una presunción de hecho a favor de los niños y adolescentes (no en su contra), permite declarar la paternidad, la presunción no tiene otro efecto que permitir la fijación provisional de alimentos, apreciando la negativa del presunto padre o madre como indicio de mala fe, pero no permite declarar la paternidad, pues se requiere, para este fin, un juicio de conocimiento en el cual, a falta de prueba de ADN, se deberá acreditar, por otros medios, los fundamentos de hecho de la acción. Respecto a la naturaleza de las presunciones, la Corte Suprema de Justicia enseña que: "Según la doctrina,





la presunción legal es, como su nombre lo indica, la que establece o crea la ley. Las presunciones legales se clasifican en: Presunción iuris et jure y presunción iuris tantum. La primera significa de pleno y absoluto derecho consiguientemente, contra tal presunción la ley no admite prueba en contrario. La segunda en cambio, admite prueba en contrario. El artículo 32 del Código Civil clasifica las presunciones legales en: presunciones de derecho que son las llamadas por la doctrina iuris et jure y presunciones simplemente legales que son las llamadas por la doctrina iuris et tantum, en que: <se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes y circunstancias>..." (Res. Nro. 92-2002. R.O. 627-26-VII-2002). Con los documentos de fs. 1 y 2 de los autos se acredita que NN, nacida en Quito, el 12 de mayo del 2008, es hija de Domingo Ramiro Terán Villegas y que este último está casado con Inés Chicanago, desde el 30 de octubre del 2009. Las copias certificadas de fs. 22 y 58, reproducidas en el término de prueba, permiten concluir que Domingo Ramiro Terán Villegas y Rosa Elena Espinosa Espinosa procrearon un hijo llamado Gabriel Ramiro Terán Espinosa y que los cónyuges se divorciaron mediante sentencia dictada por el Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, el 24 de abril del 2008. Según los documentos presentados la Jueza Sexta de la Niñez y Adolescencia fijó, en virtud de la demanda deducida por la madre de NN, la pensión que Domingo Ramiro Terán Villegas debe pagar a favor de su hija. Estos documentos y las fotografías presentadas por la demandada a fs. 42 y 43 no prueban ninguno de los hechos controvertidos. La declaración de María Fabiola Amaguaña Bonilla, empleada del hogar, (testigo de la demandada) permite establecer las circunstancias en que se desenvolvió la relación de pareja entre los litigantes, pero no es idónea para probar el vínculo biológico padre-hija, que es lo que se cuestiona en este proceso, por lo que no se la toma en cuenta (fs. 50 vta.). Dentro del término ordinario de prueba declararon, como testigos del actor: María José Changotásig Tipán (fs. 74) y Milton Francisco Torres Anangonó (fs. 75 vta.) quienes señalan que desde octubre del 2009 (fecha posterior al nacimiento de NN) los litigantes no viven juntos, que nunca se han comportado como cónyuges y, además, certifican la honorabilidad y calidad profesional del actor. Por deprecatorio librado al Juez Cuarto de lo Civil de Ibarra declararon los testigos de la demandada Galo Ramiro Pita Vásquez, Ana Cecilia Vaca Bastidas y Carlos Iván Imbaquingo Champutiz (fs. 89, 90 y 91), quienes en forma concordante, en calidad de vecinos y pacientes del actor, señalaron que Ximena Ortega vivió con el demandante en el inmueble de la Fundación de Enfermedades de los Ojos de propiedad del Dr. Domingo Ramiro Terán Villegas, ubicado en San Antonio de Ibarra, que les conocieron como marido y mujer, que de la convivencia nació una niña, que era público que andaban juntos y que el actor recorría la ciudad con la menor. También en el término extraordinario de prueba y por deprecatorio al Juez Quinto Civil de Ibarra declararon, por petición del actor, María Imelda Quiranza Gómez y Carlos Efraín Tapia Alpala (fs. 94 vta. 95), estas declaraciones no hacen mérito ni pueden ser valoradas respecto a los hechos controvertidos, porque los testigos son referenciales, pues dicen que la demandada les "contaba" que la niña no era hija del doctor. Examinada, en conjunto la prueba producida, la Sala no llega a la convicción de que NN no es hija biológica del doctor Domingo Ramiro Terán Villegas y, por tanto, la acción no es procedente. No ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción de la acción. 5. DECISIÓN. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA, se desecha el recurso de apelación y con los argumentos expuestos por esta Sala se confirma el fallo venido en grado que rechaza la demanda. Sin costas. Actúe la doctora Ivonne Guamaní en calidad de secretaria encargada mediante acción de personal nro. 3452-DP-DPP de 31de junio de 2012. **Notifíquese.** 

f). Dr. Pablo Miguel Vaca Acosta, Juez Presidente; Dra. María de los Ángeles Montalvo, Jueza; Dr. Edgar Wilson Flores Gonza, Juez.



### ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIALES RESIDUALES.

Quito, martes 19 de marzo del 2013, las 9h30. **VISTOS:** Para resolver la solicitud de aclaración y ampliación formulada por el doctor Domingo Ramiro Terán Villegas, vencido el término del traslado, se considera: 1. OBJETO DEL RECURSO HORIZONTAL. De conformidad con el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil la aclaración tiene lugar cuando la sentencia es obscura y la ampliación cuando se ha omitido decidir alguno de los puntos controvertidos. 2. COMPETENCIA E INTEGRACIÓN DE LA SALA. Esta Sala Especializada, a la que se integra la doctora Vanessa Saltos Cisneros, en calidad de Jueza Encargada, con acción de personal nro. 648-DP-DPP, de 23 de febrero del 2013, es competente para conocer los recursos horizontales de aclaración y ampliación, a pesar de que la Jueza, últimamente mencionada, no dictó la resolución de 18 de enero de 2013, porque la competencia es del órgano jurisdiccional y no

de las personas que lo componen. 3. DECISIÓN MOTIVADA. La resolución dictada por esta Sala es clara, inteligible y decide, en forma motivada, lo que fue materia de la controversia, razón por la cual la petición formulada por el actor no tiene fundamento y se la rechaza. No obstante la Sala deja en claro que, en el considerando 4 de la sentencia, se establecen las razones por las cuales la renuncia de la parte para proporcionar las muestras para el examen de ADN, únicamente, puede ser apreciada como indicio de mala fe, conforme al artículo 263 del Código de Procedimiento Civil. Atenta la petición formulada se corrige el error mecanográfico en la línea 24 del numeral 4 del fallo en el que debe decir "la filiación o relación de parentesco" y no como indebidamente consta. Actúe la doctora Ivonne Guamaní, en calidad de Secretaria Encargada, con acción de personal nro. 648-DP-DPP, de 23 de febrero del 2013. Sin costas del incidente. Notifiquese.

f). Dr. Pablo Vaca Acosta, Presidente; Dra. María de los Ángeles Montalvo, Jueza; Dra. Verónica Saltos Cisneros, Jueza Encargada.

### CASACIÓN

Resolución nro. 071-2014; Juicio nro. 083-2013

Juicio Ordinario por imputación de paternidad propuesto por Domingo Ramiro Terán Villegas, contra Ruth Ximena Ortega Galarza

Jueza ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLES-CENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Quito, 22 de abril de 2014.- Las 09h51.-

### **VISTOS:**

### **ANTECEDENTES**

En el juicio ordinario que por impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad seguido por Domingo Ramiro Terán Villegas en contra de Ruth Ximena Ortega Galarza, en calidad de madre y representante de la niña NN, el actor interpone Recurso de Casación impugnando la sentencia dictada el 18 de enero del 2013, las 08h40, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que desecha el recurso de apelación y confirma el fallo que rechaza la demanda.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO** 

El recurrente, señala como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos: 10 (135) literal a) y 13 (136) de los innumerados del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; 426, 11 numeral 7, 66 numeral 18, 45, 86 de la Constitución de la República y de ésta, la disposición derogatoria de la Constitución anterior; 25 del Código Orgánico de la Función Judicial Fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y acusa puntualmente que los juzgadores de segunda instancia al dictar la sentencia impugnada "...se equivocaron al interpretar erróneamente el artículo 10 (135) literal a) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. También omiten la aplicación, dentro de la valoración de la prueba, el artículo en el innumerado 13 (...) Si esta disposición establece la suficiencia del examen de ADN y que no se admite la petición de nuevas pruebas entonces el criterio de





los juzgadores plasmado en la sentencia recurrida es un error en la aplicación de la norma que permite la aplicación de la presunción legal de la NO PATER-NIDAD..." (sic)

Con estos antecedentes, se encuentra que el recurrente restringe la interposición del recurso al siguiente punto:

1. Errónea interpretación de los jueces en la aplicación del artículo 10 (135) Código de la Niñez, que conlleva a la inobservancia de las disposiciones de la Constitución de la República: artículos 426; 11 numeral 7; 66 numeral 18; 45; 82 y Disposición Derogatoria.

Fundamenta dichas infracciones en la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución del Ecuador, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1 Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Juezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designadas por el Pleno para actuar en esta Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, por resolución de 22 de julio de 2013; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

### 2. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legali-

dad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para generar precedentes jurisprudenciales.

### 3. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RE-SOLVER EL TRIBUNAL

3.1 En la forma en que se ha estructurado el escrito que contiene el recurso, al Tribunal le corresponde resolver: ¿Si en un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario, en el que el demandante manifiesta haber reconocido a la niña como suya porque se le hizo creer que era su hija, sin justificar la concurrencia de vicio de consentimiento alguno, se debe aceptar la demanda aplicando la presunción negativa de hecho contenida en el artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, como presunción que permite descartar la paternidad, en consideración a que la madre de la menor no ha permitido la práctica del examen biológico de ADN?

### 4. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. El reconocimiento voluntario de maternidad o paternidad previsto en el artículo 247 y siguientes del Código Civil, constituye un acto jurídico constitutivo del estado civil para el cual la ley no ha previsto revocatoria. Genera responsabilidades y vínculos que no se pueden poner en juego por la simple voluntad del reconociente, entre ellos la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, y lazos afectivos, indispensables para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, cuyo interés superior por disposición constitucional del artículo 44 y de derechos humanos artículo 3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deben considerar entre otras instituciones y autoridades, los tribunales de justicia.

- 4.2. La eficacia jurídica de un acto con apariencia legal, como el reconocimiento voluntario válidamente efectuado, puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo (artículo 250 Código Civil) en virtud de su inalienable derecho constitucional a la identidad, y por toda persona que pruebe interés actual en ello, cuando se justifique alguno de los presupuestos previstos en el artículo 251 ibídem.
- 4.3. Para el ejercicio del acto voluntario que implica el reconocimiento, a más de la capacidad legal, se entienden incorporados el consentimiento y la licitud en el objeto y la causa; la presencia de vicios



en el consentimiento y la ilicitud del objeto son causas legales que habilitan al reconociente a entablar la acción de impugnación del reconocimiento con apariencia legal.

4.4. La práctica del examen de ADN, como prueba que permite establecer la filiación o parentesco, es prueba idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, no así en los juicios de impugnación de reconocimiento, que solo prosperan cuando el reconociente demuestra ya no la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, sino que el acto del reconocimiento, acto jurídico propio, es el resultado de la concurrencia de vicios de consentimiento o ilicitud de objeto.

### 5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDA-MENTOS DEL RECURSO

5.1. UNICO CARGO. El recurrente con fundamento en la causal 3 del Art. 3 de la Ley de Casación acusa a la sentencia de errónea interpretación en la aplicación del artículo innumerado 10 (135) del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia, refiriéndose al artículo 10 de los innumerados de la Ley Reformatoria al Título V DERECHO DE ALIMENTOS, que dispone "Obligación del presunto progenitor.- El Juez o jueza fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo las siguientes reglas: a) En el evento, de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda"; error que sostiene conlleva a la inobservancia de las disposiciones constitucionales que cita.

5.2. La Sala de Apelación en su sentencia, al analizar la norma que el recurrente cita como infringida, la interpreta en debida forma y al citarla, señala que las presunciones deben constar en la Ley y aplicarse a favor de quienes han sido previstas, agregando que la norma establece una presunción de hecho a favor de los niños y adolescentes en el evento de la negativa del demandado o demandada a someterse a la prueba científica del ADN, no utilizando la presunción para entender probada la

no paternidad del demandante. Al efecto, este Tribunal de Casación deja sentado que:

La presunción constante de la norma transcrita, constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia y no prevé otro presupuesto, ni otro efecto jurídico, constituye una excepción al sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba, asumido por la legislación ecuatoriana, que no se puede aplicar de manera inversa; la presunción positiva como consecuencia de un hecho negativo implica el presumir como cierto el hecho desconocido de la paternidad o maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido. De lo señalado este Tribunal, deja establecida la improcedencia de aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal. Razón, por la que no acepta el cargo y al no haberse vulnerado una norma de valoración de la prueba, no procede el análisis de vulneración de las normas que como efecto de aquella el demandante acusa como infringidas.

### 6. DECISIÓN

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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, no casa la sentencia dictada el 18 de enero de 2013, las 08H40, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Devuélvase el proceso para los fines de ley. Notifiquese.

f) Dras. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Roció Salgado Carpio, Jueza Nacional; María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional





## Ш

# Resolución nro. 073-2014 Juicio nro. 208-2013

Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Fredy Artemio Barzola Miranda, contra Rossy Lilian Bardi Moreno

### SÍNTESIS

El actor presenta demanda de divorcio por la causal de falta de armonía, contra su cónvuge que es abogada. Solicita declaraciones testimoniales y adjunta abundantes pruebas testimoniales de un expediente intrafamiliar. La demandada también solicitó prueba testimonial, en la cual la testigo se contradijo y trató de engañar al administrador de justicia. Se declara con lugar la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial. Se ordena enviar copias certificadas a la Fiscalía para investigación de presunto perjurio cometido por la testigo de la demandada. Se llama la atención a las profesionales del derecho por tratar de engañar e inducir al error al administrador de justicia. El actor y la demandada presentan recurso de apelación; la demandada se limita a impugnar y rechazar la sentencia, mientras que el actor señala omisión de aplicación total de la normativa, ya que la demandada y su abogada presentaron a sabiendas una testigo falsa, por lo que se dispone su enjuiciamiento penal sin considerar que incurrieron el en delito tipificado en los Arts. 354 y 355 del Código Penal, sin considerar que también ha existido violación del Art. 359 del mismo Código por lo que solicita se modifique la sentencia en este sentido. Del análisis el Tribunal concluye que se ha lesionado el respeto, consideración, amor mutuo, lealtad, por hostilidad manifiesta, por lo cual niega el recurso interpuesto por la demandada porque no especifica los puntos a los que se contrae su recurso, por lo tanto declara con lugar la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial. En cuanto al recurso del actor el Tribunal ordena que se remitan copias certificadas a la fiscalía para que se investigue el perjurio. Al advertirse que la demandada y su abogada utilizó una testigo falso, se ordena el envío de copias certificadas tanto a la Fiscalía como al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Los Ríos, a fin de que emitan la sanción correspondiente contra las abogadas (actora y su abogada defensora). Resolución de la que la accionada interpone recurso de hecho por habérsele negado el de casación. Se desecha el cargo por la causal segunda por no encontrar en la exposición del recurso los presupuestos necesarios. El Tribunal observa que la sentencia de apelación niega el recurso por cuanto no especifica los puntos a los que se contrae; ante lo cual señala que no existe disposición que oblique a un sujeto procesal a concretar su recurso dentro de un juicio verbal sumario, al contrario, el tribunal debería fallar en mérito de los autos. Con respecto a la remisión de todo lo actuado a la Fiscalía, el Tribunal sostiene que del estudio completo de las piezas procesales, dentro de la etapa de prueba, no existe el escrito de repreguntas por parte del actor, es decir que no fue una prueba debidamente actuada; por lo que resulta incomprensible, señalan, que se ordene una investigación sobre la base de una prueba ilegal e inconstitucional. Por las razones anteriores, el Tribunal Casa la sentencia y dicta una de mérito: declara sin lugar la demanda de divorcio por falta de prueba.



### PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2013-1249

UNIDAD JUDICIAL PRIMERA DE LA FA-MILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL QUEVEDO. Quevedo, viernes 28 de junio del 2013, las 11h25.

**VISTOS:** Por correspondiente de ley constante a foja seis del proceso, le tocó el conocimiento de la presente causa a esta Unidad Judicial, en donde con la documentación a fojas 1, 2, 3 y el libelo de la demanda de foja 4 vuelta y 5, comparece el actor señor FREDY ARTEMIO BARZOLA MIRANDA, quien manifiesta que el 19 de septiembre del 2007 contrajo matrimonio con la señora ROSSY LILIANA BARDI MORENO, en Quevedo, provincia de Los Ríos, inscrita en el tomo 02, página 14, acta 408, según se desprende del acta de inscripción de matrimonio que obra a foja 2 de los autos. Que en el matrimonio no procrearon hijos, adquirieron un bien inmueble mediante préstamo hipotecario con el I.E.S.S. Que su cónyuge ROSSY LILIANA BARDI MO-RENO, en el matrimonio han tenido problemas de incompatibilidad de caracteres, inmadurez, que no asumió su responsabilidad dentro del matrimonio, que no se preocupaba del quehacer matrimonial, que pasaba en el domicilio de sus padres y llegaba al hogar a altas horas de la noche y cuando le observaba dicha conducta respondía que ella no era sirvienta ni empleada de nadie, demostrando carácter irrisible, irrespeto y enojo cuando le observaba que asuma su responsabilidad y lo que hacía él, de abandonar el hogar por semanas y conforme avanzó la relación matrimonial por varias y reiteradas ocasiones llegó agredirlo verbalmente con los términos denigrantes como maldito, desgraciado, miserable, que el 15 de noviembre del 2012 había formulado una denuncia en la Comisaría de la Mujer y la Familia de Quevedo, inventándose que le había, proferido agresiones verbales en su contra el 08 de noviembre del 2012 y solicitando medidas de amparo como Boleta de Auxilio prohibiendo que me acerque, existiendo una actitud hostil con manifiesto estado de armonía de los contrayentes, que desde finales del mes de septiembre del 2012 su cónyuge prácticamente tiene abandonado su hogar, sin que exista ninguna relación marital, ni sexual. Fundamenta su demanda en la causal tercera del artículo 110 y 118 de la Codificación del Código Civil, solicitando que en sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que los une actualmente por la falta de armonía de las dos voluntades. Admitida que fue al trámite la demanda a fojas 7 de autos, se dispuso que se cite a la demandada ROSSY LILIANA BARDI MORE-NO, a través de la Oficina de Citaciones de esta Unidad Judicial conforme se lo realizó citación en persona constante a foja 10 de autos, se realiza la audiencia de conciliación y en la misma se dispuso que se notifique con el acta de la Audiencia de Conciliación, para que decurra la apertura de la causa a prueba por el término de seis días, tal como es visible a fojas 20 de autos encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera las siguientes. PRIMERO: No existe omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie el proceso, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** Durante el término de prueba el actor solicita que se recepten las declaraciones testimoniales de los testigos ULVIO JOSE HIDAL-GO VERA, KLEBER YURIS MORA TORRES, WENDI SAMANTA PACHECO CORREA, LUIS ALBERTO GARCÍA BRIONES, WIL-SON VITERI OJEDA, JANETH CEDEÑO Y VICTOR RAFAEL MEDINA MARTINEZ, quien solo rinden sus declaraciones testimoniales ULBIO JOSE HIDALGO VERA, KLEBER YU-RIS MORA TORRES, LUIS ALBERTO GAR-CIA BRIONES, que obran a fojas 26 vta., 28 vta., y 30 vta., de autos quienes con sus declaraciones han demostrado la falta de armonía y comprensión de las dos voluntades; es decir la causal invocada por el actor en su demanda y además ha incorporado al proceso abundante pruebas documentales de un expediente intrafamiliar causa nro. 1561-2012 sustanciado en la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quevedo, copias certificadas que corren desde fojas 32 a fojas 109, del proceso. La demanda también solicitó declaraciones testimoniales las mismas que obran a fojas 118 vuelta, 120 vuelta de autos en este folio rinde su declaración bajo juramento la ciudadana JESSICA VERÓNICA ORMAZA LUCAS, la misma que se contradice y trata de engañar al administrador de justicia falseando a la verdad, de los hechos, e injuriar al accionante todo por ser amiga íntima de la demandada, una





confesión judicial, que carecía de su firma y rúbrica y se ordena incorpore al proceso a fojas 126, 127 y vueltas 129 a 135 de autos, con las copias certificadas que se adjuntan dentro del expediente a folio 139 a folio 174 de autos se prueba una vez más como se trata de engañar a la aministración de justicia entre la demandada y la testigo JESSICA VERÓNICA ORMAZA LUCAS, y así lo hace conocer el accionante en su informe en derecho o alegato que presenta y consta de fojas 175 al 177 vueltas, de autos en donde se ratifica y aprueba cada una de las diligencias y pruebas llevadas a efecto en este expediente. TERCERO: El suscrito juez investigador y en mis apuntes y análisis al Código Sustantivo y de Procedimiento Civil, dice: "... que en todo matrimonio debe existir armonía, comunicación, comprensión, ayuda, tolerancia y tomar decisiones conjuntas que tengan como objetivos consolidar y robustecer el matrimonio en todas sus fases, si sucediera lo contrario dentro del hogar y matrimonio no existiría la estabilidad, realización, paz, armonía y respeto que son los principios inclaudicables e inmanentes de un hogar o matrimonio consolidado..." por lo expuesto de hacer mayor análisis del respeto, el suscrito Juez DE ESTA UNIDAD JU-DICIAL PRIMERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN QUEVEDO ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA **REPÚBLICA**, declara con lugar la demanda y consecuentemente SE DECLARA DISUELTO

EL VÍNCULO MATRIMONIAL EXISTENTE ENTRE que une a los cónyuges señora FREDY ARTEMIO BARZOLA MIRANDA Y ROSSY LILIANA BARDI MORENO, matrimonio celebrado en Quevedo, provincia de Los Ríos, inscrito en el tomo 02, página 14, acta 408, ejecutoriada esta sentencia, para tal efecto se dispone que la señora secretaria confiera las copias debidamente certificadas para la inscripción y marginación del presente fallo y notifiquen al Jefe del Registro Civil de dicha jurisdicción. Así mismo se ordena enviar las copias certificadas de todo lo actuado a la Fiscalía cantonal de esta ciudad, para el sorteo respectivo e investigue el presunto delito de perjurio, tal como lo establece el artículo 354, 355 y siguiente del Código Penal vigente, cometido por la testigo JESSICA VERÓNICA ORMAZA LUCAS, y se le llama la atención a las profesionales del derecho por tratar de engañar a la Administración de Justicia e inducirlo a cometer grave error, que pueden ser sancionadas de acuerdo a las facultades del Código Orgánico de la Función Judicial y al Código de Ética, y que se envíe atentas copias certificadas de todo el proceso al Director Provincial de Los Ríos del Consejo de la Judicatura para que investigue las conductas de las mencionadas profesionales del derecho abogadas ROSSY LILIANA BARDI MORENO Y EDITH MESIAS GALLO. Sin costas, ni honorarios que regular. Cúmplase con lo dispuesto en el art. 277 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, intervenga la secretaria sbogada Angélica Guanopatín Mendoza. Cúmplase y notifíquese. f) Abg. Hernán Zambrano Zambrano, JUEZ

### **APELACIÓN**

Juicio nro. 2013-0557

Juez ponente: Jorge Luis Euvin Villacrés

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RIOS.- SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOS RIOS CON SEDE EN EL CANTÓN QUEVEDO.

Quevedo, lunes 18 de noviembre del 2013, las 16h45.

VISTOS.- A fojas 214 y 215 de los autos, del cuaderno primitivo, en su orden, la demandada, señora AB. LILIANA BARDI MORENO Y EL ACTOR DR. FREDY BARZOLA MIRANDA, dentro del término legal interponen recurso de

apelación de la sentencia dictada por el señor Juez de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quevedo, en fecha 28 de junio del 2013, las 11h25, en la que declara con lugar la demanda y en consecuencia, se declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges FREDY ARTEMIO BARZOLA MIRANDA Y ROSSY LILIANA BARDI MORENO. Radicada la competencia en esta Sala, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO** 



**COMPETENCIA.-** De conformidad con el art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el art. 340 del Código de Procedimiento Civil esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuespor la demandada. **SEGUNDO.**conformidad con el art. 76 de la Constitución de la República, debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales, no se observa haberse transgredido tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial, por lo que se declara su validez. TERCERO.- La demandada Liliana Bardi Moreno, se limita a impugnar y rechazar la sentencia dictada por el Juez a quo en fecha 28 de junio del 2013, las 11h25, por no estar de acuerdo con ella, en tanto que el actor de esta causa, Dr. Fredy Artemio Barzola Miranda fundamenta su recurso en el hecho de que, pese a estar de acuerdo con la sentencia recurrida, observa que se ha omitido la aplicación total de la normativa en la parte resolutiva de la sentencia cuando manifiesta que tanto la demandada ROSSY LILIANA BARDI MORENO, y su abogada defensora AB. JENITH EDITH ME-SIAS GALLO, durante la tramitación de la presente causa, han utilizado, a sabiendas, un testigo falso como es el caso de la señora JESSICA VE-RÓNICA ORMAZA LUCAS, por lo que dispone su enjuiciamiento penal por haber incurrido en el delito tipificado en los arts. 354 y 355 del Código Penal, sin considerar que las antes prenombradas ciudadanas, también han incurrido en la violación del art. 359 del Código Penal, por lo que solicita se reforme la sentencia en el sentido indicado. Además, y con el mismo fin, hace referencia a que además se ha adecuado su conducta a lo que previene el art. 296 del mismo cuerpo de Ley. **CUARTO.-** De la revisión minuciosa de las constancias procesales, se aprecia lo siguiente: 1.- De fojas 1 a 5 obran del expediente documentos y la demanda presentada por el señor FREDY ARTEMIO BARZOLA MIRAN-DA, quien manifiesta que el 19 de septiembre del

2007 contrajo matrimonio con la señora ROSSY LILIANA BARDI MORENO, en Quevedo, provincia de Los Ríos, inscrito en el tomo 02, página 14, acta 408. Que dentro del matrimonio no procrearon hijos y que adquirieron un bien inmueble mediante préstamo hipotecario con el I.E.S.S. Que dentro del matrimonio, el actor y su cónyuge ROSSY LILIANA BARDI MORENO, han tenido problemas de incompatibilidad de caracteres, inmadurez, que la demandada no asumió su responsabilidad dentro del matrimonio, que no se preocupaba del quehacer matrimonial, que pasaba en el domicilio de sus padres y llegaba al hogar a altas horas de la noche, y que cuando le observaba dicha conducta, respondía que ella no era sirvienta ni empleada de nadie, demostrando carácter irrisible, irrespeto y enojo ante el reclamo de que asuma su responsabilidad. Pero lo que hacía, era abandonar el hogar por semanas para luego, y por reiteradas ocasiones agredirlo verbalmente, con términos denigrantes como maldito, desgraciado, miserable. Dice en su demanda que el día 15 de noviembre del 2012, su cónyuge ha presentado una denuncia en la Comisaría de la Mujer y la Familia de Quevedo, inventándose que le había proferido agresiones verbales en su contra el día 08 de noviembre del 2012, solicitando medidas de amparo como Boleta de Auxilio, prohibiendo que se acerque, existiendo una actitud hostil con manifiesto estado de falta de armonía de los contrayentes. Que desde finales del mes de septiembre del 2012 su cónyuge prácticamente tiene abandonado su hogar, sin que exista ninguna relación marital, ni sexual. Fundamenta su demanda en la causal tercera del artículo 110 y 118 de la Codificación del Código Civil, solicitando que en sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que los une actualmente por la falta de armonía de las dos voluntades. Admitida la demanda a trámite, se ha dispuesto que se cite a la demandada ROSSY LILIANA BARDI MORENO, a través de la Oficina de Citaciones de la Unidad Judicial, hecho que fue, como consta a fojas 10 de autos. En la audiencia de conciliación, la demandada alegó que se afirma y ratifica en el escrito de contestación de la demanda, niega los fundamentos de hecho y de derecho manifestados por el actor en la demanda, pues dice que no se compadecen con la verdad, alega nulidad de todo lo actuado, afirmando que todo lo manifestado lo demostrará en el término correspondiente. Por su parte, el actor de esta causa,





Dr. Freddy Artemio Barzola Miranda, se afirma y ratifica en los términos contenidos en su demanda, impugna y rechaza las excepciones de la contraparte, solicitando finalmente que se abra la causa a prueba por el término de ley. QUINTO.-VALORACIÓN DE LA PRUEBA.- El demandante fundamenta los hechos expuestos en la demanda en las disposiciones contenidas en la causal 3a. del art. 110 del Código Civil. Para demostrar sus asertos, en la etapa de prueba, la parte actora solicita y evacúa las siguientes diligencias: 1. Con el documento que obra a foja 2 de los autos, el actor justifica la existencia tanto del vínculo matrimonial que lo une a la señora ROSSY LILIANA BARDI MORENO. 2. El demandante fundamenta los hechos expuestos en la demanda en las disposiciones contenidas en la causal 3a. del art. 110 del Código Civil. Para demostrar sus asertos, en la etapa de prueba, la parte actora solicita y evacua las siguientes diligencias: 2.1. Se han receptado las declaraciones de los testigos ULBIO JOSE HIDALGO VERA, KLEBER YU-RIS MORA TORRES y LUIS ALBERTO GAR-CÍA BRIONES, quienes en forma concordante dan a conocer, en sus declaraciones, que les consta, por la actitud de la demandada hacia su esposo, la falta de armonía, respeto y comprensión de las partes. 2.2. Consta en autos, de fojas 32 a 109 del proceso, el expediente n.º 1561-2012 tramitado en la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quevedo, del que se desprende que, la demandada ROSSY LILIANA BARDI MORENO, ha presentado una denuncia en contra de su cónyuge DR. FREDDY ARTEMIO BARZOLA MIRANDA, en la que hace conocer que es víctima de agresiones verbales y psicológicas por parte del denunciado, afirma que le destruye sus documentos de trabajo, sus maquillajes, que le ha cortado los servicios básicos de luz, agua, que la intimida, que le ha dañado la cerradura de la puerta principal y que la puerta de atrás la mantiene con llave día y noche, que le esconde todas las llaves del domicilio, por tanto, día a día viene recibiendo agresiones verbales por parte de su cónyuge. Dice que esta actitud la está traumatizando psicológicamente y que está siendo amenazada que le va a poner candado en las puertas para que no entre en su casa, que no es la primera vez que se lo manifiesta y que reclama el 50% de los bienes adquiridos en su matrimonio por ser su derecho constitucional. Esto, en lo principal. Por esta denuncia, se le concedieron

medidas de amparo, como obra a fojas 37 del cuaderno de primer nivel. En la ampliación y rectificación de su denuncia, hace conocer que es víctima de malos tratos verbales, ahora dice que también malos tratos fisicos, que la ha botado de la casa, que ha puesto candados en la puerta de entrada y en fin, narra los insultos de los que dice ser víctima por parte del actor de esta causa. Luego de practicadas varias diligencias por parte de la Comisaria de la Mujer, ésta resuelve reintegrar al hogar a la denunciante. Finalmente, luego de un largo proceso, en el que se han presentado peticiones de las partes de toda índole, la señora Comisaria, declara la prescripción, decisión sobre la cual, la actora de esa causa, hoy demandada ha creado una serie de incidentes que fueron rechazados por la autoridad competente. 3. La demandada, señora ROSSY LILIANA BARDI MORE-NO, por su parte, ha evacuado las siguientes diligencias como prueba a su favor: 3.1. Reproduce a su favor la diligencia de Inspección Judicial, practicada en el domicilio que compartían los cónyuges Barzola-Bardi, mismas que obran a fojas 112 y 113 del proceso 3.2. A foja 118 del proceso, obra la declaración bajo juramento del señor IVAN ALBERTO BRAVO SALVATIE-RRA, quien dice conocer a los justiciables, que la demandada es una persona educada, que una vez la encontró fuera de su casa y que le preguntó que le había pasado, contestándole que su esposo se había llevado las cosas, que él frecuentaba unas piscinas frente a la casa donde vivían por el terminal y le ha preguntado a la señora de la tienda, salía tarde a la oficina por dejarle haciendo las cosas al abogado, que escucha que ella tenía más situación económica y concluye diciendo que ha escuchado cometarios en los juzgados, que él es de mal carácter, que es prepotente y trata mal a las personas. A las repreguntas del abogado defensor del actor responde que en ninguna respuesta ha dicho que él frecuentaba el hogar conformado por el Dr. Freddy Barzola y la Ab. Rossy Bardi, que frecuentaba la piscina, que trabajaba en la Coca Cola y entregaba en la tienda cercana a donde vivían, que la abogada era conocida y que él le preguntó a la señora de la tienda, que lo que ha declarado en parte lo ha escuchado de personas y en partes ha visto él, que de preferencia quiere que gane la mujer porque tiene hermanas, tías y no le gustaría que sean maltratadas. 3.3. JESSI-CA VERONICA ORMAZA LUCAS, en su declaración bajo juramento, en lo principal



manifiesta que la abogada ha tenido problemas con el abogado, pero ella nunca lo ha dicho, que es verdad lo que pregunta la demandada en la pregunta 6, que al ir a la oficina que compartía con el Ab. Lara, no encontró nada, al igual que en su casa, que es verdad cuando iba a la oficina el es muy grosero, y por sus influencias de juez trata mal a las personas, que cuando estaba con sus clientes le decía Lili vamos y se la llevaba, que ella estaba muy pendiente de sus comidas, que aportaba a la casa y que es una excelente mujer, que es verdad que en la casa judicial se habla muy mal de él, y que por sus influencias no lo destituyen del cargo, que en una ocasión aceptaron para un cargo a la abogada y que contestó el teléfono su esposo y le dijo a la persona que llamó que ella no necesitaba trabajar porque lo tenía todo, que es un egoísta que no quiere que se supere, que quiere tener un cargo solo para él, que la declarante nunca le cayó bien al abogado. A las repreguntas del actor responde que solo es conocida de la abogada porque le vende cosas porque es comerciante, que iba al domicilio de los justiciables, pero que nunca entró, que la invitaban pero no ha querido entrar, evade la pregunta 4 "Diga la testigo si usted no frecuentaba el hogar de los antes mencionados señores como es que dijo conocer en el interrogatorio anterior que el mencionado hogar existía siempre armonía y no actitud hostil" respondiendo "Porque yo nunca ingresé, yo iba hasta afuera, pero yo no entraba, ella nunca nos contaba" dice no ser amiga íntima de la señora Bardi, solo conocida y ella le decía acompáñame, y que decía que se va porque tiene que cocinar. **3.4.** La Confesión Judicial solicitada por la demandada no pudo evacuarse, por cuanto no constaba en ella, la firma y rúbrica de la peticionaria. SEXTO.- El art. 110 nro. 3 del Código Civil, causal invocada por el actor en su demanda de dar por terminado su vínculo matrimonial, prescribe: "injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial". Al respecto, vemos que la norma sustantiva civil, establece dos situaciones diferentes como causal de divorcio, por un lado, las injurias graves; y, por otro, la actitud hostil, que desembocan en el estado habitual de falta de armonía en el matrimonio, no podemos tomar estas dos situaciones diferentes como sinónimos, éstas deben ser probadas por quien las alega, aun en caso de allanamiento con la demanda, acorde al art. 121 del mismo Código.

En la especie, la causal que se invoca es actitud hostil; y, para que ésta exista, debe persistir un comportamiento de agresión sistemática de uno de los cónyuges, por acción u omisión, que releve claramente enemistad y la intención de perturbar al otro, que da como resultado un estado habitual de falta de armonía, ahora sí, de las dos voluntades. La ley no prevé gravedad de cada actitud hostil. El actor, al haber invocado esta causal, para justificar sus pretensiones ha evacuado la siguiente prueba a su favor: 1.- Se han receptado las declaraciones de los testigos ULBIO JOSE HIDAL-GO VERA, KLEBER YURIS MORA TORRES y LUIS ALBERTO GARCIA BRIONES, quienes en forma concordante dan a conocer en sus declaraciones, que les consta, por la actitud de la demandada hacia su esposo, la falta de armonía, respeto y comprensión de las partes. 2.2.- Consta en autos, de fojas 32 a 109 del proceso, el expediente nro. 1561-2012 tramitado en la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quevedo, del que se desprende que, la demandada ROSSY LILIANA BARDI MORENO, ha presentado una denuncia en contra de su cónyuge DR. FREDDY ARTEMIO BARZOLA MIRAN-DA, en la que hace conocer que es víctima de agresiones verbales y psicológicas por parte del denunciado. Finalmente, luego de un largo proceso, en el que se han presentado peticiones de las partes de toda índole, la señora Comisaria, declara la prescripción, decisión sobre la cual, la actora de esa causa, hoy demandada ha creado una serie de incidentes que fueron rechazados por la autoridad competente. Así los hechos, se nota la enemistad manifiesta, entre las partes, el irrespeto, la actitud hostil de la cónyuge en contra de su marido, han hecho que presente la denuncia en la Comisaría de la Mujer, que solicite medidas de proteción, que presente escritos ofensivos y no apropiados a la autoridad, tratándola de parcializada y otros calificativos que es preferible no repetir. Estas actitudes, impropias de una señora abogada, hacen pensar que si es capaz de expresarse de esa manera ante la Autoridad, lo manifestado en su denuncia, y que por cierto no lo ha podido probar, carecerían de toda credibilidad. Respecto de la prueba presentada por la demandada, solo ha logrado crear duda y la clara percepción de que ha engañado a la Autoridad, presentando a declarar a su favor, testigos falsos, desconocedores de los hechos, amiga íntima que denota animadversión al actor de esta causa, y que inclusive, la





demandada Ab. Rossy Bardi, es abogada defensora de su testigo JESSICA VERÓNICA ORMA-ZA LUCAS, dentro del juicio de alimentos y paternidad nro. 1317-2009, que se tramita en el Juzgado Tercero de la Familia y Adolescencia de Quevedo en contra del señor PEPE ENRIQUE ROLDAN SARANGO. El testigo señor IVAN ALBERTO BRAVO SALVATIERRA, en su declaración y su contestación a las repreguntas planteadas por el actor, demuestra total desconocimiento de los hechos, pues, solo conoce por referencia las afirmaciones hechas por la demandada. A este respecto, bien vale citar la opinión de la Ex Corte Suprema, Primera Sala, en la resolución nro. 242-2001, Registro Oficial, que indica "la vida privada de los cónyuges no está en vitrina para que pueda ser presenciada por todos, por esto, en el juicio de divorcio son admisibles las declaraciones testimoniales de empleados domésticos, de familiares y de amigos comunes, que están en posibilidad de conocer hechos íntimos que no trascienden fuera del hogar, aunque no reúnan las condiciones de idoneidad, cuando el juzgador tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad, como lo disponen el art. 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil". SÉPTI-MO.- De lo analizado, se llega a la convicción de que se cumplen los elementos de la segunda parte de la causal tercera de divorcio; esto es, la actitud hostil, pues se ha demostrado agresión habitual, actitud hostil y la falta de armonía entre los cónyuges, a causa del comportamiento de la señora ROSSY LILIANA BARDI MORENO, quien no ha podido justificar dentro del juicio sus aseveraciones de que la víctima ha sido ella y no el actor. OCTAVO.- Por lo analizado, habiéndose lesionado el respeto, la consideración, el amor mutuo, la lealtad a su pareja, por la hostilidad manifiesta y el irrespeto que se deben los cónyuges, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el cantón Quevedo, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega el recurso de apelación interpuesto por ROSSY LILIANA BARDI MORENO, por

cuanto no especifica los puntos en los que se contrae su recurso, por tanto, declara con lugar la demanda y en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial que unía a FREDDY ARTEMIO BARZOLA MIRANDA Y ROSSY LILIANA BARDI MORENO, matrimonio celebrado en Quevedo, provincia de Los Ríos, inscrito en el tomo 02, página 14, acta 408, pero la reforma en cuanto al recurso interpuesto por el actor, Dr. Freddy Barzola Miranda, mismo que se lo acepta sobre los puntos en los que contrae el mismo, y por cuanto de la declaración rendida bajo juramento por la señora, se desprende que JESSICA VERÓNICA ORMAZA LUCAS, habría falseado la verdad bajo juramento, remítase copias certificadas de todo lo actuado a la Fiscalía de esta ciudad, a fin de que, previo el sorteo respectivo se investigue el presunto delito de perjurio, tal como lo establece el artículo 354, 355 y siguientes del Código Penal vigente, en contra de la testigo JES-SICA VERÓNICA ORMAZA LUCAS. Así mismo, al advertirse que la demandada AB. ROSSY LILIANA BARDI MORENO y su abogada defensora, Ab. JENITH EDITH MESIAS GALLO, han utilizado en el juicio una testigo falso, induciendo al engaño a la Autoridad, adecuando su conducta a lo perceptuado en los arts. 219 y 359 del Código Penal, remítase copias certificadas de todo lo actuado a la Fiscalía de este cantón, a fin de que se realicen las investigaciones correspondientes, así como también, al no haber cumplido sus deberes contemplados en el art. 330 numerales 1, 2, 3, 4 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, envíese copias certificadas de todo el proceso al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Los Ríos a fin de que, de ser lo que corresponda, se sancione la conducta en la que han incurrido las abogadas ROSSY LILIANA BARDI MORENO Y EDITH MESIAS GA-LLO. Sin costas, ni honorarios que regular. Ejecutoriado este fallo, envíese al juzgado de origen para los fines legales correspondientes. Cúmplase, notifíquese, oficiése y envíese.

f.) Dra. Vilma Andrade Gavilánez Jueza Provincial-Presidenta, Ab. Jorge Luis Euvin Villacres Juez Provincial, Dra. Venus Loor Intriago Jueza Provincial.



### CASACIÓN

Resolución nro. 073-2014; Juicio nro. 208-2013

En el juicio verbal sumario No. 208-2013. Divorcio que sigue Fredy Artemio Barzola Miranda contra Rossy Liliana Bardi Moreno, se ha dictado la siguiente providencia.

Jueza ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, 23 de abril de 2014.– Las 09h32.–

### **VISTOS:**

1. ANTECEDENTES: El señor doctor Fredy Artemio Barzola Miranda, ha iniciado acción de divorcio en contra de su cónyuge, señora abogada Rossy Liliana Bardi Moreno, fundamentando su demanda en la causal tercera del art. 110 de la Codificación Civil. La Unidad Judicial con competencia en el cantón Quevedo, ha pronunciado sentencia favorable para la pretensión del actor, ordenándose además investigar, por un lado, el presunto delito de perjurio de una de las testigos de la demandada, y por otro, la "conducta" de la accionada y su defensa a través de las instituciones competentes, esto es: Fiscalía en el primer caso y Consejo de la Judicatura en el segundo.¹ Ante esta situación, actor y demandada interponen sendos recursos de apelación, obteniéndose en segunda instancia sentencia confirmatoria en lo principal, reformándola en cuanto el Tribunal Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, en su parte dispositiva, dispone:

[...] al advertirse que la demandada AB. ROSSY LILIANA BARDI MORENO y su abogada Defensora, Ab. JENITH EDITH MESÍAS GALLO, han utilizado en el juicio un testigo falso, induciendo al engaño a la Autoridad, adecuando su conducta a lo preceptuado en los arts. 219 (sic) y 359 del Código Penal, Remítanse copias certificadas de todo lo actuado a la Fiscalía de este cantón, a fin de que se realicen las investigaciones correspondientes [...]<sup>2</sup> (cursivas no originales)

Resolución de la que la accionada ha interpuesto recurso de hecho por habérsele negado el de casación que fuera presentado en tiempo y forma oportuna.

2. COMPETENCIA: Este Tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;<sup>3</sup> artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición N° 004–2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 03–2013 de 22 de julio 2013, respecto a la nueva conformación de la Salas de este Órgano Jurisdiccional, en razón de las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial.

### 3. NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS, CAUSALES ALEGADAS POR EL CASACIO-NISTA, Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

- **3.1.** La casacionista ataca la sentencia de la que recurre por causales segunda y tercera de la Ley de Casación, acusando como infringidas las siguientes disposiciones: arts. 2, 5, 9, 29 y 103.2 del Código Orgánico de la Función Judicial; arts. 115, 129 y 244 del Código de Procedimiento Civil, y arts. 11.2, 75 y 76 de la Constitución de la República.
- 3.2. Es necesario manifestar que con respecto a la causal segunda, la recurrente no menciona el yerro, ni la norma procedimental que considera transgredida; se limita a manifestar que los principios contenidos en las normas constitucionales que acusa como infringidas, si bien son invocados por el Tribunal, no se han aplicado, concluyendo que el principio de imparcialidad ha sido inobservado por los juzgadores de instancia, por tanto, es imposible para este Tribunal determinar cuál es la acusación por causal segunda. En cuanto la causal tercera, la casacionista, acusa como erróneamente interpretado el precepto normativo contenido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, fundamentando al respecto, que la prueba consi-



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ver sentencia de primer nivel, folios 210-212 del tercer cuaderno de primera instancia.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ver sentencia de segunda instancia, folios 19 a 21 del cuaderno respectivo.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver Suplemento del R.O. N° 38 del 17 julio 2013.



derada por el Tribunal adquem como favorable al actor,<sup>4</sup> es una apreciación alejada de la realidad:

[...] porque de los datos constantes del mismo expediente, es evidente que el cónyuge agresor es el marido [...] al apoyarse en un expediente que enerva la causal que invoca el demandante, y más bien se establece que el marido es el que agrede a su cónyuge demandada con actitud prepotente, machista, discriminatoria, despreciándola y hostigándola para que abandone el hogar [...] (cursivas no originales)

### 4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema central a dilucidar por parte de este Tribunal de casación, puede ser sincretizado en la siguiente interrogante: ¿ha existido por parte del Juez pluripersonal de alzada una valoración de los medios de prueba que en forma manifiesta disten de la sana crítica?

# 5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS IMPUTADOS A LA SENTENCIA, EN RE-LACIÓN CON EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

**5.1. Primer cargo a la sentencia:** La recurrente, en primer término acusa al fallo impugnado por la causal segunda de la Ley de Casación, esta comporta tres vicios: aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de normas procedimentales, infracciones que para su procedencia deben ser de tal trascendencia que provoquen la nulidad insanable del proceso o sea motivo de indefensión del casacionista, presupuestos que así mismo, deben ser significativos en tanto hayan influenciado en la decisión del asunto puesto a conocimiento del Tribunal de alzada, sin perder de vista que el yerro procedimental: causa de nulidad, debe persistir como tal, al momento de interposición del recurso, es decir, que el vicio no haya sido previamente convalidado.<sup>5</sup> Este constituye el marco legal de procedencia del recurso de casación por causal segunda, lo que correspondía entonces a la casacionista es demostrar: i) la existencia legal de causa de nulidad insanable, o la indefensión sufrida durante el trámite de la causa; y además ii) señalar cómo la nulidad o indefensión,

han influenciado en la decisión de la causa; esto es lo que en doctrina se conoce como principios de especificidad (causa de nulidad contemplada en la ley) y trascendencia (influencia en la decisión de la causa).<sup>6</sup> En el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación, la recurrente no cumple con los presupuestos necesarios de procedencia de la causal, por lo que, este Tribunal de Casación, mal puede pronunciarse al respecto. En suma, se desecha el cargo por causal segunda, en razón de no encontrarse en la exposición del recurso los presupuestos necesarios para su procedencia.

**5.2. Segundo cargo a la sentencia:** En lo atinente a la causal tercera alegada por la recurrente y de la que se deriva el problema jurídico a resolver, es preciso conocer el contenido de la disposición acusada infringida:

Art. 115.– La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas. (cursivas no originales) e la disposición transcrita podemos concluir que

De la disposición transcrita podemos concluir que en materia de valoración probatoria, el legislador ha establecido como sistema de apreciación de los medios de prueba, la valoración de estos, sobre la base de las reglas de la sana crítica, que en un sentido tradicional ha sido considerada como aquellas reglas de operación lógico formales y de experiencia que debe usar el juzgador al momento de sopesar los medios probatorios.7 La racionalidad y razonabilidad juegan un papel preponderante a la hora de valorar los medios de prueba, pues son estos presupuestos junto con la obligación de motivación lo que diferencia a la sana crítica de los sistemas de prueba como el legal (reglas rígidamente establecidas por el legislador) y de íntima convicción (discrecionalidad incontrolada, ausencia de criterios racionales).8 Así pues, la libre valoración de la prueba, "es libre sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> En esta parte del recurso la recurrente alude a una denuncia por violencia intrafamiliar presentada por la hoy demandada y que fuera tramitada ante la Comisaría de la Mujer y la Familia del cantón Quevedo.

Art. 3 de la Ley de Casación: Causales.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: [...] 2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente [...]

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Quito, Andrade y Asociados, 2005, p. 116.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Eduadro Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 270-272.

Michele Taruffo, La prueba de los hechos, Madrid, Trotta, 2002, p. 398-399.



el resultado de [valoración]" de los medios de prueba. Sin embargo, las reglas de la sana crítica se encuentran imbricadas por juicios de racionabilidad, lógica debidamente justificadas, así como de los principios propios de la prueba: valoración conjunta, inmediación, contradicción, publicidad. **5.2.1.** Por otra parte, ha sido coincidente y usualmente aceptado el criterio por el cual, la disposición contenida en el artículo 115 del C.P.C,

[...] no puede servir de fundamento para el recurso de casación [...] porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado [...]<sup>10</sup>

Al respecto es necesario realizar algunas precisiones por parte de este Tribunal de Justicia: i) Por un lado, ciertamente los jueces de instancia son independientes en tanto soberanos de formar una apreciación propia de los medios probatorios y del resultado valorativo; es decir, no existe un criterio determinado a seguir, en tanto son libres para desarrollar un razonamiento probatorio; sin embargo, esta libertad de la que están investidos, es una libertad orientada que el juzgador debe usar en su objetivo de conseguir -en lo posible- una teoría verdadera de los hechos del caso, usando para ello criterios racionales.11 Más allá de los criterios de racionalidad, objetividad y motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en el razonamiento probatorio, el propio legislador ha impuesto unos límites que se refieren a las solemnidades establecidas en la ley sustantiva como prevé el art. 115 CPC. ii) Por otro lado, si bien es cierto que no existen reglas jurídicas positivizadas sobre la sana crítica, no es menos cierto, que el juicio de hecho al que llega el juzgador debe encontrarse provisto de una argumentación suficiente que demuestre los criterios de racionalidad usados por el juez, de tal suerte que sean plenamente identificables los criterios adoptados para valorar las pruebas, permitiendo así que exista un control externo sobre

esa motivación. 12 Así las cosas, podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo al valorar medios probatorios no insertos en juicio.

- **5.2.2.** Una vez establecidos los antecedentes conceptuales sobre la sana crítica, se procederá al análisis de la imputación. La casacionista en su fundamentación, alega que la prueba documental presentada por el actor, enerva la acción y no favorece en modo alguno su pretensión, produciéndose como corolario un error de interpretación del precepto contenido en el artículo 115 del C.P.C. Ante este marco jurídico traído por la recurrente, y luego del estudio de los recaudos procesales, podemos establecer algunas cuestiones puntuales:
  - a) La prueba documental a que se refiere la casacionista, consiste en una denuncia por agresiones verbales y psicológicas, presentada por la ahora demandada en contra del actor de esta causa, ante la Comisaría de la Mujer y la Familia del Cantón Quevedo.<sup>13</sup>
  - b) En el transcurso de esta denuncia, la Comisaria encargada del trámite, dicta medida de reintegración inmediata de la denunciante a la casa de habitación que mantiene con su cónyuge, por presumir que la señora Bardi Moreno ha sido impedida de ingresar a su domicilio. En la misma providencia, la autoridad, –por el estado en que se encontraba la causa– deja sin efecto las medidas de amparo dispuestas en primera providencia, en razón de "[...] no existir



<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Michele Taruffo, op cit. p. 402.

12 Ibídem, p. 402-403.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ver folio 33 del cuaderno de primera instancia.





suficiente prueba sobre las agresiones verbales y sicológicas, por cuanto hay la simple afirmación y negación de los hechos [...]"<sup>14</sup>

c) Luego de varios intentos fallidos por realizarse la Audiencia de Juzgamiento, en forma inopinada la señora comisaria, declara la nulidad procesal por violación de trámite, –el argumento para la declaratoria de nulidad de trámite es que la fecha de calificación de la denuncia es anterior al reconocimiento de esta– y a renglón seguido, extrañamente declara la prescripción de la contravención, disponiendo el archivo de la causa.<sup>15</sup>

Así las cosas, y dentro de este marco fáctico, ciertamente que una denuncia por violencia intrafamiliar, presentada por la recurrente, en la que no se llega a una decisión final que determine la existencia o no de las agresiones –nótese que ni siquiera se habla de actitud hostil–, enerva las pretensiones del actor y no cumplen el cometido del medio probatorio, cual es demostrar los hechos alegados. Para adoptar la afirmación precedente, resulta ineludible por parte de este Tribunal demostrar su posición, para lo cual, conozcamos el criterio valorativo que ha esgrimido el Juez plural de alzada sobre la prueba documental en cuestión:

[...] Así los hechos, se nota la enemistad manifiesta entre las partes, el irrespeto, la actitud hostil, de la cónyuge contra el marido, han hecho que presente la denuncia en la Comisaría de la Mujer (...) que presente escritos ofensivos y no apropiados a la autoridad, tratándola de parcializada y otros calificativos que es preferible no repetir. Estas actitudes impropias de una señora abogada, hacen pensar que si es capaz de expresarse de esa manera ante la Autoridad, lo manifestado en su denuncia y que por cierto no lo ha podido probar, carecerían de toda credibilidad [...]<sup>16</sup> (cursivas no originales)

Como se lee, el propio Tribunal de alzada, concluye que las afirmaciones vertidas en la denuncia por violencia intrafamiliar no han sido probadas, entonces, cabe una interrogante ¿cómo es posible que este medio probatorio sirva como base para sostener que ha existido actitud hostil por parte de la hoy recurrente en contra de su cónyuge? La única respuesta dada por el Tribunal, consiste en una insólita inferencia que realizan partiendo de juzgar –sin que les corresponda–, el comportamiento de la recurrente a partir de unos escritos en los que ha aludido la imparcialidad de la Comisaria, calificándolo de impropio, y deduciendo por fin, que "si es capaz de expresarse de esa manera" pierden credibilidad sus afirmaciones. El sustento esgrimido por los jueces de alzada ante este medio de prueba, demuestra un gran vacío en la construcción del razonamiento probatorio, ya que se encuentra distraído de toda lógica, desembocando en una valoración arbitraria, tendencialmente subjetiva, y por tanto, manifiestamente contraria a la sana crítica.

**5.2.3.** Ahora bien, con el objeto de saber cuál es la real incidencia del yerro fáctico anterior en la decisión final de la causa, resulta estrictamente necesario -en este caso concreto- pasar a conocer el razonamiento probatorio sobre los otros medios de prueba que han servido al Tribunal de instancia para tomar la decisión a la que ha llegado. En ese orden de ideas, en la parte pertinente al análisis probatorio de los hechos a que estaba obligado el actor, el juez pluripersonal de alzada, sostiene que: "Se han receptado las declaraciones de los testigos [...] quienes en forma concordante dan a conocer en sus declaraciones que le consta, por la actitud de la demandada hacia su esposo, la falta de armonía respeto, y comprensión de las partes"17 Como se ve, no existe un criterio identificable de valoración racional, lo que trae consigo la ausencia de razonamiento probatorio, más lo que si se evidencia por parte de los Jueces de alzada, es la utilización de los tradicionales formulismos: "quienes en forma concordante", sin especificar el valor de cada una de las declaraciones, ni cómo estas luego de un razonamiento adecuado son coherentes con los fundamentos de hecho de la demanda.

Sobre las declaraciones testimoniales, el legislador ha establecido como parámetros de valoración a la sana crítica e incluso se alude al libre criterio judicial (arts. 121 y 207 C.P.C). Como ya se explicó en líneas anteriores, esta libertad de criterio, es una libertad orientada, es decir existe una carga argumentativa sobre el juzgador/a para demostrar cuál es el criterio que ha adoptado con respecto a la fuerza

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ver folio 66 del cuaderno de primera instancia.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Ver folio 92 del cuaderno de primera instancia.

<sup>16</sup> Ver sentencia de segundo nivel, folios 19-21 del cuaderno respectivo. Específicamente folio 20 vlta., líneas 17-31.

<sup>17</sup> Ibídem.



probatoria de los elementos puestos a su conocimiento en general y de las declaraciones testimoniales en particular. Del estudio riguroso de la sentencia, no se desprende que se haya cumplido con la carga argumentativa necesaria a cerca de los medios probatorios actuados por el actor de la causa.

**5.2.4** Situados en este contexto, y de conformidad con los arts. 116 y 219 (tercer inciso) del Código Adjetivo Civil, el cuestionario a responder por los testigos de las partes debe ajustarse a los hechos alegados en la demanda, contestación y demás antecedentes del proceso. En este sentido, el actor en su demanda de divorcio, establece como fundamento fáctico de la incompatibilidad de caracteres que alega, lo que sigue:

[...] por cuanto demostró siempre inmadurez ya que nunca asumió su responsabilidad dentro del matrimonio, solamente pasaba en el domicilio de sus padres y llegando al hogar a las horas de la noche, sin preocuparse en lo más mínimo en el quehacer del matrimonio, y cuando se le observa de dicha conducta me respondía que ella no era ni sirvienta ni empleada de nadie, demostrando siempre irrespeto [...], demostrando enojo porque se le observaba que asuma su responsabilidad de cónyuge, y en acto seguido procedía a abandonar el hogar por semanas, por el solo hecho de solicitarle que se dedique al hogar [...]<sup>18</sup> (cursivas no originales).

Y finalmente manifiesta que han llegado a separarse sin que exista a este punto ninguna clase de relación matrimonial. El lenguaje discursivo utilizado por el actor como fundamento fáctico de actitud hostil, por un lado, demuestra una posición de poder y autoridad frente a su cónyuge, y por otro lado, se encuentra cargado de una ideología conforme con estereotipos de género, en el que "[...] 'ser mujer' impone ser madres, amas de casa, cuidadoras [...]"19 En este mismo orden de ideas, el lenguaje vertido en los fundamentos de la demanda contrastados con el cuestionario de los testigos del actor<sup>20</sup>, evidencian la existencia de patrones discriminatorios hacia la mujer presentes todavía en la sociedad ecuatoriana, reproducidos en la cultura del accionante y sus testigos, que desde este espacio del Estado -la

actividad jurisdiccional—, deben ser reprochados, a efectos de promover el debate sobre estos temas, como punto de partida hacia una sociedad igualitaria y no discriminatoria, de esta forma el derecho trasciende hacia la consecución de un Estado de derechos. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, equidad de género, aunados a la obligación del Estado en general, y de la justicia en particular, de eliminar y sancionar toda forma de violencia ejercida en contra de las mujeres (art. 66.3 literal b), como parte del derecho a la integridad y una vida libre de violencia, resulta censurable que un Tribunal de Justicia del Estado decida sobre la base de hechos discriminatorios.

**5.3** Finalmente, se deben realizar algunas precisiones, que aunque constituyen la periferia del fallo impugnado, no pueden ser pasadas por alto:

i) En la parte resolutiva, el Tribunal de apelación, niega el recurso interpuesto por la demandada "por cuanto no especifica los puntos en los que se contrae su recurso"<sup>21</sup>. El legislador en la ley procesal ha configurado los requisitos que deben cumplirse para la procedencia de los recursos, en este sentido, no existe disposición que obligue a un sujeto procesal a concretar su recurso dentro de un juicio de naturaleza verbal sumaria, al contrario, deberá fallar en mérito a los autos (art. 838 C. P. C.). Exigir requisitos no contemplados en la Constitución y en la ley, resulta atentatorio a los principios de aplicación de los derechos (art. 11 CRE).

ii) Por otra parte, se ordena remitir copias certificadas "de todo" lo actuado a la Fiscalía con el objeto que se investigue el presunto delito de perjurio de la señora Jessica Ormaza Lucas, testigo de la demandada. Para adoptar esta decisión el Tribunal de alzada se basa en las repreguntas realizadas a la testigo por parte del actor. Sin embargo, del estudio completo y exhaustivo de las piezas procesales dentro de la etapa de prueba, se desprende que *no existe el escrito contentivo de las repreguntas* por parte del actor hacia los testigos de la parte contraria, pues estas se formulan al momento de la recepción de los testimonios<sup>22</sup>; es decir, no fue una prueba debidamente actuada –pedida, presentada y practicada

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ver folios 118 y 120 del expediente de primera instancia.



<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ver demanda de divorcio, folios 4 del cuaderno de primera instancia.

<sup>19</sup> Resolución N° 060-14, de 11 de abril de 2014, dentro del Juicio N° 204-13. J. P. Dra. Rocío Salgado Carpio (Lupera vs Ponce).

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Ver preguntas f), g) y h) del cuestionario formulado por el actor para sus testigos, folios 22-23

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ver sentencia de segunda instancia, folio 21.



de acuerdo con la ley-, por lo que mal pudo ejercerse el contradictorio necesario y obligatorio como garantía de debido proceso. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta, que una prueba que no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley, en modo alguno puede ser objeto de valoración probatoria por parte del juzgador. En consecuencia se han violentado los preceptos jurídicos que rigen la prueba en general y el elemento probatorio testimonial en particular, arts. 117, 118, 219 y 222 del Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, resulta del todo incomprensible la actuación de los señores jueces de apelación, que ordenan la investigación de la testigo, demandada y su defensa, por supuestos ilícitos sobre la base de una prueba ilegal e inconstitucional. En consecuencia, los jueces de alzada con su decisión han permitido la consumación de una serie de irregularidades en las actuaciones producidas a lo largo del trámite y que distan de la constitucionalidad de la que deben encontrarse revestidos los actos procesales. El deber de todo juzgador de adecuar sus actuaciones a la Constitución y a las leyes, constituye el fundamento de la actividad jurisdiccional en procura de los derechos de las personas y uno de los pilares más importantes sobre los que descansa la democracia y el Estado Constitucional de Derechos y justicia.

iii) Por último, llama la atención la forma en que los jueces de instancia rechazan el recurso de Casación de la demandada, pues fungiendo de Jueces Nacionales, entran a analizar -equivocadamente- si las causales alegadas por la casacionista son incompatibles o no, hasta llegar a sostener que el recurso interpuesto es impreciso, lo que entraña determinar si se encuentra correctamente establecida la proposición jurídica, y que obviamente no es parte de las funciones de un Tribunal de instancia, limitada como está al examen de los requisitos formales del recurso. Por lo que, el Tribunal de apelación debe conocer, que las únicas facultades que tienen sobre la calificación del recurso de casación, se encuentra contenida en el art. 4 de la Ley de Casación, y son las siguientes: i) si el auto o sentencia es definitiva dentro de un proceso de conocimiento; ii) si es interpuesto dentro del tiempo previsto en la ley; y iii) si el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación cumple con los requisitos de forma, esto es: iii.i) identificación de la sentencia o auto

y del proceso en que se la dictó, así como de las partes procesales; iii.ii) las normas de derecho infringidas o las solemnidades procesales omitidas; iii.iii) identificación de las causales en que se basa el recurso, y iii.iv) los fundamentos del recurso. El análisis propiamente dicho de los fundamentos del recurso en contraste con las causales en que se basa, es de estricta competencia del más alto Tribunal de la Justicia ordinaria, no puede un juez inferior invadir estas competencias reservadas exclusivamente a la Corte Nacional de Justicia, en defensa del ordenamiento jurídico del estado.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por las consideraciones esgrimidas a lo largo del presente fallo, en las que se evidencia la manifiesta ausencia de parámetros de racionalidad y de objetividad a la hora de la valoración de los elementos probatorios, esta Sala Única de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SO-BERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORI-DAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", casa la sentencia recurrida por carecer de razonamiento probatorio, pues según lo que venimos analizando, este vacío constituye una violación abierta del sistema adoptado por el legislador y que se ha denominado sana crítica; en reemplazo de esta sentencia se dicta una mérito que declara sin lugar la demanda de divorcio propuesta por Fredy Artemio Barzola Miranda en contra de Rossy Liliana Bardi Moreno, por falta de prueba. Por las incorrecciones anotadas en la tramitación de la causa, en las que estarían incursas las señoras juezas y juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de los Ríos con sede en el cantón Quevedo, de conformidad con los artículos 131.3 y 124 del Código Orgánico de la Función Judicial, hágase conocer al Consejo de la Judicatura a fin de que examine su conducta y de ser el caso ejerza el control disciplinario. Con costas a cargo del accionante. En \$ 500,00 se regulan los honorarios profesionales de la Abogada Defensora de la demandada. Se dispone la inmediata devolución del expediente al juzgado de origen con el ejecutorial, Notifíquese.

f) Dras. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional; María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; . Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional.



### IV

# Resolución nro. 081-2014 Juicio nro. 028-2014

Juicio ordinario de impugnación de paternidad propuesto por Luis Xavier Martínez Hurtado, en contra de Hilda Cecilia Castro Pozo.

### SÍNTESIS

El actor inicia proceso de impugnación de paternidad alegando que reconoció al menor porque la madre le dijo que el abuelo quería donarle un terreno para lo cual necesitaba que conste el apellido del padre del menor, y que conoce que ella ha manifestado que él no es el padre. La demandada reconviene y rechaza la demanda. El actor solicitó la realización de prueba de ADN; por su parte la demandada solicita recepción de testimonios (quienes al responder señalan que conocen a las partes, así como la buena conducta de la demandada). Se rechaza la demanda por falta de prueba, así como la reconvención por no haberse justificado conforme a derecho. El actor presenta recurso de apelación al cual se adhiere la actora en cuanto a que se condene al actor en costas. El recurrente alega que la jueza no ha tomado en cuenta que la demandada y el menor debían concurrir a la realización de la prueba de ADN; que no se ha apreciado tal negativa como indicio en contra como lo dispone el Art. 263 del CPC; que no se aplicó el art. 13 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del CONA; que las disposiciones citadas guardan concordancia con el art. 172 de la Constitución; y que no se ha aplicado las pruebas de presunciones previstas en el art. 1729 del Código Civil sobre la renuencia a realizarse la prueba de ADN. Por lo que solicita se revoque la sentencia y se declare que no es padre del niño. La demandada rechaza los argumentos y pide se tome en cuenta el art. 66 núm. 28 de la Constitución que garantiza el derecho a la identidad personal. Previo a valorar la prueba el Tribunal señala que el derecho a la identidad es derecho constitucional. Añade que el reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial es impugnable cuando no corresponde a la verdad en cuanto a la filiación con alguno de los padres, o no se la realizó conforme con la ley. El Tribunal señala que la no concurrencia de la demandada con el menor para realizarse el examen de ADN debería ser considerado como una presunción de no paternidad del actor respecto del niño, situación que se asimila con respecto a la negativa del padre a la realización del mencionado examen, por esta razón Revoca la sentencia, acepta la demanda y declara que el niño NN no tiene como padre biológico al actor. Ante tal decisión la demandada presenta recurso de casación, alega infracción de los artículos 1, 11, 44, 45, 46, 75, 82, 169 y 426 de la Constitución de la República; 131 del CONA; 263 del CPC; 131 COFJ, y 251 del Código Civil, funda su recurso en la causal primera y tercera. El Tribunal señala que el reconocimiento voluntario no es revocable pero si impugnable por el hijo o por la persona que pruebe su interés en ello. Que el reconocimiento es considerado un acto jurídico por el cual una persona manifiesta su voluntad de admitir maternidad o paternidad. El actor presenta dos oficios de la Cruz Roja Ecuatoriana que dan cuenta que la demandada y su hijo no concurrieron al examen de ADN, el tribunal observa que este medio de prueba es idóneo para la impugnación de paternidad, pero que en el presente caso lo que se impugna es el reconocimiento voluntario; y que para este fin la ley prevé requisitos para hacer viable la impugnación por vía de la nulidad, con fundamento en los vicios de consentimiento. En virtud de lo expuesto casa la sentencia y desecha la demanda por improcedente.





### PRIMERA INSTANCIA

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA SE-GUNDA DE LA FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE IBARRA DE LA PRO-VINCIA DE IMBABURA. Ibarra, martes 17 de septiembre del 2013, las 16h10.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por el demandante. En lo principal, comparece el señor LUIS JAVIER MARTÍNEZ HUR-TADO, a la Unidad Judicial Segunda de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, manifestando: "Que en los años 2001, 2002, se encontraba residiendo en la ciudad de Mira, cantón Mira, provincia del Carchi, habiendo mantenido una aventura amorosa con la señora Hilda Cecilia Castro Pozo, con quien se veían ocasionalmente. Transcurrido algún tiempo supo que la señora Castro, había procreado un hijo y ella le pidió de favor que le diera el apellido a su hijo, en virtud de que el abuelo del menor, había decidido donarle un terreno y para lo cual requería que el menor conste en su partida de nacimiento con el nombre del padre; ante tanta insistencia y sin precaver los hechos que podrían suscitarse a futuro, por un acto de humanidad, acepté reconocer al indicado menor, habiéndole inscrito con los nombre de NN, inscripción que inclusive se realizó de manera tardía. Además a la época de concepción del niño, la indicada señora, había llevado una vida desordenada, manteniendo amoríos con varios hombres. Por información de terceras personas, ha llegado a tener conocimiento que ella por sus propios labios ha manifestado que el menor definitivamente no es su hijo. FUNDA-MENTOS CONSTITUCIONALES, TRATA-DOS INTERNACIONALES Y FUNDAMEN-TOS LEGALES. Que es de conocimiento de orden público que es obligación del Estado, reconocer a los ciudadanos de su verdadera y legítima identidad; así: El art. 66.28 de la Constitución: "Se reconoce y garantizará a las personas (...) 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos...". El art. 11.4 ibídem. "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". Art. 6 Declaración Universal de Derecho Humanos: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, el reconocimiento de su personalidad jurídica". Art. 131.2.6 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: "Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos o sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá a petición de parte, el examen de ADN del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil". Los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil en resolución de triple reiteración de 22 de marzo de 1999, las 09h00, publicada en la G. J. Serie 17, nro. 1, página 38, manifiestan en el considerando IV, en la parte sustancial: "...De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba de ADN. Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil". COSA CANTIDAD O HECHO QUE EXIGE: En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, al amparo de los previsto en el numeral 2 del art. 251 del Código Civil, comparece y demanda a la señora, AA la impugnación al reconocimiento del menor NN, para que en sentencia se declare que el compareciente no es padre del menor referido y se ordene la sub inscripción correspondiente. En forma expresa, solicita que se dote al menor de un curador ad litem, cuyo nombre insinuará luego que se cite a la demandada. La demanda dirige en contra del antes indicado menor, representado por su madre señora AA. Se cite a la demanda en el lugar que se indica en esta ciudad de Ibarra. Cuantía indeterminada. Trámite ordinario. Agotado el trámite para esta clase de juicio y encontrándose el proceso en estado de resolver; esta Juzgadora realizar las siguientes consideraciones.- PRIMERO: JURISDIC-CIÓN Y COMPETENCIA.- La competencia se halla radicada conforme el art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial y dado el sorteo de ley (fojas 6). **SEGUNDO:** A la accionada se le ha citado en forma personal a través de los señores Analistas de Citaciones de esta Unidad Judicial, cuya razón obra en autos a fojas 7; configurándose la norma jurídica del art. 93 del



Código de Procedimiento Civil, compareciendo a la *litis*, designando abogado defensor y deduciendo excepciones. TERCERO: La legitimación activa del accionante la da la partida de nacimiento obrante a fojas 3. **CUARTO:** No se ha omitido solemnidad prevista en los arts. 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil que invalide las actuaciones procesales, por lo que se declara válido todo lo actuado. **QUINTO:** Una vez que se ha posesionado la curadora ad *litem* conforme obra a fojas 13, se convoca a las partes a junta de conciliación, en la que el actor manifiesta: 1. No existe ninguna argucia dentro de la presente causa, y por contrario nos encontramos litigando con lealtad y buena fe, la Constitución permite realizar estas demandas; 2. Se afirma y ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta. 3. Se afirma en los fundamentos de hecho y de derecho de la contestación a la reconvención planteada. Por su parte la demandada a través de su defensor expone: Se remite al escrito de contestación a la demanda presentado oportunamente, en la que plantea las siguientes excepciones: a) negativa expresa y radical a los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta; b) ilegitimidad o falta de derecho del actor para promover esta acción, por cuanto sus argumentos carecen de todo fundamento o razón; c) improcedencia de la acción en razón de que no existen elementos de naturaleza alguna que le permitan al actor ejercer esta acción; d) violación al trámite en virtud de que se han violentado solemnidades sustanciales en la tramitación de la causa; e) ilegitimidad pasiva de personería o falta de legìtimo contradictor en virtud de que el compareciente registra la condición o calidad que dolosamente se atribuye, además porque el menor sobre quien se ejerce esta acción no ha sido designado por una persona que le represente en la sustanciación de la causa, además las exigencias del actor no se encuentran inmersas en los elementos o requisito que prevé el art. 251 del Código Civil vigente. RECONVIENE al actor a responder al pago de las costas procesales, honorarios profesionales que me ocasiona en la tramitación de esta causa, al haberse empleado argumentos falsos en perjuicio de los derechos de su hijo obligando a litigar ocasionándole pérdida de tiempo, gastos, etc., por un valor no inferior a los cinco mil dólares americanos. Rechazo enfático y radical a la demanda planteada, porque las empleadas por el actor son falsas tendenciosas,

lesionan la honra y el buen nombre de la demandada y generan daños psicológicos, sobre ella y del menor sobre quien se estaría impugnando su paternidad. Por lo manifestado, expresamos ante Ud., nuestra ratificación a los fundamentos de hecho y derecho de las excepciones planteadas, y nos ratificamos en la reconvención planteada a efecto de que el actor al estar litigando de mala fe pague las indemnizaciones correspondientes. **SEXTO:** ACTUACIONES PROBATORIAS PROCESALES. El actor dentro del término probatorio ha solicitado: 1. Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte lo que de autos le fuere favorable; 2. Impugna la prueba actuada por la demandada por ser ilegal, indebidamente actuada y ajena a la *litis*; 3. Que se oficie a la Cruz Roja Ecuatoriana de la ciudad de Quito, para que tenga lugar la práctica del examen de ADN en las personas de la demandada señora AA, del niño NN y del compareciente, sin que haya comparecido la parte demanda a los dos señalamientos realizados por esta Unidad Judicial. PRUEBA DE LA DEMANDADA. 1. Que se incorpore y se tenga como prueba de su parte la contestación a la demanda excepciones y reconvención planteada sobre el demandante, ya que esta acción es una retaliación al juicio de alimentos planteado en su contra; así como su posición de rechazo, oposición y resistencia a la demanda planteada por intentarse violentar un legítimo derecho y garantía prevista en el art. 66 numeral 28 de la Constitución de la República, esto es el legítimo derecho a la identidad del que goza su hijo en común, habiendo el actor en forma "libre y voluntaria reconocido al hijo en común". 2. Se recepte los testimonios de los señores: Nora Isabel Mira Vásquez, Ruth Betsabé Sánchez Proaño, Blanca Rocío Herrera Enríquez y Rosa Emperatriz Cargua Tito, quienes al contestar el interrogatorio de fojas 15, formulado por demandada, en forma unívoca y concordante manifiestan conocer a las partes procesales, así como la demandada es una persona de buena conducta, haber mantenido relaciones sentimentales con el hoy actor por el lapso de ocho años en esta ciudad de Ibarra, con el que ha procreado un hijo que responde a los nombre de NN, y que el niño se encuentra afectado sicológicamente. SÉPTIMO: VALORACIÓN PROBA-TORIA. Según el art. 117 del Código de Procedimiento Civil, solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido presentado y practicado de acuerdo con la ley,





hace fe en juicio, normativa legal que es recogida de la normativa constitucional del art. 76 numeral 4.°. A SABER EN LA ESPECIE. a) El término probatorio ha decurrido conforme el art. 405 del Código de Procedimiento Civil. b) La prueba ha sido pedida, practicada tal como lo prevé el art. 315 del Código Adjetivo Civil. c) En el proceso de impugnación de la paternidad juega un papel fundamental la prueba científica conocido comúnmente como la prueba de ADN, ya que esta es considerada la prueba reina para establecer la paternidad de una persona, prueba que es pertinente a la litis y que el actor lo ha requerido de conformidad con el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, quien tiene la carga de la prueba, es decir es su obligación probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio: "Es obligación del actor del probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa", sin que la misma haya sido practicada por la falta de comparecencia de la parte demandada conforme aparece de los certificados remitidos por la Cruz Roja Ecuatoriana de la ciudad de Quito. d) En la junta de conciliación llevada a cabo, así como en su escrito de prueba fojas 15, se desprende que la accionada argumenta que el reconocimiento hecho por el actor Luis Xavier Martínez Hurtado "ha sido libre y voluntario", legalmente reconocido, más aun con las declaraciones testimoniales se establece que la actora ha mantenido relaciones sentimentales con el hoy demandante, y que según los testigos fruto de estas relaciones ha nacido su hijo de nombres NN. OCTAVO: El actual Código de la Niñez y la Adolescencia; la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que el Ecuador es parte y es Ley de la República por haber sido ratificada y publicada en el Registro Oficial, y la Constitución de la República del Ecuador, consagran preceptos que difieren sustancialmente de las disposiciones del Código Civil. Por otro lado la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño o niña es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.

Los preceptos legales de un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil. NOVENO: Existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Fallos de Triple Reiteración; "Las resoluciones judiciales dictadas en juicios de filiación en que no consta haberse practicado la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial" Gaceta Judicial n.º 1 serie XVII; "Por ello, aplicando normas constitucionales y todas las disposiciones relativas al interés superior del niño, es que este Tribunal, ha declarado que, por encima de los texto del Código Civil en lo atinente a la declaración de filiación esta la realidad biológica, y, que actualmente es posible determina la paternidad con precisión casi absoluta (margen de un error en diez millones) mediante el examen de ADN (Ácido Desoxi Nucleico) practicado de conformidad con la ley, y no deje lugar a dudas de manera que permita establecer de manera cierta la identidad del niño, la niña o el adolescente y de su progenitor". Gaceta Judicial. Año CV Serie XVII, nro. 14, página 4516 (Quito, 13 de noviembre de 2003).Por lo expuesto y al no haberse realizado examen de ADN para conocer si el señor LUIS JAVIER MARTÍNEZ HURTADO es el padre biológico del niño NN, al no haber justificado el actor los fundamentos de la demanda, y la procedencia de la causal señalada en el art. 251 del Código Civil, que dispone "El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que prueba interés actual en ello" y que en su numeral 2.º establece "Que el reconocido no ha podido tener como padre al reconociente" esta Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Ibarra, en uso de las atribuciones contempladas en el art. 45 de la Constitución de la República, AD-MINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-CIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza la demanda por falta de prueba, así como la reconvención planteada por no haberse justificado conforme a derecho. Notifíquese.

f.) Dra. Mercedes Cuastumal, Jueza



## **APELACIÓN**

Juicio nro. 2013-0478

Juez ponente: Dr. Fernando Cantos Aguirre

# CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IM-BABURA. SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA.

Ibarra, viernes 27 de diciembre del 2013 las 09h22.

**VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de jueces titulares del tribunal de la sala multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura en virtud de que Luis Javier Martínez Hurtado actor en la presente causa, ha interpuesto recurso de apelación de la sentencia dictada por la señora Jueza de la Unidad Judicial Especializada Segunda de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Ibarra, en que se rechaza la demanda por falta de prueba, así como la reconvención planteada por no haberse justificado conforme a derecho; recurso al que se ha adherido la actora, en cuanto a que se condene al actor en costas. Encontrándose la causa en estado de resolver conforme con la previsión del artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal de la Sala, considera: I. PRINCIPIOS **DEL DEBIDO PROCESO.** El art. 76 de la Constitución ecuatoriana prevé que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se debe asegurar el debido proceso. Éste comporta una serie de garantías jurisdiccionales que los jueces estamos obligados a cumplir, en obligación del principio de administrar justicia. Una de esas garantías es el denominado principio de Legalidad Procesal (art. 76.3 ibídem) por el cual sólo se puede juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Estas previsiones constitucionales tienen su correspondencia con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969, ordenamiento jurídico interamericano del cual es su suscriptor el Ecuador, y por el que se exige a los Estados partes, la observancia de Garantías Judiciales como la prevista en el artículo 8.1 en el sentido de que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...". Así pues, el debido proceso se constituye en el principio básico de

observancia fiel, en el presente y en cualquier tipo de procesamiento jurisdiccional.

II. JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y VA-LIDEZ PROCESAL. En la sustanciación de la causa, a tanto en primera cuanto en segunda instancia se han observado los principios del debido proceso, y sin que existan motivos de nulidad que la afecten se declara su validez, teniendo el Tribunal de la Sala potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver la impugnación conforme con las previsiones legales de los artículos 412 del Código de Procedimiento Civil y artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. III. LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO. La etapa de impugnación es la fase procesal en la cual, las partes involucradas en un proceso judicial, manifiestan su inconformidad con la decisión tomada por los órganos jurisdiccionales, sea esa definitiva o incidental; impugnación que se la realiza a través de los diferentes mecanismos denominados recursos, los cuales deben estar previstos en la respectiva ley de la materia y en las demás conexas. En el Ecuador ese derecho ha sido reservado para las partes, con la finalidad de que a través de la impugnación ante un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, tal decisión sea revisada, en caso de que contenga errores que deban corregirse y que hayan sido perjudiciales para las partes. Esta fase procesal tiene su fundamento en la prescripción constitucional prevista en la letra m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución que como derecho de protección ha sido positivizado y que concede a las partes el derecho a: "...m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". Cipriano Gómez Lara, en su obra Teoría General del Proceso pág. 335, nos dice que la impugnación es una fase procesal en la que "las partes cuentan con los medios para combatir las resoluciones de los tribunales, si estas son incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares o pronunciadas sin apego derecho". Lo que concuerda obviamente con el sentido que tiene la impugnación en la estructura sistemática procesal ecuatoriana. IV. EL RECUR-SO DE APELACIÓN Y ADMISIBILIDAD. El recurso de apelación es el medio por el cual se





ejerce el derecho de impugnación, y del que según la doctrina imperante en la región se ha dicho que "...no se trata de un nuevo juicio sino de un nuevo examen, y por tanto, en la apelación solo se puede fallar sobre lo que es materia del recurso. (...) el Tribunal o Juez de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con jurisdicción y competencia" (MONROY CABRA, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis. Segunda edición. 1979. Pág. 336). Concomitante con ello el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil nos ha dicho que la "Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace a la jueza o al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior". Ahora bien, para que ese recurso de apelación sea admisible ante un Tribunal o Juez de jerarquía superior, debe comportar legitimidad objetiva y subjetiva y esa legitimidad se la valora respecto de los siguientes presupuestos: a) Los sujetos habilitados. Es decir, las personas que están facultadas para proponer el recurso de apelación; ello ha sido previsto por el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal que faculta a las partes la interposición del recurso de apelación. En el presente caso el actor ha interpuesto el recurso de apelación, por tanto, es sujeto habilitado para recurrir y continuar ejercitando sus derechos en esta segunda instancia. Pero también los artículos 335 y 409 del referido Código Procesal han previsto la adhesión al recurso de apelación tanto en primera cuanto en segunda instancia, en el caso, la demandada se ha adherido al recurso de apelación ante el juez de primera instancia, por tanto este acto jurídico es válido. b) El tiempo. Este presupuesto igualmente constituye un requisito de admisibilidad ya que si no ha sido interpuesto el recurso dentro del tiempo que la ley ha previsto, deviene en improcedente, por ello, el artículo 324 del Código Procesal Civil, ha regulado la temporalidad de interposición del recurso al prever que el mismo debe ser interpuesto "...dentro de los tres días...". El recurrente ha interpuesto su recurso de apelación dentro de ese tiempo, lo cual comporta, legalidad procesal. c) El interés procesal. Consistente en la finalidad por la cual se recurre: enmienda de los actos procesales que afecten el principio de legalidad ya que en un segundo análisis al proceso e puede detectar los puntos en donde se rebasa no solo la legalidad sino incluso la constitucionalidad del proceso y si existen razones suficientes para

suponer su reparación a través de un nuevo fallo. El recurrente tiene como pretensión procesal, que en segunda instancia, se revoque la sentencia y la adherente el que se condene en costas al actor. d) Los fundamentos del recurso de apelación. Relativos a la determinación de los puntos a los que se contrae el recurso de apelación conforme con la previsión implícita del artículo 408 del Código Procesal Civil, porque se constituyen en los aspectos principales del recurso y que han de ser motivo de decisión en segunda instancia, los mismos que se generan cuando una desventaja o perjuicio que provoca la resolución judicial que restringe un derecho o una libertad proviene de errores cometidos por ese órgano judicial y que pueden ser in procedendo (de actividad: afectación al trámite anterior a la resolución impugnada) o in iudicando (de juicio: en la determinación de los hechos, en la apreciación de la prueba, selección y valoración de las normas jurídicas o meros errores materiales). El recurrente Luis Javier Martínez Hurtado ha dicho que interpone recurso de apelación de la sentencia: a)Porque la Jueza a quo no ha tomado en cuenta que la demandada señora AA y el niño cuya paternidad impugna, debían concurrir a la Cruz Roja, de la ciudad de Quito, para la práctica del examen de ADN, sin embargo de lo cual no han comparecido pese haberse realizado dos señalamientos; b) Porque ante la renuencia de la demandada no se ha apreciado esta situación como indicio en contra de ella conforme lo dispone el art. 263 del Código de Procedimiento Civil; c) Porque tampoco se ha aplicado el art. 13 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a la importancia del examen de ADN como prueba parta afirmar o descartar la paternidad o maternidad y la no admisión de dilación de la causa con otras pruebas; d) Que las anteriores disposiciones y argumentos son concordantes con el art. 172 de la Constitución, respecto a que los jueces administraran justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la Ley; y e) Por que no se ha aplicado respecto a la renuencia a someterse al examen de ADN por parte de la demandada el análisis de las pruebas de presunciones previstas en el art. 1729 del Código Civil; ya que las presunciones legales se reglan por el art. 32 y las que deduce el Juez deben ser graves, precisas y concordantes. Contrayéndose sud recurso a que se revoque la sentencia dictada por la Jueza de primera



instancia, y se declare que el recurrente no es el padre del niño que se reputa como su hijo. La demandada en su contestación a la fundamentación de la impugnación a la resolución manifestó: que rechaza los argumentos de la contraparte por intentar que se viole normas, principios y garantías constitucionales so pretexto de favorecer sus intereses; y que se tome en cuenta el art. 66 numeral 28 de la Constitución de la República que garantiza a la persona el derecho a la identidad personal y concomitantemente los fallos de triple reiteración que protegen dicho derecho. En la presente causa, estos presupuestos de legitimación se encuentran cumplidos, por lo cual el recurso de apelación es admisible en lo formal así como la adhesión al mismo, correspondiéndole entonces al Tribunal de la Sala determinar si los fundamentos de la apelación, han sido valorados o no en primera instancia y además consignar y valorar la prueba actuada en segunda instancia, de habérsela presentado, la misma que debe tener relación con los fundamentos del recurso, y lo haremos en el siguiente párrafo. V. VALORACIÓN DE LAS FUNDAMENTACIONES. El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial ha previsto que "Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las jueza y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley"; previsión legal que tiene relación también con el artículo 27 ibídem "Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes..."; es decir, en observancia de los principios dispositivo, de inmediación, y concentración exigidos por los artículos 168.6 y 169 de la Constitución. Para ello, el Tribunal, considera partir de los siguientes aspectos: 1. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LAS PAR-**TES:** Ha comparecido el señor LUIS JAVIER MARTÍNEZ HURTADO, a la Unidad Judicial Especializada Segunda de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, manifestando: Que en los años 2001, 2002, se encontraba residiendo en la ciudad de Mira, cantón Mira, provincia del Carchi, habiendo mantenido una relación amorosa con las señora AA, con quien se veían ocasionalmente. Transcurrido algún tiempo supo que la señora AA, había procreado un hijo y ella le pidió que le diera el apellido a su hijo, en virtud de que el abuelo del menor, había decidido donarle un terreno y para lo cual requería que el menor

conste en su partida de nacimiento con el nombre del padre; ante tanta insistencia, aceptó reconocer al indicado menor, habiéndole inscrito con los nombres de NN, inscripción que inclusive se realizó de manera tardía. Además a la época de concepción del niño, la indicada señora, había mantenido relaciones con otros hombres. Llegando a tener conocimiento que ella ha indicado que el niño definitivamente no es su hijo. Por ello, indicando que es de conocimiento de orden público que es obligación del Estado, reconocer a los ciudadanos su verdadera y legítima identidad, fundamentado en: El art. 66.28 de la Constitución: "Se reconoce y garantizará a las personas (...) 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos..." El art. 11.4 ibídem. "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". Art. 6 Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Art. 131.2.6., del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: "Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos o sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá a petición de parte, el examen de ADN del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil". Que los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil en resolución de triple reiteración de 22 de marzo de 1999, las 09h00, publicada en la G. J. Serie 17, nro. 1, página 38, manifiestan en el considerando IV, en la parte sustancial: "...De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba de ADN. Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil". En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, al amparo de lo previsto en el numeral 2 del art. 251 del Código Civil, comparece y demanda a la señora AA, la impugnación al reconocimiento del menor NN, para que en sentencia se





declare que el compareciente no es padre del menor referido y se ordena la sub inscripción correspondiente. La demandada, por su parte ha planteado las siguientes excepciones: a) negativa expresa y radical a los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta; b) ilegitimidad o falta de derecho del actor para promover esta acción, por cuanto sus argumentos carecen de todo fundamento o razón: c) improcedencia de la acción en razón de que no existen elementos de naturaleza alguna que le permitan al actor ejercer esta acción; d) violación al trámite en virtud de que se han violentado solemnidades sustanciales en la tramitación de la causa; e) ilegitimidad pasiva de personería o falta de legítimo contradictor en virtud de que el compareciente registra la condición o calidad que dolosamente se atribuye, además porque el menor sobre quien se ejerce esta acción no ha sido designado por una persona que le represente en la sustanciación de la causa, además las exigencias del actor no se encuentran inmersas en los elementos o requisitos que prevé el art. 251 del Código Civil vigente. RECONVIE-NE al actor a responder al pago de las costas procesales, honorarios profesionales que le ocasiona en la tramitación de esta causa, al haberse empleado argumentos falsos en perjuicio de los derechos de su hijo obligándola a litigar ocasionándole pérdida de tiempo, gastos, etc. por un valor no inferior a los cinco mil dólares americanos. Rechaza la demanda planteada, porque las argucias empleadas por el actor son falsas tendenciosas, lesionan la honra y el buen nombre de la demandada y genera daños psicológicos sobre ella y del menor sobre quien se estaría impugnando su paternidad. La parte actora se ha opuesto a la mencionada reconvención, con negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención; la reconvención no reúne los requisitos previstos en la ley; falta de derecho de la demandada para proponer la reconvención; nulidad e improcedencia de la contrademanda por la forma y el fondo; pidiendo que sea rechazada en sentencia. 2. LA PRUEBA APORTADA POR LAS PARTES. Aspecto importante para dilucidar el caso constituye la prueba, a través de los diferentes medios que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto, por eso, el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil nos dice que cada parte está en la obligación de probar los hechos que alega, y que, según el artículo 113 ibídem el actor está en la obligación de probar los hechos

que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el demandado; así: La Prueba del Actor. El actor dentro del término probatorio en primera instancia ha solicitado: 1. Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte lo que de autos le fuere favorable; habiendo incorporado a su demanda, la inscripción del nacimiento del menor que impugna su reconocimiento (26 de abril del dos mil dos - inscripción tardía); 2. Impugna la prueba actuada por la demandada por ser ilegal, indebidamente actuada y ajena a la *litis*; 3. Que se oficie a la Cruz Roja Ecuatoriana de la ciudad de Quito, para que tenga lugar la práctica del examen de ADN en las personas de la demandada AA, del niño NN y del compareciente, sin que haya acudido la parte demandada a los dos señalamientos realizados por la Unidad Judicial. No ha solicitado prueba en segunda instancia. La Prueba de la demandada. 1. Que se incorpore y se tenga como prueba de su parte la contestación a la demanda excepciones y reconvención planteada sobre el demandante, ya que esta acción es una retaliación al juicio de alimentos planteado en su contra; así como su posición de rechazo, oposición y resistencia a la demanda planteada por intentarse violentar un legítimo derecho y garantía prevista en el art. 66 numeral 28 de la Constitución de la República, esto es el legítimo derecho a la identidad del que goza su hijo en común, habiendo el actor en forma "libre y voluntaria reconocido al hijo en común". 2. Se recepte los testimonios de los señores: Nora Isabel Mira Vásquez, Ruth Betsabé Sánchez Proaño, Blanca Rocío Herrera Enríquez y Rosa Emperatriz Cargua Tito, quienes al contestar el interrogatorio de fojas 15, formulado por la demandada, en forma unívoca y concordante manifiestan conocer a las partes procesales, así como la demandada es una persona de buena conducta, haber mantenido relaciones sentimentales con el hoy actor por el lapso de ocho años en esta ciudad de Ibarra, con el que ha procreado un hijo que responde a los nombre de NN, y que el niño se encuentra afectado psicológicamente. No ha solicitado prueba en la segunda instancia. 3. NORMATIVA Y JURISPRUDEN-CIA HA APLICARSE: NORMATIVA. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 45 dice: "Las niñas, niños, y adolescentes (...) tienen derecho a (...) su identidad nombre y ciudadanía; (...) y a recibir información acerca de sus progenitores...". - El Código de la Niñez y la Adolescencia en relación al derecho específico a la



identidad e identificación contenidos en los artículos 33 y 35, dice, art. 33 "Los niños y niñas tienen derecho a. "...identidad y a los elementos que la constituyen..."; y, art. 35 "...ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les corresponda". -El Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la naturaleza de los Derecho y Garantías en el art. 16 dice: "Por su naturaleza. Los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, individuales, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley". El Código de la Niñez y la Adolescencia en relación a las normas para la identificación en el cuarto inciso del art. 36, indica que: "Comprobada y resuelta por la autoridad judicial o administrativa competente, la sustitución, confusión o privación de identidad o de alguno de sus elementos, el Registro Civil iniciará de inmediato los procedimientos idóneos para restablecerla sin costo alguno para el afectado", de lo que se desprende que el derecho a la identidad es uno con las características y garantías constitucionales y legales; pero en el ámbito judicial los hechos que determinan su establecimiento deben establecerse caso por caso. El Código de la Niñez y la Adolescencia en su art. 11 en el inciso cuarto dice: "El interés superior del Niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa...". El Código Civil en el art. 251 dice: "El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello. En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan: 1. Que el reconocido no ha podido tener por madre a la reconociente, según el Título X; 2. Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente, según la regla del art. 62; y, 3. Que no se ha hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley". El art. 13 (138) del Código de la Niñez y Adolescencia, dice: "Suficiencia de la prueba de ADN. La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad... No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley". El art. 29 (147.7) del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que la: "Aplicación de estas normas en otros juicios. Dentro de los juicios o proceso por violencia intrafamiliar,

reclamación de la filiación, separación de bienes, divorcio y en general, en cualquier otro procedimiento en el que la ley contemple expresamente la posibilidad de solicitar alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes, se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la presente ley." El art. 263 del Código de Procedimiento Civil, dice: "Cuando se trate de exámenes o reconocimiento de personas, podrán practicarse peritajes radiológicos, hematológicos y de otra naturaleza. La renuencia de la parte a estos exámenes será apreciada por el juez como indicio en contra de ella". El Código Civil en el art. 32, dice: "Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias...".- La Constitución de la República del ecuador en el artículo 45 dice: "Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás". La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76, dice: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1 Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra...". La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 75, dice: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 82 dice: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y





en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". FALLOS JURISPRUDENCIALES DE TRIPLE REITERACIÓN DE LA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Juicio ordinario nro. 170-97 Juicio Ordinario nro. 150-98, Juicio nro. 62-99, EJEMPLO: Juicio nro. **62-99. ACTOR.** Norma del Pilar García Román. **DEMANDADO:** Jack Leonardo Hidalgo Barrezueta. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRI-MERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 9 de septiembre de 1999; las 10h30- pág. 236 y 237. "...La Sala, al respecto, reitera; 1) Lo expresado en el fallo dictado en el proceso de casación nro. 268-98, mediante Resolución nro. 464-99". De acuerdo con la doctrina consagrada por nuestro ordenamiento legal, la filiación resulta por los vínculos de la sangre. Respecto a la prueba de la maternidad no hay dificultad porque se manifiesta por el embarazo y el parto, hechos materiales visibles. En cambió, la paternidad resulta de la concepción y la concepción no puede establecerse materialmente mediante el testimonio de terceros o exámenes morfológicos, estos elementos de prueba constituyen simples indicios, conjeturas, probabilidades que hagan presumir las relaciones sexuales de los presuntos padres en la época de la concepción. En la actualidad, los avances de la ciencia han permitido encontrar un medio de prueba fehaciente para la investigación biológica de la paternidad y determinar prácticamente con total certeza el padre de una persona. Es la prueba del ADN, la misma que no se ha realizado en el presente juicio". ; 2) Como ya lo ha establecido este Tribunal de casación en fallo dictado el 11 de febrero de 1999 en el proceso de casación nro. 170-97 y publicado en el R. O. nro. 159 de 29 de marzo de 1999. Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata de establecimiento de filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN)...". Fallo de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en el G.J. serie 17, nro. 1 página 38 manifiestan en el considerando IV: "... De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente

con total certeza a través de la prueba de ADN. Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil". Jurisprudencia de Triple Reiteración Obligatoria de la que se obtiene además que en las resoluciones judiciales dictada en los juicios de filiación en los que no conste haberse practicado la prueba de ADN, estas no causan autoridad de cosa juzgada sustancial. JURISPRUDENCIA SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Juicio nro. 104-2012, Resolución 252-2012, Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia: 8.2. SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR. Y LA TITULARIDAD **DE LOS DERECHOS PREVALECIENTES:** Si bien es verdad que por el carácter superior de los derecho que atañen a las niñas, niños y adolescentes, considerados por el art. 35 de la Constitución de la República como grupos de atención prioritaria, la interpretación que se haga sobre sus derechos no puede apartarse del principio del "INTERÉS SUPE-RIOR" consagrado en el art. 44 ibídem, y conforme lo preceptuado sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas. Principio generalmente aceptado por el Derecho Internacional, consignado en múltiples tratados y convenios internacionales que con este fin se han celebrado, ratificados por nuestro país entre los que podemos citar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños considerados como sujetos activos, el deber de protección especial y prioritario que por su condición tienen derecho a recibir del Estado, la Sociedad, y la Familia. En cuanto a la aplicación práctica de este principio de interpretación de los derechos, en la línea de la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado: "... ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se pueden formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetible de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la Sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación



personal (Sentencia T. 408 de 1995). Es decir que los asuntos de los menores edad (sic) que involucren derechos prevalecientes de acuerdo a este principio de interpretación, deben ser abordados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, en el marco de la legislación vigente, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientadores que pueden servir para el análisis de los casos individuales sobre derechos de personas que integran este grupo social,...". 4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. 1. Previamente a valorar la prueba el Tribunal consigna que el derecho a la identidad es un derecho constitucional de todo ser humano consagrado en el numeral 28 del artículo 66 de la Constitución de la República, derecho que no implica solo el tenerlo sino consérvalo; sin perjuicio del derecho a la impugnación de reconocimiento del hijo que deberá hacérselo conforme a la ley, siendo por ello necesario que cualquier decisión que se tome en sentido negativo o positivo con relación a su conservación, debe estar fundamentada en la Constitución y en la ley. 2. El Tribunal considera que en los casos en que se discuten derechos de los niños y adolescentes, es imperativo respetar y aplicar como principio de interpretación de la ley el de interés superior del niño, determinado en los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, y arts. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; pero sin que su aplicación pueda ser en contra de norma expresa (inciso cuarto del art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia) o de forma mecánica, tal como lo indica la Corte Nacional: en el juicio nro. 104-2012, resolución 252-2012, Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia: "...los asuntos de los menores edad que involucre derechos prevalecientes de acuerdo a este principio de interpretación, deben ser abordados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, en el marco de la legislación vigente, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientadores que pueden servir para el análisis de los casos individuales sobre derechos de las personas que integran este grupo social...". 3. El reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial es impugnable cuando no corresponde a la verdad en cuanto a la filiación con alguno de los padres o no se lo realizó conforme con la ley, arts. 247 y 251 del Código Civil. 4. Establecidos los presupuestos fácticos y la prueba aportada por las partes, corresponde al Tribunal, determinar que esa prueba sea formalmente eficaz, porque según el mandato constitucional del

artículo 76.4 las pruebas actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia rogatoria. En la presente causa, tanto la prueba del actor así como la de la demandada, se ha pedido, ordenado, practicado e incorporado al juicio en el respectivo término de prueba conforme lo ordena el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, y no existe violación constitucional ni legal alguna en su acreditación tornándose por tanto en prueba eficaz. Ahora bien, esa prueba ha de ser portadora de la verdad procesal, la misma que debe estar relacionada con los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta así como de las excepciones a la misma y esa verdad procesal se la obtiene valorando la prueba de acuerdo con a las reglas de la sana crítica conforme ha previsto el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 116 ibídem (prueba pertinente). 5. El actor, en su demanda ha dicho que el niño que lleva su apellido y es hijo de la señora AA no es su hijo; y, que su reconocimiento lo hizo ante la insistencia de esta, habiendo mantenido relaciones amorosas con ella; fundamentando su petición en el numeral 2 del art 251 del Código Civil, respecto a que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente; la demanda se ha dirigido contra el niño que se impugna el reconocimiento, representado por su madre la señora AA, dotándose inclusive de un curador al niño ad litem; para justificar sus argumentos en la prueba el actor, solicitó se proceda a realizar el examen comparativo de ADN entre el actor, la demandada y el niño cuyo reconocimiento se impugna; no habiendo acudido la demanda ni el niño a dos señalamientos judiciales para la realización del exahaciéndose el segundo requerimiento judicial bajo prevenciones de ley según consta de fojas 26 y 28 del cuaderno de primera instancia; inasistencias que o fueron justificadas. -Al respecto es necesario considerar que por disposición del art. 13 (138) del Código de la Niñez y Adolescencia, la prueba de ADN con las condiciones mencionadas en el art. 11 (136) ibídem, es prueba suficiente para afirmar o descartar la paternidad, razón por la que el actor ha solicitado se recepte el examen en los laboratorios de la Cruz Roja Ecuatoriana en la ciudad de Quito. -El art. 29 (147.7) del Código de la Niñez y Adolescencia, dispone que en los juicios de filiación se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la presente ley, en el caso, la norma precedente.- La





jurisprudencia en fallos de triple reiteración: juicio ordinario nro. 170-97- juicio ordinario nro. 150-98, juicio nro. 62-99, en forma obligatoria han expresado que el examen de ADN y su informe en casos de filiación, es definitivo, con lo que la regla de prueba mencionada en el art. 62 del Código Civil respecto a determinar una presunción de derecho a partir de la época de la concepción por disposición legal y mandamiento jurisprudencial ha quedado sin efecto por ser obsoleta. - Al existir una sola prueba suficiente es claro que el actor al solicitar la prueba de ADN buscaba establecer con certeza la verdad en el proceso, acudiendo por tales motivos a las convocatorias que para dicho efecto realizó el Juzgado de primera instancia; mientras ni la demandada ni el niño cuyo reconocimiento se impugna hubieren acudido. 6. En contraposición al actor, la demandada, en su contestación a la demanda ha dicho que el niño tiene por padre al actor y que esta causa es fruto de una retaliación; y, como exclusiva prueba presentó los testimonios de: Nora Isabel Mira Vásquez, Ruth Betsabé Sánchez Proaño y Blanca Rocío Herrera Enríquez, quienes se han limitado a indicar que el actor y la demandada han mantenido relaciones sentimentales por el lapso de ocho años y que fruto de las relaciones procrearon al niño cuyo reconocimiento impugna el actor, siendo las madre de una reputación impecable, añadiendo que el niño se encuentra afectado psicológicamente por la acción judicial del actor. -Siendo las afirmaciones de las testigos indicadas referentes a la verdad de la existencia de relaciones amorosas entre el actor y la demandada, sin que en las respuestas se haga correspondencia a las relaciones, con fechas o lugar determinado u época de concepción del niño; situación que de acuerdo a las actuales disposiciones mencionadas en acápites anteriores respecto al examen de ADN, hacen que estos testimonios se vuelven ineficaces respecto a la filiación con el progenitor, demostrándose en el conjunto de la prueba que estos testimonios al contrario prueban el fundamento del actor respecto a que uno de los motivos del reconocimiento fue el existir relaciones entre actor y demandada; a lo que se agrega que cualquier afectación física o psicológica de una persona debe determinarse mediante peritajes científicos, no pudiendo esta determinación provenir de las apreciaciones de personas que conocen a las partes. 7. En el caso, el hecho probado, de la resistencia de la demandada al requerimiento judicial,

contemplado en la ley como un indicio en su contra, siendo el sentido de la palabra indicio, el de: "Acción o señal que da a conocer lo oculto...", según el Diccionario Jurídico Virtual Esilec profesional. Así el indicio (renuencia) señalado en la ley nos lleva a una presunción, la misma que según el art. 32, del Código Civil, es "...la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal...". Siendo según Hernán Casco Pagano, la presunción "en materia civil procesal, (...) el resultado de un raciocinio en cuya virtud de un hecho conocido (indicio) se concluye lógicamente otro hecho no conocido o no probado. La presunción es una operación mental que consta de tres elementos: un hecho anterior conocido o comprobado que es el antecedente (indicio), un razonamiento (legal o judicial) y una conclusión, es decir, un hecho que se presume cierto. La presunción tiene por objeto suplir la falta de prueba directa. Es de gran importancia en los casos de simulación y fraude". De lo expuesto, al amparo del derecho de igualdad de las personas y de las partes en un juicio, contemplados en los arts. 66 numeral 4 y 76. 1. 7. c, h, de la Constitución de la República en concordancia con el art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal consigna que la no asistencia sin justificación de la demandada AA con el niño sobre el que se impugna su reconocimiento, a la diligencia de examen de ADN, cuyos resultados otorgarían una verdad procesal insustituible procesalmente, evidenció el incumplimiento de un mandato judicial renuencia injustificada que debe ser apreciada por la Juez o Juez a quo como indicio en contra de la renuente, de acuerdo al art. 263 del Código de Procedimiento Civil; conllevando con ello a una presunción de no paternidad del actor respecto al niño cuyo reconocimiento se impugna. Situación similar a la que se suscita con respecto al supuesto padre cuando este es renuente a realizarse examen de ADN (art. 10.a (135) (Código de la Niñez y Adolescencia). No pudiéndose en este caso, alegarse necesidad de pluralidad de indicios dada la naturaleza de suficiente de la prueba de ADN. **RESOLUCIÓN.** Por lo anotado y analizado en los considerandos precedentes, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, aceptando el recurso de apelación interpuesto por actor.



# ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,

**REVOCA** la sentencia dictada el 17 de septiembre del año 2013 a las 16h10, por la señora Jueza de la Unidad Judicial Especializada Segunda de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Ibarra; y en su lugar se acepta la demanda: declarando que el niño NN, cuya inscripción de nacimiento consta en la ciudad de Ibarra, el día XX, XX, no tiene como su padre biológico al señor LUIS JAVIER MARTÍNEZ HURTADO; disponiéndose que esta sentencia se la margine en el acta de inscripción de nacimiento del mencionado niño. La

reconvención se la rechaza por improcedente. Se indica a las partes que de conformidad a la juris-prudencia de triple reiteración detallada en esta sentencia las resoluciones judiciales dictadas en los juicios de filiación en los que no conste haber-se practicado la prueba de ADN, estas no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, es decir sus derechos quedan a salvo para ser ejercidos cuando a bien tuvieren. Sin costas ni honorarios que regular en las dos instancias. Ejecutoriada que sea esta sentencia devuélvase el proceso al Juzgado de origen. **Notifíquese y Cúmplase.** 

f) Dr. Fernando Cantos Aguirre Juez. Dr. William Jiménez Guerrero, Juez. Dr. Jaime Alvear Flores MGS. Juez.

## CASACIÓN

Resolución nro. 081-2014; Juicio nro. 028-2014

Juicio ordinario de impugnación de paternidad propuesto por Luis Xavier Martínez Hurtado, en contra de Hilda Cecilia Castro Pozo.

Jueza ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.— Quito, a 14 de mayo de 2014, las 08h17.

## VISTOS:

1.- ANTECEDENTES.- Luis Javier Martínez Hurtado, presenta demanda de impugnación del reconocimiento del niño NN, en contra de este último y de Hilda Cecilia Castro Pozo, su representante legal. Sustanciada la causa en la Unidad Judicial Especializada Segunda de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Ibarra Provincia de Imbabura, rechaza la demanda por falta de prueba, así como la reconvención planteada por no haberse justificado conforme a derecho. El demandado interpone recurso de apelación, ante la Sala Multicompetente de esa provincia, que resuelve revocar la sentencia dictada por la jueza *a quo*, y aceptar la demanda, declarando que NN, no tiene como padre biológico al actor. La demandada interpone recurso de casación, aceptado a trámite en auto de 7 de abril de 2014, las 08h20, por la Sala Especializada de Conjueces de la Familia, Niñez,

Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

- 2.- COMPETENCIA.- Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para actuar en esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, mediante Resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;1, y 1 de la Ley de Casación.
- **3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La casacionista alega infracción de los artículos: 1, 11, 44, 45, 46, 75, 82, 169 y 426 de la Constitución de la República; 131 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia; 263 del Código de

ST

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ver Suplemento del R.O. No 38 del 17 de julio 2013.



Procedimiento Civil; 131 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 251 del Código Civil. Funda su recurso en la causal primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, además, la infracción de normas constitucionales.

4.- SOBRE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias, provenientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo de tal marco, una vez más debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollos jurisprudenciales fijados para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógicojurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos o dando al traste con los mismos. Ha de insistirse también en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por ende, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Corte Nacional, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el juez de apelaciones, al proferirla, vulneró o no la ley sustancial de alcance nacional que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundamental del Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

#### 5.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

5.1.- Este Tribunal, realiza la confrontación de la sentencia recurrida con la normativa jurídica pertinente, para verificar la existencia de los vicios acusados. La técnica jurídica, recomienda el orden en que deben ser analizadas las causales y subraya que en los casos, como éste, cuando se denuncia la violación de normas constitucionales corresponde iniciar el estudio por aquellas; en un estado constitucional de derechos y justicia, la administración de justicia se rige por el principio de supremacía constitucional, su aplicabilidad directa e inmediata, y el carácter de garantes de los derechos de las y los jueces. De comprobarse los vicios alegados, en estas normas, haría inoficioso el análisis de los restantes cargos, dado el carácter privilegiado de estos principios y reglas.

5.2.— La recurrente, manifiesta: "La ausencia de un examen de ADN en los términos expuestos y señalados no constituyen ser un signo de mala fe sino un acontecimiento concordante con las circunstancia y justificable (Art. 263 del Código de Procedimiento Civil). — Esta circunstancia no le atribuye al operador para emplearlo dolosamente en contra del menor, por el contrario sus derechos deben ser siempre reconocidos y protegidos en forma preferente conforme así lo exige el Art. 44, 45, 46 de la Constitución de la República en los que textualmente el Estado garantiza por entre todas las personas o seres humanos el derecho preferente del menor".

**5.3.** Ahora bien, en acuerdo al principio del interés superior de los niños y niñas, consagrado en el artículo 44 de la Constitución, en armonía con el 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,² subraya el reconocimiento y la obligación del estado, la familia y la sociedad en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el reconocimiento de su condición de sujetos

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales", en relación con el



de plenos derechos, y, en la protección especial atendiendo a su condición de seres humanos en desarrollo. Este interés superior es una noción relacional, que deja claro que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, éste, prevalece por sobre el de los padres, las madres, la sociedad y el estado, consecuentemente, en todo proceso judicial o administrativo que involucre a estos actores sociales, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarlos de forma efectiva. En esta misma línea, la jurisprudencia internacional señala que, "no basta con afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad"3, por tanto, que las decisiones que se tomen, en cada caso, deben ser traducidas en acciones que garanticen, las condiciones de dignidad en correspondencia con su condición de personas en formación y que se materialicen en calidad de vida, de forma tal, que ellos/ellas lo sientan y lo perciban en la cotidianidad. En ese orden de ideas, se recuerda que este principio está en la base de la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente, como sujeto portador de "todos los derechos... "4, doctrina, que al haber sido asumida, formalmente, por el Ecuador, en la firma de los tratados internacionales que la proclaman, hace parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto ha sido formalmente asumida por el estado.

5.4.- En esta línea de reflexión, nuestra Carta Mayor reconoce un núcleo duro de derechos de los niños y niñas, entre estos, el derecho a la identidad personal y colectiva "que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos, y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la proceden-

cia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales<sup>25</sup> (el énfasis nos pertenece).

5.5.- En este orden de ideas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo VI; la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17, al proclamar la protección social y estatal de la familia, reconocen el derecho de todas las personas a ser parte de una familia, en el entendido que ésta, como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 67 de la Constitución) protege a sus integrantes, sus derechos e igualdad. En este contexto, conviene traer la opinión de John Rawls, sobre la necesidad social de fortalecer varias instituciones básicas, entre las que se encuentra la familia: "el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social... Tomadas en conjunto, como un esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga"6.

5.6.- En esta lógica, el doctrinario francés Malaurie, afirma, en materia de filiación no existe una sola verdad, sino muchas: "la afectiva ("verdadero padre es el que ama"); la biológica ("los lazos sagrados de la sangre"); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual ("para ser padre o madre es necesario quererlo"); la del tiempo ("cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo")". En otras palabras, además de la dimensión biológica, se debe

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Philippe Malaurie, La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, en La semaine juridique, 26/3/2003, nº 26 pag. 546.



artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El principio de interés superior conlleva que en el tratamiento judicial o administrativo en los que se encuentren en juego derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser priorizado de tal modo que se logre la efectiva protección de tales derechos y, así lo dispone el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia: "...principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento..."

<sup>3</sup> Corte I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Silvia LARUMBE CANALEJO, "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo", en Revista IIDH, núm. 36, julio-diciembre, 2002, p. 252.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Artículo 66, núm. 28 CRE,

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> John Rawls, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición, 1979, pág. 23.



tomar en cuenta la existencia de otras, la sociológica, cultural, social y psicológica, que son claves en la construcción de la identidad de las personas, y consecuentemente, deben ser ponderadas al momento de la aplicación del derecho. La relevancia jurídica de esta línea de examen, permite anotar la opinión del experto en derecho de familia: Luis Mizrahi: "...en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato".

5.7. - La Corte Constitucional<sup>8</sup>, al amparo de la supremacía constitucional y tratados internacionales de derechos humanos, en protección del derecho de los y las niñas y adolescentes a su identidad, nombre y ciudadanía, de su interés superior y con base en los artículos 1, 3.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en su condición de garante del interés superior, expresa, sobre el tema en análisis: "Es obvio que las Convenciones Internacionales no se ocupan de los casos en los cuales un niño es privado de su identidad "legalmente", como en el ejemplo (del presente caso): El niño, a quien la ciencia le ha dicho que la persona que aparecía como su padre, no lo es; y -paradójicamente- pretendiendo proteger su identidad, le dejan sin ninguna. El efecto de la sentencia ha profundizado la incertidumbre del niño. Durante todos los años de vida del niño fue reconocido entre su familia, su entorno social, su medio educativo, su barrio, sus parques y sus relaciones; ese niño fue conocido y re-conocido con el nombre y apellidos con los que -posiblemente- fue bautizado". Si bien el juez plural cita un fragmento de una sentencia que contiene una conceptualización del Principio del interés superior, la cita, no forma parte del análisis de fondo, pues se limita a la valoración de la prueba, en especial, a la inasistencia injustificada de la demandada y su hijo a la práctica del examen de ADN "cuyos resultados otorgarían una verdad procesal insustituible", desconociendo palmariamente, este principio rector, además, aplica indebidamente la presunción negativa de hecho contenida en el artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, como "presunción de no paternidad", en consideración a que la madre ni su hijo se practicaron el examen

de ADN. Este Tribunal ha señalado, que las presunciones deben constar en la ley, y, deben aplicarse a favor de quienes han sido previstas, en el caso de la presunción de hecho de la norma citada, ésta ha sido concebida en favor de los niños, niñas y adolescentes, frente a la negativa del demandado o demandada a someterse a la prueba de ADN; "La presunción constante de la norma transcrita, constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia y no prevé otro presupuesto, ni otro efecto jurídico, constituye una excepción al sistema de la sana critica en la valoración de la prueba, asumido por la legislación ecuatoriana, que no se puede aplicar de manera inversa; la presunción positiva como consecuencia de un hecho negativo implica el presumir como cierto el hecho desconocido de la paternidad o maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido. De lo señalado este Tribunal, deja establecida la improcedencia de aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal". En tal virtud se acepta el cargo.

**5.8.** – Este Tribunal recuerda que el reconocimiento voluntario, una de las formas de obtener la filiación, no es revocable, pero, puede ser impugnado por el hijo y por toda persona que pruebe interés actual en ello10. La doctrina mantiene una línea uniforme respecto del reconocimiento de la filiación considerándola como el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de admitir la paternidad o maternidad de un hijo/a y señala para éste las siguientes características: a) unilateral; b) formal y expreso y c) irrevocable, aunque, sujeto a impugnación. Nuestra legislación, expresamente se refiere a la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario, y sostiene que es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce11. Los seres humanos gracias a la libertad somos dueños de nuestros actos. Un acto volun-

Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 607 de 08-jun-2009

Juicios 64-2013 y 083-2013, Jueza Ponente: María Rosa Merchán Larrea, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia

<sup>10</sup> Artículo 250 y 251 del Código Civil

<sup>11</sup> Artículo 248 Código Civil



tario tiene los siguientes momentos: el entendimiento, la deliberación, la decisión, la ejecución y la asunción de responsabilidades; jurídicamente los vicios de la voluntad hacen posible la anulación de los actos lícitos<sup>12</sup>.

5.9.- Ahora bien, el accionante en su demanda, señala que luego de una "aventura amorosa" con la demandada, supo que ella había tenido un hijo y que: "ella me pidió de favor que le diera el apellido a su hijo, en virtud de que el abuelo del menor, había decidido donarle un terreno y para lo cual, requería que el menor consta en su partida de nacimiento, con el nombre del padre. Ante tanta insistencia y sin precaver los hecho que podrían suscitarse a futuro, por un acto de humanidad, acepté reconocer al indicado menor (sic)", y, presenta como prueba, únicamente, dos oficios de la cruz roja ecuatoriana que dan cuenta que la demandada y su hijo no concurrieron para la práctica del examen de ADN, por lo que el estudio no pudo realizarse, sin embargo, es importante remarcar que este medio de prueba científico es idóneo para la impugnación de la paternidad, sin que, en este caso, haya sido objeto de discusión la relación paterno filial, pues, lo que se impugna es el reconocimiento voluntario.

5.10.- con estos lineamientos, este Tribunal recuerda que la voluntad tiene importancia capital en el derecho civil "como expresión concreta de la iniciativa individual...(la que) efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío, sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho...La voluntad individual aparece en todas las instituciones..."13. Ahora bien, para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad14 se requiere del concurso de los siguientes requisitos: "que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita". Por ello, la voluntad tanto en su formación (entendimiento, deliberación, decisión),

como en su exteriorización (ejecución y asunción de responsabilidades), debe estar libre de vicios del consentimiento: de error, vicio causado por el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento; de fuerza, falta de libertad física o moral, y de dolo, falta de conocimiento provocado, engaño; debe, además, tener objeto y causa lícita, "el error y el dolo, afectan al acto voluntario en el elemento que el Código Civil argentino denomina intención, es decir en la etapa de reflexión, nombre que le da Savigny; el otro, la violencia, priva de libertad al agente, en el momento en que debe decidir..."<sup>15</sup>. Por el contrario, cumplidos los requisitos para la vinculatoriedad de la declaración de voluntad, el acto jurídico, en este caso, el reconocimiento del niño, produce plenos efectos (derechos y obligaciones). Cierto que, la ley prevé requisitos para hacer viable su impugnación por vía de la nulidad, con fundamento en la existencia de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita, sin embargo no considera razones de cambio de voluntad; sin que obre del proceso que el reconociente, haya probado la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita.

6.- DECISIÓN: En coherencia con los postulados que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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, casa la sentencia impugnada en los términos de este fallo y desecha la demanda propuesta por improcedente. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

f) Dras. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional.

<sup>15</sup> Luis Moisset de Espanés, "El hecho jurídico voluntario", Ob. Cit.



<sup>12</sup> Artículo 1467 Código Civil.

Luis Moisset de Espanés, "El hecho jurídico voluntario", en http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/ doctrina/articulos/ el-hecho-jurídico-voluntario

<sup>14</sup> Artículo 1461 C.C.



# V

# Resolución nro. 097-2014 Juicio nro. 110-2013

Juicio ordinario por impugnación de paternidad propuesto por Jhonny Vicente Gallardo Gallardo contra Gianella Elizabeth Gallardo Zavala y otra

### SÍNTESIS

El actor presenta impugnación de paternidad al sostener que la madre de la menor lo engañó, solicita que en sentencia se declare que él no es el padre. Solicita nombrar curador ad-litem, así como recepción de testimonios. La demandada contesta con excepciones de ley y reconvención. Dentro de la prueba el actor reproduce a su favor la declaratoria de rebeldía de los demandados quienes no acudieron a la junta de conciliación, por lo que solicita sea considerado suficiente indicio de mala fe. Se ordenó la práctica de ADN al actor y a la menor, diligencia que se cumple. Se ordenó examen de Espermatograma al actor. Por su parte la demandada tacha e impugna los testigos, prueba documental; rechaza e impugna la demanda: adiunta partida de Nacimiento de su hija. Se ordenó prueba psicológica de la menor adolescente. El informe pericial de ADN da como resultado que el actor no es padre biológico de la menor, al respecto el juez sostiene que los informes periciales que presenta la Cruz Roia Ecuatoriana gozan de fe pública como la gozan aquellos que se originan en entidades públicas, y que sostener que los exámenes se han desconocido por el Juzgado sería buscar que se sacrifique la justicia. Declara con lugar la demanda. La demandada presenta Apelación por no estar conforme con las normas constitucionales; sustantivas y adjetivas civiles, solicita revocatoria de la sentencia. Alega prescripción de esta Litis; que la prescripción, que toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio deberá hacerse dentro de los 60 días desde que se tuvo conocimiento del parto; que tratándose de una unión de hecho las obligaciones son similares a las del matrimonio. Que su convivencia con el actor empezó en 1991 hasta el 2004. Que la unión de hecho se terminó cuando el actor se enamoró de otra persona y se repartieron los bienes que adquirieron, añade que desde que demandó alimentos y alza de pensión el actor demandó a su hija la impugnación de paternidad. El Tribunal de Apelación realiza las siguientes consideraciones: 1) la madre no tiene la obligación de comparecer a juicio, no es legítima contradictora sino una tercera, en juicios de reclamación de paternidad las partes serán padre e hijo; s) el Art. 241 del Código Civil establece que toda reclamación de paternidad debe presentarse en tiempo hábil; ante lo cual el Tribunal considera que, al contener el art. 236 invocado un caso de caducidad, esta característica extingue el derecho y también la acción, no está sujeta a suspensión ni interrupción y el juez debe declararla aún de oficio. Sostiene que el actor alega que la madre de la menor le engañó, sin que pruebe su afirmación; añade que el reconocimiento voluntario es un acto unilateral, que basta la voluntad del reconociente y que el derecho a la identidad es un derecho fundamental. Al no encontrarse probado el engaño, pero sí su decisión de reconocer voluntariamente a la menor, se Revoca la sentencia y se declara sin lugar la demanda. El actor interpone recurso de Casación. Alega falta de aplicación de los principios de: imparcialidad, dispositivo, tutela judicial efectiva y verdad procesal, ya que la Sala resolvió acogiendo la caducidad de la acción que no fue alegada por la demandada. Añade que la sentencia carece de motivación; que el Tribunal no ha valorado las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica que conducen a una equivocada conclusión.



El Tribunal de casación señala lo siguiente: 1) el caso se tomará como impugnación de paternidad de hijo concebido dentro del matrimonio (por existir pruebas procesales); por lo que le son aplicables todas las disposiciones afines. Luego del análisis realizado el Tribunal concluye: 1) son inconstitucionales los plazos fijados por la ley (art. 257 del Código Civil) cuando se trata de constituir identidad a través de investigación de paternidad porque es un derecho constitucional imprescriptible, la verdad biológica puede establecerse en cualquier tiempo; el derecho a la personalidad es vitalicio; 2) Son constitucionales los plazos de los artículos 236 y 241 del Código Civil, cuando se trate de privar, destruir o despojar de la identidad a una persona a través de la impugnación de paternidad; normas que constituyen fundamento para preservar y garantizar la identidad de un niño, incluso a quien haya alcanzado la mayoría de edad. En el presente caso el padre no accionó en su favor en el tiempo previsto, su derecho se extinguió por caducidad. Razón por la cual desestima el recurso interpuesto por el actor.

#### PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEXTO DE LO CIVIL Y MER-CANTIL DE EL ORO.- Pasaje, 15 de julio del 2011, a las 15H10.-

**VISTOS:** A fojas siete de los autos comparece Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, quien en el libelo de su demanda dice: De la partida de nacimiento que en una foja útil adjunto se viene en conocimiento que soy el supuesto padre de la menor de edad NN, nacida en la ciudad de Machala, el 09 de julio de 1993, a quien se la hace constar como hija del exponente Johnny Vicente Gallardo Gallardo, lo que es totalmente falso, ya que fui engañado por la madre de la menor llamada XX, para que la reconozca, por lo que la menor de edad NN, no es mi hija, conforme lo voy a demostrar. Por lo expuesto, vengo ante Ud. y bajo el amparo del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil y artículo 251 del Código Civil, en juicio ordinario, demando a NN, a su madre y representante legal XX, y al Jefe del Registro Civil del cantón Pasaje, Lcdo. Marco Flores, la impugnación de la paternidad de la menor: NN para que en sentencia se declare que el exponente Johnny Vicente Gallardo Gallardo, no es el padre de la menor antes nombrada, debiéndose disponer que se notifique con el fallo al señor Jefe del Registro Civil de Pasaje, para que se margine el mismo, en el tomo xx de la página xx, del 98 que se encuentra inscrito en el libro correspondiente. En virtud de que entre una de las demandas consta la menor de edad NN, pido que se le provea de un curador ad-litem, designando para dicha función a la señora Rosa Elvira Gallardo, sobre cuya buena conducta e idoneidad declararán los

testigos: Alexandra Maribel Coronel Ramírez y Janneth Amarilis Medina Campoverde. Admitida la demanda al trámite se ordenó citar a las demandadas señora XX, diligencia que se cumple en forma legal y oportuna como consta de los autos. A fojas 9 de los autos consta la posesión de la curadora ad-litem señora Rosa Elvira Gallardo Gallardo. A fojas 14, 15 y 16 de los autos comparece a juicio la señora XX, quien dio contestación a la demanda y propuso excepciones de conformidad con la ley. Con la reconvención se corrió traslado por quince días al señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, para que conteste la reconvención propuesta por la señora XX. A fojas 18 consta la contestación dada por el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo a la reconvención. Se convocó la junta de conciliación a la cual concurre solo la parte actora por intermedio de su abogado defensor Dr. José Tapia, ofreciendo poder o ratificación de su intervención a nombre del Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, como consta de dicha diligencia que obra a fis. 19 de los autos. Se recibió la causa a prueba por el término de diez días, termino dentro del cual las partes han presentado las que obran de los autos por lo que siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera. PRIMERO: Que el Juzgado Sexto de lo Civil y Mercantil de El Oro, con asiento en la ciudad de Pasaje, es competente para conocer la presente demanda. SEGUNDO: No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se declara la validez del proceso. El art. 76 de la Constitución de la República, establece que todo





proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso hecho que se ha cumplido plenamente. TERCERO: La Constitución de la República dice: art. 69, numeral 1. "Se promoverá la maternidad y paternidad responsable, la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral v protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo". Numeral 6. "Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción". Con la partida de nacimiento que el actor ha presentado que obra de fojas dos, que ha sido reproducida en el término de prueba, ha justificado con ello que la menor está inscrita con sus apellidos "Gallardo". Con las mismas partidas de nacimientos se ha justificado la existencia legal de la menor NN y la calidad de madre de la demandada señora XX y la de padre del actor señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo. CUARTO: Dentro de prueba se ha actuado las solicitadas por las partes y que constan de los autos. El actor señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo. Reproduce como prueba a su favor todo lo que de autos le sea favorable y rechazado e impugnado lo que le sea adverso. Reproduce como prueba a su favor la declaratoria de rebeldía de los demandados, quienes pese a estar citados legalmente y notificados para la diligencia en referencia, no concurrieron al acto procesal de junta de conciliación, lo que se tendrá como suficiente indicio de mala fe al momento de resolver. Se ordenó la práctica de un examen de ADN entre el exponente señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo y la menor NN, diligencia que se cumple conforme consta de los autos desde fojas 77, a la 80 de los autos. Rechaza e impugno la prueba que llegare a presentar la contraparte, por improcedente, diminuta y mal actuada. Se ordenó la práctica de un examen de Espermatograma al exponente señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, el mismo que obra de los autos a fojas 74 y 75. Rechaza e impugna la prueba que llegare a presentar la contraparte, por improcedente, diminuta y mal actuada. QUIN-TO: La señora XX, reproduce todo cuanto en autos le favorezca e impugnado lo adverso a sus derechos. Tiene como prueba de su parte la contestación, excepciones y reconvención planteada. Tacha e impugna a los testigos que presente o llegare a presentar la parte demandante, por ser falsos, parcializados, faltos de conocimiento, jureros de oficio, apaniaguados. Tacha e impugna la prueba documental privada que presente o llegare a presentar la parte demandante por carecer de valor legal, esto al tenor del numeral 4 del art. 194 del Código de Procedimiento Civil. Rechaza e impugno la demanda en sus fundamentos de hecho y de derecho. Se ordenó enviar los oficios en la forma solicitada. La revocatoria solicitada fue negada. Se ordenó incorporar al proceso diez fotografías. Se ordenó que el actuario del despacho extraiga copias certificadas del trámite especial nro. 509-2005 y se lo agregue al proceso. Reproduce todo cuanto en autos le favorezca e impugnado lo adverso a sus derechos. Adjunta como prueba de su parte una partida de nacimiento íntegra de su hija NN. Se ordenó incorporar al proceso cinco fotografías. Se ordenó adla cédula de ciudadanía compareciente XX. Se ordenó un estudio psicológico en la adolescente NN, diligencia que hasta la presente fecha no se cumple. Se ordenó recibir las declaraciones de los señores Zaida Tobar Morocho y Cesar Ceferino Morocho. La parte demanda adjunto a su manifestó (sic) un expediente de un juicio de alimentos que se siguió en contra del Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, por su parte de la señora XX. **SEXTO:** Ante el derecho de la persona se yergue el deber de los demás de respetar la verdad que cada cual proyecta, de modo objetivo, en su vida de relación. En esta verdad la que configura el interés existencial digno de tutela judicial. Pero tampoco se puede desconocer la verdad científica. SÉPTIMO: De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional (Art. 66 numeral 28), mismo que a su vez tiene relación con el art. 8.1 y 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, con el art. 18 del Pacto de San José de Costa Rica y con los arts. 33 y 35 del Código de Niñez y Adolescencia. Del proceso consta el examen o la experticia biomédica de ADN, la misma que señala en este caso que el señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo no es el padre biológico de la menor NN, al actor de este juicio la señora XX le propuso un juicio de alimentos obteniendo sentencia favorable como consta del expediente agregado al proceso. OCTAVO: A fojas 77 hasta la fojas 80 consta el informe pericial de análisis de vínculo biológico mediante estudio comparativo de ADN realizado por la Cruz Roja Ecuatoriana



sede central, mediante el cual se establece que el señor Gallardo Gallardo Johnny Vicente no es el padre biológico de la menor NN, como se puede observar el examen de ADN. La Cruz Roja Ecuatoriana es una entidad que forma parte de la Cruz Roja Internacional, "Organización internacional de amplia vinculación mundial", que basada en principios humanísticos, haciendo abstracción de gobiernos o nacionalidades, representa un verdadero movimiento que en su actividad diaria se ha ganado la aceptación y el respeto de todas las naciones. En definitiva, los informes periciales que presenta la Cruz Roja Ecuatoriana, suscritos por sus personeros en ejercicio de sus funciones, gozan de fe pública como la gozan aquellos que se originan en las entidades públicas. Sostener, una vez conocido el resultado del estudio, que los exámenes que realiza esta Institución se han desconocido por el Juzgado, sería buscar que se sacrifique la justicia. Por todos estos considerandos, este Juzgado Sexto de lo Civil y Mercantil de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA RE-PÚBLICA, se declara con lugar la demanda de impugnación de la paternidad propuesta por el señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, en contra de la señora XX, madre de la menor NN, y en contra de la menor NN. Como del examen del ADN, practicado al Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo y a la menor NN, por los peritos de la Cruz Roja Ecuatoriana sede central de Quito, el mismo que ha sido enviado a este despacho y agregado a los autos, mediante el cual se establece que el señor Gallardo Gallardo Johnny Vicente no es el padre biológico de la menor NN. Ejecutoriada la presente sentencia notifíquese al señor Jefe del Registro Civil del cantón Pasaje de la provincia de El Oro, para que proceda de conformidad con la ley, a la sub inscripción de la presente sentencia en los libros a su cargo, haciendo constar que la menor NN, que constan inscrito el 09 de julio de 1993, en el tomo xx, página xx, acta xx de 1993. No es hija biológica del señor Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo por lo tanto Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo no es el padre de la menor NN. Dése cumplimiento a lo establecido en el art. 277 del Código de Procedimiento Civil. Sin costa, y sin honorarios que regular. Agréguese a los autos los escritos presentados por las partes. Notifíquese.

f) Ab. Fulton Godoy Palacios Juez Sexto de lo Civil de El Oro.

#### **ACLARACIÓN**

JUZGADO SEXTO DE LO CIVIL Y MER-CANTIL DE EL ORO.- Pasaje, 17 de agosto del 2011, a las 10h18.-

VISTOS: La demandada señora XX comparece a fojas 287 de los autos, solicita aclaración de la sentencia dictada en esta causa con fecha 15 de julio del 2011, a las 15h10, petición que se ha presentado en forma oportuna. Para resolver, se considera; **PRIMERO:** Sentencia. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable. Conceptos doctrinales. Según Chiovenda, la sentencia es la resolución del juez que, admitiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien; o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantiza un bien al demandado. Para Adolfo Rocco se está ante el acto del juez dirigido a despejar la incertidumbre sobre la norma aplicable

al caso concreto, que le da certeza a una relación jurídica incierta antes y concreta siempre. Para Hugo Rocco configura el acto por el cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional establecido, aplica la norma al caso concreto y declara que tutela jurídica concede el Derecho Objetivo a un interés determinado. En el proceso civil. Las resoluciones de los jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria se denominan sentencias "cuando decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o en un recurso extraordinario; las que, recayendo sobre un incidente, pongan término a lo principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber o no lugar a un litigante condenado en rebeldía". El art. 269 del Código de Procedimiento Civil, define a la sentencia como la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. **SEGUNDO:** De conformidad con lo que dispone el art. 281 del Código de Procedimiento Civil, el juez que dictó sentencia no puede





revocarla ni alterar su sentido en ningún caso, pero podrá aclararla y ampliarla, si alguna de las partes lo solicita dentro de tres días. Procede la aclaración cuando la sentencia fuere obscura, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas, porque así lo manda el art. 282 en su inciso primero, del mencionado cuerpo legal. **TERCERO:** En el caso que nos ocupa. Revisando el proceso en conjunto así como la sentencia dictada por el juzgado puede notarse que ha sido dictada en forma absolutamente clara, sin que haya lugar

a confusión y obscuridad, y además ha resuelto todos los puntos controvertidos, con aplicación de las disposiciones legales pertinentes. Por estas consideraciones, se deniega lo solicitado por la demandada señora XX, tomando en cuenta que la aclaración solicitada es improcedente. Agréguese a los autos el escrito presentado por el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, mediante la cual da contestación al traslado, téngase presente todo lo expuesto en lo que en derecho sea legal y proceda.

Cúmplase y notifíquese.

f.) Ab. Fulton Godoy Palacios Juez Sexto de lo Civil de El Oro.

#### **APELACIÓN**

Conjuez ponente: Ab. Jorge Osorio Marca

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO: SALA DE CONJUECES DE LA SALA DE LO CIVIL. Machala, jueves 18 de abril del 2013, las 09h11.

VISTOS: Para resolver el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, de la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de El Oro, dentro del juicio ordinario que por impugnación de paternidad sigue el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo contra la menor NN y señora XX, se considera: **PRIMERO:** Por mandato legal esta Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, es competente para conocer el presente recurso; **SEGUNDO:** Analizado el proceso no se observa omisión de solemnidad substancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se declara su validez; **TERCERO:** A fs. 4 y vta., del cuaderno de primer nivel comparece el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo, manifestando que de la partida de nacimiento que adjunta viene en conocimiento que es el supuesto padre de la menor de edad NN, nacida en la ciudad de Machala de 09 de julio de 1993, a quien se la hace constar como su hija, lo que es totalmente falso, ya que fue engañado por la madre de la menor llamada XX, para que la reconozca. Por lo expuesto y amparado en el art. 59 del Código de Procedimiento Civil y art. 251 del Código Civil, demanda en juicio ordinario, a NN, a su madre y representante legal XX; y, al Jefe del Registro Civil del cantón Pasaje Lcdo. Marcos Flores, la impugnación de la paternidad de la menor NN para que en sentencia se declare que él no es el padre de la menor antes nombrada, debiéndose disponer que se notifique con el fallo al señor Jefe de Registro Civil del cantón Pasaje, para que se margine el mismo. Admitida a trámite la demanda y citados legalmente los demandados, a fs. 14-16 del cuaderno de primer nivel comparece XX oponiendo las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta; 2) Falsedad de los hechos narrados en la demanda; 3) La demanda es ilegal e improcedente, pues sus fundamentos son de una falsedad absoluta; 4) Alega total injurídica de la demanda, ya que no reúne los requisitos para esta acción legal; 5) Nulidad procesal; 6) Falta de legítimo contradictor; 7) Nulidad procesal; 9) Falta de personería pasiva; 10) Falta de derecho del actor; 11) Reconviene al actor, el pago de los daños y perjuicios causados por obligarla a litigar en forma ilegal e impertinente. El accionante se excepciona por la reconvención en los siguientes términos: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de la reconvención; 2) Falta de derecho para proponer la reconvención; 3) Inexistencia de daños y perjuicios; 4) Ilegitimidad de personería de la reconveniente; 5) Falsedad de los hechos narrados en la reconvención. Se lleva a efecto la junta de conciliación (fs. 19) en la cual el accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y acusa la rebeldía de la parte accionada por no haber comparecido a la diligencia; se abre la causa a prueba evacuándose las que obran del proceso y al haberse agotado el trámite de rigor, el Juez



A-quo dicta sentencia (fs. 284-286) declarando con lugar la demanda, pronunciamiento que provoca la inconformidad de la accionada, misma que apela; **CUARTO:** La recurrente al formular su recurso ha manifestado que interpone recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro por no estar conforme con las normas constitucionales; sustantivas y adjetivas civiles aplicables a la presente controversia, a fin de que sea revocada y se deje sin efecto dicha sentencia, disponiendo que sean aceptadas sus excepciones y los justificativos que tiene incorporados al proceso rechazando la demanda. En cuanto a la fundamentación del recurso en segunda instancia, en lo esencial determina: 1. Que existe prescripción de esta litis, como medida de extinguir acciones de tipo judicial, conforme lo establece el art. 2414 del Código Sustantivo Civil. Que la prescripción de las acciones y derecho ajenos se cuenta desde que la obligación se hizo exigible tiempo que en general es de cinco años para las acciones ejecutivas y diez años para las acciones ordinarias; para el caso en disputa el art. 236 del Código Civil dispone expresamente que toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los 60 días contados desde que tuvo conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente. Que tratándose de una unión de hecho, de conformidad con el Código Civil se generan obligaciones similares a las del matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y de la sociedad conyugal. Que su convivencia con el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo empezó en el año 1991 hasta el año 2004, constituyendo una sociedad de hecho procreando una hija y auxiliándose mutuamente, habiendo adquirido conjuntamente los bienes muebles e inmuebles que detalla, inclusive el actor le dio asistencia médica en el parto para recibir a su hija común, teniendo que disolver la sociedad de hecho cuando el accionante se enamoró de otra mujer repartiéndose todos los bienes que adquirieron, habiendo sido tratada durante 14 años como su esposa aunque no han sido casados. Que desde que nació su hija a la fecha que presenta el proceso de impugnación de paternidad en el mes de agosto del 2010, han transcurrido más de 17 años y 3 meses, señala que desde que demandó en el juicio de

alimentos el alza de la pensión alimenticia, el actor a su vez demandó a su hija la impugnación de paternidad y se propuso ganar el proceso, por que como médico y con poder económico pudo manipular el examen de ADN, ya que dichas muestras no gozaron de una verdadera cadena de custodia y además le amenazó que haría todo lo posible para quitarle el apellido a su hija; es más, a partir del año 2008 el accionante transfirió todos sus bienes a nombre de sus familiares con la finalidad de evadir la obligación de pasar alimentos; 2. Manifiesta la accionada la apelante que su tesis de que hay rasgos morfológicos y somáticos claros existentes entre el actor y su hija NN, que concuerdan con familiares del accionante denota la presencia de genes hereditarios entre su hija y su familia biológica paterna, lo cual se ubica en la situación científica denominada Genotipo siendo imperativo no considerar la prueba de ADN, tomada a su hija dado que obtenido un informe favorable al actor en un falso sentido corporativo de espíritu de clase de los peritos de la Cruz Roja que intervinieron en dicha diligencia, nunca podría prevalecer, cuando viola los principios fundamentales de garantizar el derecho a la identidad, a un nombre, a la familia, al buen vivir el interés superior de los adolescentes contenido en la Constitución de la República y los tratados internacionales suscritos por el Ecuador sobre la materia; 3. La acción ordinaria planteada por el actor se encuentra ya prescrita por el transcurso del tiempo, por lo que la accionante adolece de total falta de *legitimatium ad causam*, al carecer de derecho para plantear esta infundada demanda **QUINTO**: Durante la etapa de prueba en primera instancia se han evacuado las siguientes: 1) Partida de nacimiento de NN (fs. 2); 2) Fotografías (fs. 25-34, 39-44, 210-215, 229-245); 3) Examen de espermatograma, realizado por el Dr. Edison Sánchez Naguas, el 06 de febrero de 2011, en el cual concluye que "el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo actualmente es azoospérmico (ausencia de es espermatozoides en el eyaculado) (sic), lo cual indica que no pueda engendrar" (fs. 74-75vta.); 4) Informe de ADN realizado por la Cruz Roja Ecuatoriana el 14 de febrero de 2011, en el cual concluye que el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo no es el padre biológico de NN (fs. 77-80); 5) Copias certificadas del juicio de alimentos nro. 452-2009, seguido por XX, contra Johnny Vicente Gallardo Gallardo (fs. 81-200vta.); 6) Confesión judicial





rendida por el demandado (fs. 203-215); 7) Aclaración de Escritura Pública que hace el Dr. Johnny Vicente Gallardo (fs. 216-218); 8) Cartas escritas por el accionado a su hermana, señora Lady Gallardo y viceversa de fechas en 15 de julio y 14 de julio de 1985, respectivamente (fs. 274-275vta.). En segunda instancia constan las siguientes pruebas: 1) Oficio emitido por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia de Pasaje con el cual adjunta copias certificadas del trámite administrativo nro. 096-2010 por maltrato psicológico seguido por XX en contra del Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo (fs. 7-15); 2) Declaraciones testimoniales de Zaida Verónica Tobar Morocho, Saidda Jacqueline Leal Palacios y César Eduardo Ceferino Morocho (fs. 21-25vta.); 3) Certificados de honorabilidad a favor de la señora XX (fs. 26-28); 4) Certificados de matrícula y asistencia emitidos por la Unidad Educativa Particular Jubones en el cual se indica que NN se encuentra matriculada en tercer año de bachillerato y asistiendo normalmente a clases (fs. 29-30); 5) Impreso de sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil en un expediente de impugnación de paternidad (fs. 31-35); 6) Cédula, pasaporte e inscripción de nacimiento de la menor NN (fs. 39-41); 7) Informe de prueba de paternidad, mediante el estudio de ADN, realizado por el Laboratorio Biomolecular, en el cual se indica que "efectuado el análisis de los datos, encontramos que el señor Johnny Vicente Gallardo Gallardo no posee todos los alelos obligados paternos que debería tener el padre biológico de NN, excluyéndose como padre (...) por tanto es incompatible la paternidad" (fs. 39-41); 8) Copia certificada de sentencia dictada por la Sala de lo Civil en el juicio ordinario nro. 624-2007 (fs. 98-101); 9) Informe psicológico de la evaluación efectuada a la menor NN (fs.102) por el psicólogo Marlon Salazar; 10) Copia certificada de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia (fs.103-106vta.); 11) Copia certificada de sentencia emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil (fs.107-108vta.) de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el 03 de diciembre de 2008; **SEXTO:** Se advierte dentro del proceso que en el trámite efectuado en primera instancia, se ha procedido a efectuar el examen de ADN, al igual que en el de segundo nivel, cuyos resultados manifiestan que el Dr. Johnny Vicente

Gallardo Gallardo no es el padre biológico de la menor NN, razón ésta que obliga al Tribunal de Alzada efectuar las siguientes consideraciones: 1) De acuerdo al segundo inciso del art. 241 del Código Civil, la madre no es la demandada, por tanto no tiene la obligación de comparecer a juicio, es decir, a la madre no se la considera en la reclamación de la paternidad como legítima contradictora sino como una tercera, debido a que en los juicios de reclamación de la paternidad, las partes procesales serán el padre y el hijo, conforme lo establece el primer inciso del art. 345 del Código Civil, situación esta última que se ha cumplido en lo que respecta a la menor NN; 2) El art. 241 del Código Civil establece que toda reclamación contra la paternidad del hijo debe presentarse en tiempo hábil ante el juez competente, el mismo que nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que lo defienda, esta designación de curador ad-litem deberá hacérsela inmediatamente después de presentada la demanda a petición de parte, para lo cual deberá considerarse lo dispuesto en el art. 381 inciso cuarto y art. 515 del Código Civil y 742 del Código de Procedimiento Civil. El art. 236 del Código Civil, determina textualmente que toda reclamación respecto a la paternidad del hijo debe hacerse dentro de los sesenta días, contado desde aquel en que tuvo conocimiento del parto. Al respecto cabe considerar lo expresado por Somarriva y Undurraga: "Este plazo es de caducidad y no de prescripción; es un plazo fatal, pues el legislador emplea la expresión 'dentro de' y ello tiene importancia dado que no por ser prescripción, sino caducidad, el juez de oficio puede rechazar la demanda si ella se inicia fuera de plazo", por lo que, al contener el art. 236 invocado precedentemente un caso de caducidad, esta característica extingue el derecho y en consecuencia también la acción, no está sujeta a suspensión ni interrupción y el juez debe declararla aún de oficio, no siendo necesaria la alegación expresa de la parte; 3) En su demanda el accionante manifiesta que "(...) fue engañado por la madre de la menor llamada XX, para que la reconozca, por lo que la menor NN no es su hija", sin que esta afirmación se encuentre sustentada dentro del proceso por prueba alguna, por ello y habiéndose determinado que el reconocimiento lo hizo en forma voluntaria, por declaración espontánea y sin presión de ninguna naturaleza, el mismo deviene en un acto jurídico lícito de derecho familiar, que tiene como finalidad



esencial establecer una relación jurídica paterno-filial, en la que el reconocimiento es un acto unilateral, porque basta la sola voluntad pura y simple del reconociente, no admitiendo cláusulas que alteren, modifiquen, imiten o restrinjan, sus efectos legales, individuales y personales, pues la paternidad solo puede ser reconocida por el padre; 4) El derecho a la identidad se constituye en un derecho fundamental, conforme así lo determina el art. 66.28 de la Constitución de la República, la misma que en forma puntual manifiesta que el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y, conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, mismo que tiene relación directa con el art. 45 ibídem que consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a su identidad, nombre y ciudadanía, resultando ser la identidad parte esencial del ser humano tal. Por lo expuesto precedentemente, al haberse presentado la acción de impugnación de la paternidad fuera del plazo fatal establecido en el art. 236

del Código Civil, el Juez de instancia se encontraba compelido a rechazar la demanda, lo cual evidentemente no sucedió, más aún, si del proceso no se encuentra probado en modo alguno el engaño que alega el accionante y más bien, existe abundante prueba de que su decisión de reconocer como hija a la menor NN, fue voluntaria, espontánea y soberana, por lo que esta Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-DOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTI-TUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acoge el Recurso de Apelación interpuesto por la parte accionada y REVOCA la Sentencia venida en grado, declarando sin lugar la demanda incoada por el Dr. Johnny Vicente Gallardo Gallardo y la reconvención de la demandada por improcedentes. Sin costas en la instancia. Notifíquese.

f) Ab. Jorge Osorio Marca Conjuez Temporal, Dr. Adrián Tenorio Altamirano Conjuez Temporal, Ab. Leonel Aguilera Nichole Conjuez Temporal.

#### **AMPLIACIÓN**

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO: SALA DE CONJUECES DE LA SALA DE LO CIVIL. Machala, jueves 9 de mayo del 2013, las 10h27.

VISTOS: La sentencia dictada en este proceso, se encuentra debidamente motivada, acorde al principio constitucional establecido en el literal L del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República, en ella se mencionan las normas jurídicas, la doctrina y a la misma norma constitucional en cuanto al derecho a la identidad, en especial a los niños, niñas y adolescentes; las razones por las que la sentencia declara sin lugar la demanda y la reconvención planteada, los parámetros para señalar la acción, su término y todo lo solicitado tanto por la parte actora como por la demandada, se encuentran claramente establecidos; la prueba ha sido valorada atendiendo a las reglas de la sana crítica atento a lo dispuesto en

el art. 115 del Código de Procedimiento Civil; el art. 281 *ibídem* prohíbe a las juezas y jueces revocar la sentencia o alterar su sentido, menos aún a pretexto de aclaración o ampliación; el art. 282 del invocado cuerpo legal, dispone que la aclaración tendrá lugar cuando la sentencia fuere oscura y la ampliación cuando no se hubiere decidido sobre intereses costas o frutos. Por lo precedentemente expuesto, se deniega la ampliación solicitada por XX (fs. 157) y por JONNY VICENTE GALLARDO GALLARDO (fs. 159 y vta.). Agréguese al proceso los escritos presentados por las partes y que obran de fs. 163-165. **Notifíquese.** 

f) Ab. Leonel Aguilera Nichole Conjuez Temporal, Ab. Jorge Osorio Marca Conjuez Temporal, Dr. Adrián Tenorio Altamirano Conjuez Temporal.





#### CASACIÓN

Resolución nro. 097-2014; Juicio nro. 110-2013

Juicio ordinario por impugnación de paternidad propuesto por Jhonny Vicente Gallardo Gallardo, contra Gianella Elizabeth Gallardo Zavala y otra

Jueza ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, 26 de mayo de 2014. Las 08h45. **VISTOS:** 

- 1. ANTECEDENTES: JOHNNY VICENTE GALLARDO, inconforme con la sentencia dictada el 18 de abril de 2013; a las 09h11 por el tribunal de Conjueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que revocó la sentencia venida en grado declarando sin lugar la demanda de impugnación de paternidad incoada por el recurrente en contra de la adolescente Gianella Elizabeth Gallardo Zavala, de su madre y representante legal Margorie Evelyn Zavala Pincay, y del Jefe del Registro Civil del cantón Pasaje, así como la reconvención planteada por improcedentes, en virtud de haber caducado la acción. El accionante en tiempo oportuno interpone recurso de casación, razón por la cual la causa accede a análisis y decisión de este Tribunal, que para resolver por ser el momento procesal considera:
- 2.- COMPETENCIA: La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de que las Juezas Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente posesionadas por el Consejo de la Judicatura de transición con resolución No. 004-2012 de fecha 25 de enero de 2012, y el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 03-2013 de fecha 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala, razón por la cual avocamos conocimiento de esta causa en virtud de lo establecido en el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Artículos 8 y 11 que sustituyen a los Artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial¹ y Art. 1 de la Ley de Casación.
- 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO,

DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS IN-FRINGIDAS Y CAUSALES ALEGADAS: El

casacionista sustenta su recurso en las causales Primera, Tercera, Cuarta y Quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, alegando infracción de normas de derecho, que las enmarca en cada una de las causales alegadas al momento de fundamentar el recurso, de la siguiente manera:

3.1 Fundamentación de los cargos por causal primera. En lo que se refiere a la Causal Primera, el recurrente acusa: aplicación indebida del art. 236 del Código Civil y, falta de aplicación de la sentencia vinculante de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de esta norma legal; falta de aplicación de los artículos 9, 18, 19, 23, 27, 28 inciso tercero del Código Orgánico de la Función Judicial en adelante (COFJ); falta de aplicación de los artículos 1583, 2392, 2393, 2414 y 2415 del Código Civil; y falta de aplicación de la resolución de la Corte Constitucional. Yerros que según la fundamentación del recurso se producen, porque la Sala de alzada toma como argumento central de su decisión una norma (art. 236 del Código Civil) que fue declarada inconstitucional, cuando lo correcto habría sido acoger los fallos de triple reiteración dictados por la Corte Suprema de Justicia sobre investigación de paternidad, (Resoluciones números: 183-99, 464-99 y 480-99, dentro de los juicios números: 150-99, 268-99 y 62-99), en los que se declara tácitamente derogadas las normas del Código Civil por ser contrarias al principio de interés superior del niño, estableciendo que para declarar la paternidad basta la prueba de ADN, sin ella, las sentencias no causan autoridad de cosa juzgada sustancial o material, pudiendo renovarse la contienda en iguales condiciones.

Que la aplicación indebida de esta norma anacrónica de rango inferior, que ha perdido vigencia y

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada el Suplemento del R.O. N°38-miércoles 17 de julio de 2013.





establece la caducidad de la acción, ha llevado a la Sala a incurrir en inaplicación de disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de jerarquía superior que contienen derechos fundamentales como el de identidad, integridad física y sicológica, el respeto a la protección de la familia, y el interés superior de los niños, situación que afecta el derecho de ambas partes; resistiéndose por otra lado el Tribunal de alzada, a reconocer el desarrollo y aporte de la ciencia y de la genética en la solución de los problemas humanos de filiación; todo lo cual le ha causado indefensión que debe ser enmendada a través de este recurso, pues no hacerlo conllevaría a la imposición inconstitucional de derechos y obligaciones originadas en una filiación inexistente.

Todo lo cual según el casacionista, le lleva al Tribunal de instancia a no aplicar los principios de: imparcialidad, dispositivo, tutela judicial efectiva y verdad procesal, bajo el argumento de que la Sala apartándose del examen de los puntos fijados en la litis (pretensión y excepciones), ha resuelto la causa acogiendo la caducidad de la acción que no fue alegada por la demandada. 3.2 Fundamentación de los cargos por causal cuarta. Sostiene el casacionista, que esta causal se configura, por resolver en la sentencia algo que no fue materia del litigio originándose el cargo por vicio de extra petita, al respecto manifiesta: [...] Del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de su demanda y con las excepciones propuestas por la parte demandada, se determina que los jueces juzgadores de instancia decidieron sobre puntos que no fueron objeto del litigio, más concretamente, deciden acoger una caducidad que no fue alegada como excepción por la demandada [...]<sup>2</sup>. En apoyo de lo dicho, cita una resolución dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, N° 487 de 14 de septiembre de 1999. Juicio N° 219-99. 3.3 Fundamentación de los cargos por causal quinta. En lo que se refiere a los cargos formulados por medio de esta causal, aduce el recurrente, que la sentencia impugnada adolece de falta de motivación, al tenor de lo establecido en los artículos 130.4 del COFJ, 273, 280 del Código de Procedimiento Civil y Art. 76.7 letra l) de la Constitución de la República, fundamento que

lo sustenta con citas de jurisprudencia y doctrina. Sobre la falta de motivación denunciada, el recurrente considera que el Tribunal Ad Quem incumple con los preceptos doctrinarios antes indicados, [...] porque no hace una valoración crítica y lógica de las diferentes pruebas aportadas por las partes, limitándose a enumerar las que se han practicado en el proceso, tanto en primera como en segunda instancia, sin realizar una explicación motivada de por qué dichas pruebas han servido o no para tomar una decisión sobre lo principal de la Litis [...]3. Para concluir que en la sentencia no hay un razonamiento debidamente fundamentado para llegar a la conclusión en la parte resolutiva; y que el Tribunal de instancia no ha valorado las pruebas aportadas en el proceso de acuerdo a las reglas de la sana crítica, particularmente las dos experticias de ADN y espermatograma practicados, pruebas científicas que conducen a demostrar que el recurrente no es el padre de la demandada por no haber podido engendrarla. 3.4 Fundamentación de los cargos por causal tercera. Por falta de aplicación de los artículos 115, 117, 121, 257 y 263 del Código de Procedimiento Civil. Alega que el medio de prueba que no ha sido apreciado por el Tribunal de instancia al emitir la sentencia, es la prueba científica de ADN practicada en forma legal en las dos instancias, medio de prueba previsto en el Art. 121 ibídem, cuyo valor está determinado en la ley (prueba tasada) y tiene según manifiesta fundamento en la sana crítica por el interés que permite tutelar, infracción que conlleva a la falta de aplicación del Art. 115 obcit. Para concluir, que la infracción de estas normas de valoración de la prueba, [...] conducen a una equivocada aplicación de normas sustantivas en la parte resolutiva de la sentencia. En este caso, por esta violación de la Ley se ha dejado de aplicar el Art. 251 del Código Civil y se aplicado indebidamente el Art. 236 del mismo cuerpo legal.  $[...]^4$ .

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER. El principal problema en el que se resumen todas las demás cuestiones que se plantean en el recurso, podemos enunciarlo a través de la formulación de la siguiente interrogante: ¿Puede un juez/a o tribunal de instancia en los juicios de impugnación de paternidad, declarar de oficio la caducidad



<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ver recurso de casación, fojas 168 a 176 del expediente de segunda instancia.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Obcit.



de la acción, a pesar de existir prueba de ADN que excluye la paternidad biológica?.

# 5. ANÁLISIS MOTIVADO DE LAS IMPUG-NACIONES PRESENTADAS, EN RELACIÓN CON EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEA-

**DO:** Este Tribunal iniciará el examen de los cargos formulados por medio de la causal quinta, a continuación la causal cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera por ser este el orden demandado por la técnica casacional, pues del resultado que se obtenga del análisis del primer cargo que comporta la validez de la sentencia, determinará la necesidad de proseguir con las demás impugnaciones presentadas.

5.1 Antes de iniciar el análisis, el Tribunal de la Sala precisa dejar sentado a partir de la particularidad del caso que tratamos, que el examen de las causales que fundamentan el recurso las realizará a la luz de las normas que regulan la impugnación de la paternidad de los hijos concebidos dentro de matrimonio (art. 233 y siguientes en relación con el art. 24 del Código Civil), pues a pesar de que se cite como fundamento el art. 251 ibidem, que regula la impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos o hijas nacidos fuera de matrimonio, lo que el recurrente ha demandado y así ha interpretado el Tribunal de instancia en su fallo, es [...] la impugnación de la paternidad de la menor: GIANNELLA ELIZABETH GALLAR-DO ZAVALA, [...]5, fundamentos que han llevado a la madre al momento de contestar la demanda, a sostener que su mentada hija fue concebida en unión de hecho libre y monogámica6, afirmación que por cierto se encuentra corroborada por el accionante en documentos públicos incorporados a los autos, y además, según la madre consta de una demanda de disolución de la unión de hecho signada con el Nº 509-2005 tramitada en la misma judicatura<sup>7</sup>; unión de hecho que de acuerdo con la Constitución de la República [...] generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. [...]8. Es decir, que a partir del reconocimiento constitucional de

las familias en sus diversos tipos constituidas por vínculos jurídicos o de hecho, este adquiere significado en cuanto generan los mismos derechos y obligaciones entre los cónyuges o convivientes, en relación a los hijos o hijas, y a los bienes, que por esta razón se sujetan a la normativa existente.

Por tanto son aplicables al caso, todas las disposiciones afines al tema en cuestión, pues el matrimonio y la unión de hecho de acuerdo con la Constitución, tienen el mismo tratamiento ante la ley; aspecto que por cierto cabe recalcar, no ha sido materia de impugnación en casación.

**5.2** Respetando el orden establecido para el análisis de las impugnaciones presentadas tenemos: Respecto a los cargos formulados por medio de la Causal Quinta del art. 3 de la Ley de Casación, ha de considerarse previamente que dicha causal se refiere a los yerros que pueden afectar la sentencia, ya sea porque no contiene los requisitos exigidos por la ley o porque en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; se trata de vicios de inconsistencia o incongruencia, que pueden presentarse cuando en el fallo no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva; se denominan vicios in procedendo por violación directa de una norma de derecho. En suma esta causal prevé tanto los yerros por defectos en la estructura del fallo, o también por falta de motivación como garantía básica del derecho del debido proceso.

**5.2.1** En lo que se refiere a esta causal, el recurrente acusa falta de motivación de la sentencia que impugna al amparo de normas constitucionales y legales, porque considera que el Tribunal *Ad Quem* no ha realizado una valoración crítica y lógica de las pruebas aportadas por las partes en el proceso, no hay según manifiesta una explicación motivada de las mismas, ni un razonamiento fundamentado para llegar a la conclusión de la parte resolutiva, valoración en la que además se han omitido las reglas de la sana crítica, especialmente en las pruebas de carácter científico (ADN y espermatograma).

5.2.2 La motivación como parte del derecho al

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ver texto de la demanda fojas 4 del cuaderno de primera instancia.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> La unión de hecho en nuestra legislación se encuentra regulada en el art. 222 y siguientes del Código Civil.

Ver documentos incorporados a fojas 87, 216 y 217 del cuaderno de primera instancia. En una de las cláusulas de la escritura pública agregada consta: TERCERA.- Aclaración.- Indica el compareciente Doctor JOHNNY VICENTE GALLARDO GALLARDO que en la fecha en que adquirió el bien detallado en la cláusula anterior, se encontraba conviviendo con la señora ZAVALA PINCAY MARJORIE EVELIN, bajo el régimen de la unión de hecho, la que ha sido estable y monogámica por más de catorce años, con quién inclusive tienen procreada una niña común a la fecha menor de edad,.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Ver artículos 67 y 68 de la Constitución de la República.



Debido Proceso y las garantías a la defensa, adquiere relevancia a raíz del reconocimiento constitucional que se materializa en la Constitución de 1998 (art. 24. 13.) y luego en la Constitución de 2008 (art. 76. 7, l) norma esta última, a la que se le agrega un efecto especial, la nulidad del fallo o resolución como consecuencia de su omisión.

Antes de este reconocimiento constitucional y legal (art. 130.4 del COFJ), en los artículos 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, la motivación estuvo considerada como un mero requisito formal de las sentencias o autos, que se reduce a la claridad con que debe analizarse el contradictorio, por cuya inobservancia no se previó ninguna consecuencia en el orden procesal; hoy y en razón de la jerarquía de estas normas, es imposible negarle la función esencial que cumple en las resoluciones judiciales, desde que el fundamento de toda motivación radica en la articulación de un razonamiento que no solo explique, sino justifique con argumentos legales la decisión tomada en sentencia, en base al análisis y valoración razonada de los hechos y el derecho aplicable al caso, sujeta al examen casacional a través del control del razonamiento probatorio, por vicios que se pueden producir en la fundamentación entre el hecho y el derecho, cuando no hay una explicación clara y precisa de la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho que se invocan a los antecedentes de hecho. Esta garantía procesal de carácter político-social y de control democrático, actúa como límite frente al arbitrio del ejercicio del poder jurisdiccional; se traduce en un derecho-deber, un requisito sine qua non de las decisiones judiciales, que vincula al juez/a o tribunal frente a los ciudadanos como titulares de este derecho.

5.2.3 Conforme lo expuesto y en relación al caso es preciso anotar, que una cosa es el control casacional sobre los supuestos errores del razonamiento interpretativo de la norma jurídica aplicable a los antecedentes de hecho que se concretan en el litigio –motivación de la resolución–; y otro muy diferente es el control de las infracciones sobre preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, normas estas últimas que salen del control de la causal quinta, de ahí que no es procedente acusar como sucede en la especie, de falta de motivación de la sentencia porque no se ha realizado una valoración crítica y lógica de las pruebas aportadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, supuestos vicios que por esta razón, debieron ser

canalizados por una de las causales que configuren este tipo de infracciones.

**5.2.4** No obstante lo dicho, por la trascendencia que reviste esta acusación, el Tribunal de la Sala al confrontar este cargo con la sentencia impugnada, en el considerando "SEXTO:" verifica lo expresado por el Tribunal de alzada al respecto, esto es que, los exámenes de ADN practicados en primera y segunda instancia, cuyos resultados determinan que el recurrente no es el padre biológico de la adolescente demandada, le obligan a efectuar las siguientes consideraciones, que las esgrime en cuatro motivos en los que funda su decisión, sustentándolos en diferentes normas legales y constitucionales, entre los que importan para nuestro análisis los siguientes: 1) De acuerdo con el inciso segundo del art. 241 y primer inciso del art. 345 del Código Civil, en los juicios de reclamación de la paternidad la madre no es legítima contradictora sino el padre y el hijo/a, situación que se encuentra cumplida en el proceso; 2) Que el art. 241 ibídem, establece que toda reclamación contra la paternidad del hijo debe presentarse en tiempo hábil ante el juez competente, quien le dotará de un curador al hijo/a que lo necesitare para que lo defienda, de conformidad con los artículos 381 inciso cuarto, 515 obcit y 742 del Código de Procedimiento Civil. Que el art. 236 determina que toda reclamación respecto a la paternidad del hijo debe hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que se tuvo conocimiento del parto; tiempo que de acuerdo con la doctrina que citan (Somarriva y Undurraga), es de caducidad y no prescripción, por lo mismo al ser fatal, el juez de oficio puede rechazar la demanda si se inicia fuera del expresado plazo; 4) que el derecho a la identidad es un derecho fundamental conforme determina el art. 66. 28 en relación con el art. 45 de la Constitución de la República, por lo que resulta que este es parte esencial del ser humano. Consideraciones que le llevan al Tribunal de apelación a rechazar la demanda por improcedente, al haberse presentado fuera del plazo fatal establecido en el art. 236 del Código Civil, muy a pesar de existir pruebas de ADN con resultado negativo de paternidad.

Ahora bien y en relación a la impugnación presentada, al considerar el Tribunal de alzada que la acción intentada ha caducado en razón de haber vencido el plazo perentorio establecido en la ley, no estaba obligado a atenerse al resultado de las pruebas de ADN que establecen que el recurrente no es el padre biológico de la adolescente demandada,





pues de acuerdo con este criterio, el resultado no incide en la definición de la controversia.

En esta virtud, la acusación queda sin sustento, pues en este caso la motivación de la sentencia es clara, completa, acertada y suficiente, sin defecto ni vicio de ninguna clase, en tanto la decisión tomada se encuentra justificada con los argumentos esgrimidos y las normas legales invocadas que explican la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho del caso bajo juzgamiento, es decir al existir armonía entre la parte considerativa y resolutiva, el fallo no adolece de inconsistencia o incongruencia; por lo que, al no verificarse el cargo atribuido por medio de esta causal, se lo desecha por improcedente.

**5.3** En lo que se refiere a los cargos formulados por medio de la Causal Cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, ha de observarse previamente que dicha causal configura los vicios de: 1.- Resolución en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio, que a su vez comprende: 1.1 Más allá de lo pedido (ultra petita) o 1.2 Lo que no fue pedido (extra petita); y, 2.- La omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis (infra petita o citra petita), que se constituyen como vicios in procedendo por violación directa, que se producen cuando la sentencia rebasa los límites fijados por la *litis*, -pretensión y excepciones oportunamente deducidas-, afectando el principio de congruencia de la sentencia, en cuanto carece de identidad jurídica por haberse resuelto lo que no fue materia del litigio u omitido resolver todos los puntos de la *litis*.

**5.3.1** Al amparo de esta causal el recurrente acusa, que los jueces de instancia han decidido sobre puntos que no fueron objeto del litigio, como es acoger la caducidad de la acción que no fue alegada como excepción por la demandada, de esta manera según manifiesta, se configura la causal invocada por vicio de extra petita. A continuación cita parte del texto de la resolución dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, N° 487 de 14 de septiembre de 1999, dentro del Juicio N° 219-99, en la que se analiza los aspectos relacionados con esta causal.

**5.3.2** En relación a esta acusación, el Tribunal *Ad* Quem en el considerando "SEXTO:... 2)" de la sentencia, lo que sostiene con fundamento en la doctrina que cita de "Somarriva y Undurraga" es que, el plazo de 60 días al que se refiere el art. 236 del Código Civil, es de caducidad y no de prescripción, en este sentido si la acción de reclamación de la paternidad no se presentó dentro del tiempo previsto, el juez/a de oficio puede rechazar la demanda; tesis que la sustenta en los siguientes términos: [...] por lo que, al contener al Art. 236 invocado precedentemente un caso de caducidad, esta característica extingue el derecho y en consecuencia también la acción, no está sujeta a suspensión ni interrupción y el Juez debe declararla aún de oficio, no siendo necesaria la alegación expresa de la parte; [...]10. Con este razonamiento el Tribunal de alzada concluye, que la inobservancia del plazo fijado en la ley para la presentación de esta clase de demandas, extingue el derecho y en consecuencia también la acción interpuesta, razón por la cual según manifiesta, el señor Juez de instancia se encontraba compelido a rechazar de oficio la pretensión.

**5.3.3** En este sentido y en virtud de los argumentos esgrimidos, no se aprecia que en la sentencia se haya resuelto más allá de los puntos fijados como objeto del litigio, pues de acuerdo con esta norma verificados los presupuestos, el Tribunal de apelación estaba en la obligación constitucional y legal de declarar aún de oficio la caducidad de la acción, en virtud de haber fenecido el tiempo previsto para su ejercicio, precautelando el derecho a la identidad de la adolescente demandada<sup>11</sup> que podía resultar vulnerado, conforme expone con acierto en su razonamiento.

Para el Tribunal de Casación, efectivamente el legislador al configurar esta norma, lo que estableció es un plazo de caducidad y no de prescripción, es decir una limitación temporal al ejercicio del derecho de acción, dentro de un lapso perentorio e inmodificable en el que puede plantearse la reclamación sobre la paternidad de un hijo/a, so pena de que su derecho se extinga automáticamente, produciendo la pérdida del mismo al no haberse

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> La sentencia contiene la siguiente cita: Somarriva y Undurraga: "Este plazo es de caducidad y no de prescripción; es un plazo fatal, pues el legislador emplea la expresión 'dentro de' y ello tiene importancia dado que no por ser prescripción, sino caducidad, el juez de oficio puede rechazar la demanda si ella se inicia fuera del plazo". Sin nota de referencia al pie, lo que constituye una deficiencia en la elaboración del texto.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Ver sentencia dictada en segunda instancia, fs. 155 del expediente.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> El derecho a la identidad de las personas, se encuentra garantizado en la Constitución de la República, artículos 66. 28 y 45.



hecho valer a tiempo; caducidad del derecho que se vuelve irrenunciable, pues puede y debe ser declarado de oficio por la autoridad a falta de alegación de parte interesada.

Fundamento doctrinario de la institución de la caducidad que se justifica entre otras razones, por el derecho a la seguridad jurídica, esto es, por la necesidad de terminar con la incertidumbre que genera mantener latente y en forma indefinida el ejercicio de las acciones que franquea la ley, de ahí la necesidad de establecer un tiempo razonable dentro del cual terminen de algún modo, bien sea por acción u omisión, las controversias legales promovidas y las expectativas que se pueden plantear frente a los derechos por la garantía de estabilidad y certeza de la que goza el ordenamiento jurídico de un Estado, especialmente cuando están involucrados derechos de personas que requieren atención prioritaria<sup>12</sup>, como el de identidad y filiación que integran la personalidad jurídica de una persona, que por el principio de interés superior del niño y el de dignidad humana, deben ser preservados.

En la legislación comparada con similar normativa a la nuestra<sup>13</sup>, respecto a la caducidad se ha expresado que, el ejercicio oportuno de las acciones judiciales se transforma en una carga procesal, que demanda la realización de una conducta facultativa positiva del legitimado activo de la relación jurídica, en cuyo interés ha sido instituida por el legislador, de tal suerte que si de manera deliberada o negligente no ha hecho uso del derecho de acción, precluye procesalmente la oportunidad, y como consecuencia opera la pérdida total del derecho sustancial discutido en el proceso.

En relación al tema específico de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, también se ha señalado, que el término previsto en la legislación vigente para el ejercicio de esta acción,

[...] constituye un límite temporal de orden público previsto por el legislador para acudir a la administración de justicia, que tiene como propósito proteger la seguridad jurídica y, a su vez asegurar que las personas involucradas en este tipo de juicios, no se vean sometidas a la carga desproporcionada de tener que vivir con la incertidumbre

permanente sobre la continuidad de su relación filial... este derecho se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana, pues todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia. Por lo anterior, la Corte ha insistido en que la protección de la filiación implica una salvaguarda a los derechos a la personalidad jurídica, a tener una familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana.[...]<sup>14</sup>.

Con esta motivación, al no verificarse este cargo a la sentencia, se lo rechaza por improcedente.

**5.4** Respecto a las acusaciones formuladas por medio de la Causal Tercera del art. 3 de la Ley de *Casación*, se debe tener en cuenta, que al invocar esta causal, el recurrente, necesariamente deberá demostrar los errores de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto, con lo que se formulara una "proposición jurídica completa", comenzando por individualizar las normas de derecho que han sido aplicadas equivocadamente o no aplicadas en la sentencia que recurre y esto como resultado de un error de aplicación o interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Es decir explicar y justificar el supuesto de la violación, señalando que como consecuencia del vicio que afecta a una determinada norma de valoración de la prueba, otra norma de derecho sustantivo ha resultado equivocadamente aplicada o inaplicada, produciéndose la infracción por violación indirecta de la ley.

**5.4.1** En el caso bajo análisis el recurrente sostiene que el medio de prueba que no ha sido apreciado por el Tribunal de instancia en la sentencia, es la prueba científica de ADN practicada en las dos instancias, cuyo valor al encontrarse establecido en la ley art. 121 del Código de Procedimiento Civil, constituye una prueba tasada y tiene fundamento en la sana crítica, infracción de esta norma de valoración de la prueba que conlleva a la falta de aplicación del art. 115 ibidem; disposiciones por las que se ha dejado de aplicar el Art. 251 del



Las niñas, niños y adolescentes de acuerdo con los artículos 35 en relación con los artículos 44, 45 y 66. 28 de la Constitución de la República, están considerados como personas de atención prioritaria y especializada.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Nos referimos a la legislación colombiana, ver art. 217 del Código Civil.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ver Sentencias: C-985/10, expediente D-8134, y T-381/13 de la Corte Constitucional de Colombia.



Código Civil, y se ha aplicado indebidamente el art. 236 ibidem.

5.4.2 A través de esta causal, el casacionista no hace sino reeditar el mismo problema jurídico inicial al amparo de otras acusaciones, contraviniendo la técnica casacional que conforme la doctrina y la ley enseñan, que dada la naturaleza intrínseca de este recurso, cada causal tiene un sentido e individualidad propia, por cuanto los motivos y circunstancias en que se originan son distintos, en virtud de la razón o razones que pueden provocarla, y que consisten en la discrepancia que existe entre lo que el juzgador/a ha hecho o dejado de hacer, y lo que debía haber hecho; el vicio por el que se acusa una causal, no puede servir de fundamento para otra, si la reparación en cada caso es distinta, tampoco es posible combinar las causales para estructurar el mismo cargo en dos de ellas, ni repetirlo bajo el amparo de causales distintas.

Aspectos que no han sido observados por el recurrente, pues al formular este cargo a la sentencia lo que sostiene es que, el Tribunal de instancia antes de declarar de oficio la caducidad de la acción, debió valorar el resultado negativo de la prueba de ADN practicado en las dos instancias; pretendiendo de esta manera, se dé cabida a un derecho que procesalmente precluyó por haber caducado la acción, cuestión que resulta inadmisible y rebasa el ámbito de esta causal; pues es obligación de todo juez/a o tribunal, antes de dilucidar sobre el derecho discutido para emitir sentencia, cerciorarse acerca de la oportunidad del ejercicio de la acción (caducidad o prescripción), límite temporal que previsto por el legislador es de orden público, y por tanto de observación estricta. En esta virtud, por improcedente se declina este cargo a la sentencia.

5.5 En lo que se refiere a los cargos atribuidos por medio de la *Causal Primera del art. 3 de la Ley de Casación*, esta causal contempla vicios o errores in iudicando o violación directa de normas de derecho o precedentes jurisprudenciales, que se producen cuando el juez de instancia no elige bien la norma aplicable al caso concreto, utiliza una norma no aplicable o cuando a la norma elegida se le atribuye una interpretación que no la tiene, es decir, el error de juicio del juzgador provoca la violación de fondo de una norma de derecho. Lo que se busca con esta causal, es enmendar los errores de normas de derecho, que se producen por uno de los tres vicios que contempla esta causal, en los que puede incurrir el tribunal de instancia

al dictar la sentencia, siempre que sean determinantes de la parte dispositiva del fallo, que viene a ser la condición sine qua non de esta causal.

**5.5.1** Este cargo a la sentencia puede resumirse en lo siguiente: que el Tribunal de instancia en su decisión, toma como argumento central la norma del art 236 del Código Civil que fue declarada inconstitucional mediante sentencia vinculante emitida por la Corte Constitucional, en vez de acoger los fallos de triple reiteración (Juicios Nº 150-99, 268-99 y 62-99) dictados por la Corte Suprema de Justicia, sobre investigación de la paternidad, en los que se destaca el valor y efectos de la prueba de ADN, aparte de lo que al respecto también se ha pronunciado la Corte Constitucional, incurriendo en este orden de ideas, en los vicios de aplicación indebida y falta de aplicación. Puntualiza además, que la aplicación indebida de esta norma anacrónica de rango inferior, le ha llevado a la Sala a incurrir en inaplicación (sic) de disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de jerarquía superior que contienen derechos fundamentales, como el de identidad, integridad física, sicológica, protección de la familia, y el interés superior de los niños, situación que afecta el derecho de ambas partes y le causa indefensión. Por lo que considera que el Tribunal de instancia no aplica los principios de: imparcialidad, dispositivo, tutela judicial efectiva y verdad procesal; bajo el argumento de que la Sala, al acoger la caducidad de la acción que no fue alegada, ha resuelto más allá de los puntos fijados en la *litis*. **5.5.2** Es necesario reiterar que a través de esta causal, nuevamente se trae a discusión la infracción de la misma norma (art. 236 del Código Civil), esta vez acusando su inconstitucionalidad, toda vez que según afirma el recurrente, fue expulsada del ordenamiento jurídico mediante sentencia dictada por la Corte Constitucional. Para concluir confundiendo los yerros que contempla una y otra causal cuando sostiene, que la Sala al acoger la caducidad ha resuelto más allá de los puntos fijados en la litis, acusación esta última que resulta ajena a la causal primera que estamos tratando; confusión en la que también incurre al citar jurisprudencia constitucional y legal cuando asimila dos acciones diferentes, impugnación de reconocimiento de un hijo/a, con la acción de declaración judicial de la paternidad o maternidad, distinta a su vez a la acción de impugnación de la paternidad de los hijos o hijas nacidos dentro del matrimonio o de una unión de hecho a la que nos estamos refiriendo;



acción que además, equivocadamente la vincula con normas del Código Civil, que se refieren a la extinción de las obligaciones, y a la prescripción de las acciones y derechos ajenos, institución distinta a la caducidad de la acción que tratamos.

5.5.3 En todo caso, para resolver sobre estos cargos, nos remitimos a las sentencias dictadas tanto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que de acuerdo a nuestra investigación abordan estos aspectos, pues el accionante omite citar las respectivas notas de referencia, de tal suerte saber con exactitud la fuente a la que está recurriendo para fundamentar el recurso. Sentencias que cabe advertir, dicen todo lo contrario a lo que sostiene el casacionista, lo que revela una vez más la inconsistencia de sus acusaciones.

i) Sobre la inconstitucionalidad del Art. 236 del Código Civil. La mentada Corporación al respecto en las consideraciones de la sentencia, ha emitido el siguiente pronunciamiento:

[...] SÉPTIMA. No se encuentran razones de ninguna naturaleza: ni morales ni éticas, practicas, sociales, constitucionales, legales o reglamentarias; ni hay motivo fundado para expulsar de nuestra legislación Civil a los artículos 236 y 241, como tampoco se ha demostrado de qué forma afectan o violan los artículos citados a la disposición constitucional del numeral 24 del artículo 23 de la Constitución que regía al momento;... al contrario, los artículos materia del análisis constituyen el fundamento para PRESERVAR la identidad del niño, anteponiendo el interés superior del menor por sobre los litigios que mantenga la pareja. En consecuencia, analizado el texto de los artículos 236 y 241 del Código Civil, la Comisión estima que esta disposición no contrariaba la norma constitucional del numeral 24 del artículo 23 de la Constitución de 1998, vigente a la fecha de expedición de la sentencia y, mucho menos al artículo 428 de la Constitución vigente. [...]15

Con este argumento resuelve desechar por improcedente el informe presentado sobre inconstitucionalidad de estas normas, pues el criterio que primó al realizar la consulta fue el de la verdad biológica, sin considerar que a la luz de los convenios, los tratados internacionales, y la doctrina contemporánea, la paternidad o maternidad no puede ser definida solo por un componente biológico sino también social, a través del cual se estructura la identidad de las personas, por lo que la verdad que suministre la ciencia, no puede en todos los casos, despojarle sin más de su identidad personal y familiar, construida con base a otros vínculos distintos a los de la sangre, como son: el social, cultural y afectivo que se generan a través del tiempo. Por lo que los plazos fijados en la ley para el ejercicio de las acciones, corren según se trate de constituir, preservar, o destruir la identidad de una persona.

De lo expuesto, resulta evidente el manifiesto error o desconocimiento en el que incurre el impugnante, pues no es verdad que se haya declarado la inconstitucionalidad del Art. 236 del Código Civil. La Corte al analizar esta norma, no encuentra que esté afectada por ningún viso de inconstitucionalidad, más bien su razonamiento apunta a mantener su estado de vigencia actual, pues permite preservar principios y derechos inmanentes a la condición de los niños, niñas y adolescentes, especialmente el de identidad que se antepone y prevalece frente al de las demás personas.

ii) Sobre el derecho a la identidad personal y la importancia del examen de histocompatibilidad o de ADN. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a los que se refiere el recurrente, fueron dictados, -cabe recalcar-, dentro de procesos seguidos por investigación o declaración judicial de paternidad al amparo del art. 252 del Código Civil, acción distinta a la prevista en el art. 236 ibidem, que como en este caso, se refiere a la impugnación de los hijos o hijas nacidos dentro del matrimonio o de una unión de hecho que como venimos sosteniendo tienen el mismo tratamiento; fallos en los que efectivamente hay reiteración sobre el siguiente punto de derecho: [...] las resoluciones judiciales sobre filiación de menores concebidos fuera de matrimonio dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o de mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial.- [...]<sup>16</sup>. Estos fallos lo que determinan es que, la sentencia que resuelva sobre la filiación de los hijos menores de edad concebi-



Resolución de la Corte Constitucional N° 0006-2008-DI, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 607 de 08-jun-2009.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Resoluciones números: 183-99, 464-99, y 480-99, dentro de los juicios números: 150-99, 268-99, y 62-99.



dos fuera de matrimonio sin la prueba de ADN, no causan efecto definitivo entre las partes, por lo que la contienda judicial puede renovarse, si la sentencia solo produjo el efecto de cosa juzgada formal y no sustancial.

En este sentido, el derecho queda incólume mientras no se practique esta prueba científica que es determinante en los procesos de investigación o declaración judicial de la paternidad o maternidad promovidos por el hijo/a concebido fuera de matrimonio. Procesos en los que al margen de este análisis, la casuística limitada al dictado de la ley para el ejercicio de esta acción<sup>17</sup>, puede en ciertas circunstancias resultar totalmente restrictiva de derechos, pues no son excepcionales los casos de hijos o hijas concebidas por el solo hecho de haber su madre, mantenido relaciones sexuales con el presunto padre, sin que medie ninguna de las circunstancias previstas en esta norma, no por ello el derecho que tiene toda persona a investigar sobre su filiación e identidad, puede verse limitado. Por otra parte, las consideraciones en las que se sustenta el fallo que comentamos, lo que revelan es la necesidad de poner a tono las normas existentes con el adelanto científico, y con la legislación más avanzada en esta materia<sup>18</sup>, es así que en uno de ellos se dejó expresado que:

[...] CUARTO.- Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de la paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera de matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad; el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de esa relación eran los padres; pues la conducta observada por ellos durante la concepción del hijo era la determinante para la declaración judicial de la paternidad o no.[...]<sup>19</sup>

Criterio que en su tiempo mereció cuestionamiento en relación a la estabilidad de la institución de la cosa juzgada, pues aparentemente según los críticos, podría entrar en colisión con derechos fundamentales garantizados por la Constitución y la ley, como son el derecho al debido proceso y la garantía a no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia<sup>20</sup>, en armonía con lo desarrollado en la norma procesal en cuanto a la sentencia y sus efectos, que dice: [...] La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho...[...]<sup>21</sup>; bajo la consideración de que a través de esta institución lo que se busca es evitar fallos contradictorios, en virtud de la pugna que puede sobrevenir entre una sentencia posterior con otra anterior; y, tiene lugar conforme la prescripción legal invocada cuando concurre lo que en la doctrina se denominan las tres identidades: subjetiva constituida por las mismas partes; objetiva cuando se demanda la misma cosa, cantidad o hecho; y, la causa de pedir cuando se funda en la misma razón o derecho.

No obstante y de acuerdo con el criterio expuesto, en cada caso es necesario distinguir, que si no se ha abordado el asunto de fondo de la pretensión sino el aspecto meramente formal de la controversia, no afecta el derecho del demandante, porque no estamos frente a la cosa juzgada sustancial sino formal, esto es que, si bien el proceso concluido no puede ser objeto de recurso alguno en virtud del derecho a la seguridad jurídica, sin embargo admite la posibilidad de modificación de la pretensión en un procedimiento posterior, en el que siguiendo estos lineamientos, no se afectaría ningún derecho reconocido, más bien lo que se pretende en estos casos es que, la determinación de la filiación biológica, esté fundada en elementos de base científica incontrovertibles, como es el sentido e interés que tienen estos fallos.

*iii)* Sobre la constitucionalidad de los plazos establecidos en la ley para demandar la paternidad o maternidad. La Corte Constitucional<sup>22</sup>, según se desprende del contenido de la sentencia a la que se refiere el recurrente sin citar la fuente, que por cierto trata sobre la consulta de inconstitucionalidad del art. 257 del Código Civil en relación a la prescripción de la acción de paternidad, que cabe insistir pertenece a los hijos o hijas

<sup>17</sup> Ver art. 253 del Código Civil.

<sup>18</sup> Convención sobre los derechos del Niño, y la Constitución Política de 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ver sentencia 183-99 dictada dentro del juicio N° 150-98, R.O. N° 208-9 junio de 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Art. 76 numeral 7. letra i) de la Constitución de la República 2008, y art. 24. 16 de la Constitución de 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ver art. 297 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ver Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, N° 025-10-SCN-CC. Caso N° 0001-10-CN, de 24 de agosto del 2010.



concebidos fuera de matrimonio que no es el caso, en esta sentencia al responder a la interrogante de la protección al derecho a la identidad personal prescribe con el transcurso del tiempo?, ha respondido manifestando:

[...] Si se establece un plazo para que una persona pueda demandar el reconocimiento de sus vínculos de consanguinidad, se está desconociendo el derecho a la identidad personal, puesto que si bien es cierto la ley estipula un determinado lapso para reclamar la protección de este derecho en la vía judicial, hay que entender que el vencimiento de dicho período de tiempo no cambia la condición de padre o madre y por tanto no puede ser sujeto de prescripción; en consecuencia, el efectivo ejercicio del derecho a la identidad personal, entendido como el derecho que tienen las personas a establecer sus orígenes, no se llegará a materializar si opera un plazo para presentar la acción correspondiente. [...]<sup>23</sup>

Con este argumento la mentada Corporación ha considerado, que la norma consultada (art. 257 del Código Civil) al establecer un plazo para el ejercicio de la acción, vulnera los artículos 11.4 y 66. 28 de la Constitución de la República, restringiendo el contenido esencial del derecho a la identidad personal y a la filiación, puesto que al tratarse de un derecho constitucional, la acción para obtener su reconocimiento no puede quedar sujeta a un plazo de prescripción, en este sentido, al absolver la consulta, declara la inconstitucionalidad de esta norma por contrariar los preceptos constitucionales invocados.

**5.6** Conforme lo analizado y en relación a esta impugnación, según la línea jurisprudencial trazada tanto por la justicia constitucional como por la justicia ordinaria, podemos concluir manifestando:

i) Son inconstitucionales los plazos fijados por la ley (art. 257 del Código Civil), cuando se trate de constituir la identidad a través de la investigación de la paternidad, porque estamos frente a un derecho constitucional imprescriptible que no se extingue por el mero transcurso del tiempo, pues la verdad biológica que vincula al hijo/a con su padre o madre, con el auxilio de la ciencia puede establecerse en cualquier tiempo con un grado de certeza casi absoluto; el derecho a la personalidad

del que emana la identidad, al ser natural e innegable, es vitalicio, porque a través de él se estructuran las relaciones más importantes en la vida de las personas, y tienen repercusiones no solo en el entorno familiar sino social, creando vínculos que al trascender al ámbito jurídico, generan derechos y obligaciones entre los sujetos de la relación.

ii) Al contrario, son constitucionales los plazos establecidos en la ley (artículos 236 y 241 del Código Civil) cuando se trate de privar, destruir o despojar de la identidad a una persona a través de la impugnación de la paternidad, pues se considera que estas normas antes de contrariar la disposición constitucional que estructura y garantiza el derecho a la identidad en forma amplia, de la manera como han sido concebidas estas reglas por el legislador, constituyen más bien el fundamento para preservar y garantizar la identidad de un niño/a o adolescente, incluso esta protección podría ampliarse a aquellas personas que han alcanzado la mayoría de edad, anteponiendo el principio del interés superior que prevalece sobre el derecho de las demás personas, en este caso al de su padre, si este no accionó en su favor en el tiempo perentorio previsto, impugnando la paternidad de su hija, su derecho se extinguió por haber operado la caducidad. Con este razonamiento, de igual manera, se declina este cargo a la sentencia.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Con la motivación expuesta, el Tribunal único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, al verificar que la sentencia no se encuentra afectada por ninguna de las infracciones denunciadas, "ADMI-NISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" desestima el recurso de casación interpuesto por el accionante, no casa la sentencia dictada el 18 de abril de 2013; las 09h11, por la Sala de Conjueces de la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. Sin costas ni multa. Notifíquese y devuélvase con el ejecutorial al Tribunal de origen.

f.) Dras. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional.



<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ibidem.

