Gaceta JUDICIAL

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Gaceta JUDICIAL

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Es la titular y propietaria 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 8 lit b), 25, 26 y 27 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.

Dra. Paulina Aguirre Suárez
Presidenta de la Corte Nacional de Justicia

Fecha de publicación
Julio de 2018

Impresión
Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia

GACETA JUDICIAL
ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Gaceta JUDICIAL

año 2015

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES DEL PLENO

	Designación del señor Presidente	6423
R: 01-2015	Integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia	6424
R: 02-2015	Distribución de juicios en la Corte Nacional de Justicia	6425
R: 03-2015	Fallos de Triple Reiteración: no cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos por contravenciones comunes, de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros de núcleo familiar, ni cometidas por adolescentes	6427
R: 04-2015	Competencias Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil	6449
R: 05-2015	Fuero en Materias No Penales	6451
R: 06-2015	Competencia de los conjueces para calificar la admisibilidad del Recurso de Casación en Materias No Penales	6453
R: 07-2015	Abandono de los procesos en Materias No Penales	6455
R: 08-2015	Peculado y delitos contra el sistema financiero relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad	6458
R: 09-2015	Aclara el concepto de giro específico institucional así como el alcance temporal de las disposiciones de la resolución 04-2015	6460
R: 10-2015	Recibido el recurso de Casación en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al Tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establece en el Código Orgánico Integral Penal artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al Tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno	6461
R: 11-2015	En materia Contencioso Administrativa, está legitimada para proponer el recurso de casación, la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No se requerirá de la comparecencia o delegación del Procurador General del Estado, para los casos en que el recurrente sea el autor del acto administrativo impugnado, la máxima autoridad o el representante legal de respectiva entidad del sector público	6481

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

R: 12-2015	Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el art. 220.1 del COIP, la persona que con un acto incurra en uno más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica o estupefacientes, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del COIP	6483
R: 13-2015	Los jueces mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda	6502
R: 14-2015	En los juicios laborales, cuando se reclame el pago de remuneraciones atrasadas que no hubieren sido cubiertas por el empleador durante la relación laboral, demostrada la mora, los jueces de lo laboral, dispondrán, además, el pago del triple del monto de los sueldos o salarios no pagados del último trimestre adeudado, aunque no se hubiere reclamado expresamente en la demanda	6512

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 0151-2015 J: 428-2011	Juicio contencioso administrativo propuesto por Julio Cesar Sánchez Cedillo y Ana Valencia Vera en contra del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado.- Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado	6517
II. R: 0173-2015 J: 587-2012	Juicio contencioso administrativo propuesto por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE, contra el representante legal de la Compañía demandada LA FABRIL S.A..- Impugnación de declaratoria de lesividad, respecto de la resolución que dispone la devolución de valores a favor de la FABRIL S.A.	6531
III. R: 691-2015 J: 474-2013	Juicio contencioso administrativo propuesto por Homero Aurelio Torres Andrade procurador común del CONSORCIO YANUNCAY, contra el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP.- Declaratoria unilateral de terminación de contrato (construcción proyecto YANUNCAY)	6550
IV. R: 373-2015 J: 324-2010	Juicio contencioso administrativo propuesto por Juan Manuel Tagle Vera, contra del Director Provincial del IESS del Guayas.- Impugnación de declaratoria de afiliación fraudulenta	6580
V. R: 466-2015 J: 406-2014	Juicio contencioso administrativo propuesto por Norma Ximena Baño Narváez, contra el Rector de la Universidad Central del Ecuador.- Destitución del cargo de docente del Colegio Universitario Manuel María Sánchez	6588
VI. R: 507-2015 J: 311-2012	Juicio contencioso administrativo propuesto por Juan Francisco Hidalgo Barahona, Presidente y Representante Legal de la Compañía HIDALGO e HIDALGO S.A., contra el Director General del IESS.- Impugnación del acto administrativo que establece responsabilidad patronal	6604

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 259-2015 J: 44-2013	Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General de la Compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A., en contra del Director General del Servicio de Aduana del Ecuador.- Impugnación a Rectificación de Tributos	6615
II. R: 347-2015 J: 80-2014	Juicio contencioso tributario propuesto por Sergio René Buitrón Sánchez, contra la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas.- Impugnación de actas de determinación complementaria del Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2004-2005	6629
III. R: 0010-2014 J: 165-2010	Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General Suplente y por tanto Representante Legal de la Compañía DENMAR S.A., contra el Director Regional Norte de Servicio de Rentas Internas.- Impugnación de resolución que confirma el Acta de determinación del Impuesto a la Renta por el ejercicio fiscal del año 2006	6646
IV. R: 598-2015 J: 62-2014	Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General de la Compañía SEVISA CÍA. LTDA., contra la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas de Loja .- Impugnación de la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de sociedades 2004, orden de cobro y resolución emitidas por la demandada	6684
V. R: 651-2015 J: 160-2015	Juicio contencioso tributario propuesto por Fausto Gavilanes Freire, Gerente General de la Compañía Productos Alimenticios y Licores Cía. Ltda., PROALCO, contra el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas.- Impugnación del acta de determinación por impuesto a los consumos especiales (ICE) del año 2010	6711
VI. R: 721-2015 J: 129-2013	Juicio contencioso tributario propuesto por Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo y Representante Legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicación ASETEL, contra el Gobierno Descentralizado Municipal del Cantón Atacames.- Acción objetiva de anulación de Ordenanza Municipal del Cantón Atacames que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil, terrestre de radio, comunicaciones a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y otros, y que fija las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo	6734

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, Y TRÁNSITO

I. R: 1751-2015 J: 441-2015	Juicio penal por apropiación ilícita propuesto por la Fiscalía General del Estado, contra Víctor Manuel Ferigra Anangonó	6761
II. R: 538-2015 J: 1317-2012	Juicio penal por trata de personas seguido por la Fiscalía General del Estado, contra Gladys Alicia Pinto León	6787
III. R: 560-2015 J: 1481-2014	Juicio penal por rebelión y atentados contra los funcionarios, propuesto por Smilkar Abraham Rodríguez Erazo y Wilman Rodrigo Rodríguez Berrú, Alcalde y Procurador Síndico respectivamente de la ciudad de Zamora, en contra de Ramiro Cueva Atarihuana	6814
IV. R: 745-2015 J: 1723-2014	Juicio penal por usura propuesto por Laura Ávila Gallegos, en contra de Anita Lucía Campoverde Vivar	6835
V. R: 865-2015 J: 725-2014	Juicio penal por delito de homicidio propuesto contra Gabriel Alberto Rivas Valencia	6888
VI. R: 921-2015 J: 1662-2014	Juicio penal por uso doloso de documento falso propuesto por Manuel Chimbo Cutiopala, en contra de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez	6920
VII. R: 1011-2015 J: 55-2013	Juicio penal por homicidio preterintencional propuesto por Dalila Geoconda Gómez Alvarado, en contra de Jorge Eduardo Jarrìn Díaz	6944
VIII. R: 1062-2015 J: 0041-2014	Juicio penal por perjurio propuesto por Alfonso Geovanny Reyes Cruz en contra de Harrison Alberto Salcedo Mena	6989
IX. R: 1179-2015 J: 1331-2014	Juicio penal por delito de violencia moral, física de odio y desprecio, contra Fernando Mauricio Encalada Parrales	7009
X. R: 1343-2015 J: 645-2014	Juicio penal por robo propuesto por la Fiscalía General del Estado, contra Alex Raúl Lema Fernández	7075
XI. R: 1374-2015 J: 1454-2014	Juicio penal por sedición propuesto por el Estado Ecuatoriano, en contra de Juan Carlos Rosero Conde y otros	7092

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO LABORAL

I. R: 150-2015 J: 1209-2014	Visto bueno propuesto por Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta, contra la empresa Comidas y Servicios S.A. COMISERSA	7203
II. R: 157-2015 J: 671-2012	Despido intempestivo propuesto por Alejandro Ricardo Tomalá, contra Moisés Tacle Galárraga e Ingeniero Luis Albán Granizo, Rector de la ESPOL y Director del Proyecto ANCON	7241
III. R: 204-2015 J: 2087-2014	Juicio laboral por jubilación patronal especial propuesto por Segundo Jorge Ojeda, contra la Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Edison Fausto Narváez Zúñiga	7251
IV. R: 206-2015 J: 0396B-2011	Despido intempestivo propuesto por Juan Carlos Puglla Macas, contra Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe	7265
V. R: 224-2015 J: 0787-2014	Juicio laboral por pago de rubros: décimo tercera remuneración, vacaciones y remuneraciones no pagadas, propuesto por Gonzalo Espinosa Naguaña, contra Empresa Florícola, ESFLOR o HACKERS, en las personas de Dimitri Valencia Gómez, Larry Valencia Gómez, Alberto Valencia Gómez	7276
VI. R: 291-2015 J: 1164-2014	Despido intempestivo por cambio de ocupación laboral, propuesto por Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, contra la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA	7288
VII. R: 391-2015 J: 1656- 2013	Juicio laboral por conflicto colectivo de trabajo propuesto por Sebastián Martín Pulgarín Tandazo, contra la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A.	7311
VIII. R: 378-2015 J: 0774-2010	Despido intempestivo propuesto por Yesenia Verónica González Celi, contra la "Empresa Comercial ETATEX CIA. LTDA"	7341
IX. R: 591-2015 J: 0782-2014	Juicio laboral por pago de rubros: proporcionales décimo tercera, décimo cuarta, horas suplementarias, extraordinarias, fondos de reserva, propuesto por Claudia Dalila Torres Galarza, contra la COMPAÑÍA BANCO PARA LA ASISTENCIA COMUNITARIA FINCA SOCIEDAD ANÓNIMA	7354

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. R: 0030-2015-J J: 627-2014	Juicio civil por daño moral propuesto por Roberto José Rivera Endara en contra del Banco Territorial	7369
II. R: 0060-2015 J: 310-2013	Juicio civil de cumplimiento de contrato propuesto por la empresa CABLEZAR S.C.C., contra Empresa Eléctrica Santo Domingo, EMELSAD"	7384
III. R: 0083-2015 J: 17-2014	Juicio ejecutivo por cobro de facturas propuesto por PROENFAR, contra Cía Swiss & North Group	7413

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. R: 018-2015 J: 203-2014	Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Luis Gustavo Morales, contra Virginia Isabel Ruiz Vera	7429
II. R: 022-2015 J: 255-2014	Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Ana María Jaramillo Toro, contra Patricio Rigoberto Correa	7439
III. R: 00131-2015 J: 0064-2015	Juicio por existencia de unión de hecho propuesto por Mercedes Leticia Araujo Rojas, contra Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Esthephanía Suescum Poma, Michelle Ivanova Suescum Araujo y Bryan Israel Suescum Sotomayor	7456
IV. R: 150-2015 J: 247-2014	Juicio verbal sumario de divorcio por causal propuesto por Ernesto Marcelo Copo Sánchez, en contra de María Filomena Ramírez Mantilla	7474

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

RESOLUCIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

DESIGNACIÓN DEL SEÑOR PRESIDENTE

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el inciso segundo del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, ordena que *"Las juezas y jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años..."*

Que el artículo 198 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con la norma constitucional, dispone en su parte pertinente que *"Las juezas y jueces titulares elegirán de su seno a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la primera quincena del período correspondiente, por votación escrita y secreta..."*

Que a su vez el Reglamento para el Régimen Interno de la Corte Nacional, al referirse al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, establece que *"El Pleno de la Corte Nacional de Justicia elegirá de entre sus jueces titulares, al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la primera quincena del período correspondiente, por votación escrita y secreta, sin perjuicio de que el magistrado que lo desee firme su voto".*

ACUERDA:

Elegir Presidente de la Corte Nacional de Justicia, al señor doctor Carlos Ramírez Romero.

Juramentado que fue en legal y debida forma, manifiesta que acepta la designación y promete desempeñarla fiel y legalmente de acuerdo a la Constitución y leyes de la República.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintisiete días del mes de enero del año dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN Nro. 01-2015
Registro Oficial Nro. 445, de 25 de febrero de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, ordena que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas..."*;

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, integrará al menos una Sala. A pedido suyo, durante el tiempo que desempeñe la Presidencia, podrá actuar en su lugar la Conjueza o el Conjuez que se designe por sorteo. Una Jueza o un Juez Nacional podrá integrar más de una Sala por necesidad del servicio de justicia, lo cual será resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respetando el principio de especialidad."*.

En uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

Art. 1.- Integrar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
Dra. Cynthia Guerrero Mosquera
Dr. Pablo Tinajero Delgado

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
Dra. Tatiana Pérez Valencia
Dr. José Luis Terán Suárez
Dra. Ana María Crespo Santos

SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
Dr. Vicente Robalino Villafuerte
Dra. Gladys Terán Sierra
Dr. Jorge Blum Carcelén
Dr. Luis Enríquez Villacrés
Dr. Miguel Jurado Fabara
Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
Dra. María Rosa Merchán Larrea
Dr. Wilson Andino Reinoso
Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

SALA DE LO LABORAL
Dra. Paulina Aguirre Suárez
Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo
Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia
Dr. Carlos Ramírez Romero
Dr. Merck Benavides Benalcázar

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES
Dra. María Rosa Merchán Larrea
Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo
Dra. Rocío Salgado Carpio

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiocho días del mes de enero del año dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUECES y JUEZAS NACIONALES. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

DISTRIBUCIÓN DE JUICIOS EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN Nro. 02-2015
Registro Oficial Nro. 445, de 25 de febrero de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República en el inciso primero del artículo 182 ordena: *"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 serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley".*

Que en armonía con la norma constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 173, determina: *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas. Serán designados por el Consejo de la Judicatura para un periodo de nueve años, conforme a un procedimiento de concursos de oposición y méritos, con impugnación y control social. Se promoverá, a través de medidas de acción afirmativa, la paridad entre mujeres y hombres. No podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus puestos conforme a este Código".*

Que en cumplimiento de las normas indicadas, el Consejo de la Judicatura ha procedido a la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, habiendo designado a siete nuevos Jueces y Juezas mediante Resolución Nro. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014.

Que al haber sido renovada la tercera parte de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia, el Pleno de este Tribunal, en uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante Resolución Nro. 01-2015, ha procedido a integrar sus seis Salas especializadas.

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 163, al establecer las reglas generales para determinar la competencia de juezas y jueces, dispone: *"...2. Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes".*

En uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

Art. 1.- Los jueces y juezas que permanecen en la Corte Nacional de Justicia luego de su renovación parcial y que continúan integrando la misma sala especializada a la que pertenecían hasta el 25 de enero del 2015, ante quienes se ha radicado la competencia para conocer una causa, continuarán en su conocimiento, en la misma calidad que les haya correspondido por sorteo, esto es, como ponentes, juez de garantías penales o como miembros del tribunal.

Art. 2.- Las causas que estén siendo conocidas por conjueces o conjuezas de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de la excusa o recusación de un juez o jueza nacional, permanecerán en su conocimiento.

En los casos en que un conjuez o conjueza haya sido llamado a actuar en una causa por ausencia temporal de un juez o jueza de la Corte Nacional de Justicia, continuará en su conocimiento, si hubiese actuado en una audiencia prevista en el Código de Procedimiento Penal o en el Código Orgánico Integral Penal.

En los casos en que un conjuez o conjueza hubiere actuado como subrogante en una audiencia prevista en el Código de Procedimiento Penal o en el Código Orgánico Integral Penal, mantendrá su competencia hasta la resolución definitiva de la causa. La misma regla se aplicará para los conjueces o conjuezas que hayan emitido resolución por escrito en una causa.

Art. 3.- Las causas que se encontraban en conocimiento de uno o una de los jueces o juezas que dejaron de pertenecer a la Corte Nacional de Justicia, serán asignadas al juez o jueza que le reemplace por sorteo; quien asumirá la competencia en la misma calidad que tenía el juez o jueza saliente.

Los procesos que se encontraban en conocimiento de jueces o juezas que dejan de pertenecer a una sala especializada, que no son reemplazados, se sortearán entre todos los jueces y juezas integrantes de la sala. La competencia se asumirá en la misma calidad que tenía el juez o jueza a quien sustituye. En el sorteo no se tomará en cuenta a aquellos magistrados y magistradas que ya forman parte de cada tribunal.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Art. 4.- Si un juez o jueza ingresa en virtud del proceso de renovación parcial, en lugar de un juez o jueza saliente, o que se ha trasladado a otra sala, sin que se modifique el número de integrantes de la misma, el o la juez o jueza que ingrese asumirá la competencia en calidad de ponente de todas las causas que le habían sido asignadas a quien reemplaza; para cuyo efecto, de ser el caso, se realizará internamente el sorteo del juez o jueza, de forma manual, con la presencia de la Secretaria General.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiocho días del mes de enero de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (V.C. de los Arts. 3 y 4), Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte (V.C. del Art. 4), Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUECES y JUEZAS NACIONALES. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN:

NO CABE RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS POR CONTRAVENCIONES COMUNES, DE TRÁNSITO, DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR, NI COMETIDAS POR ADOLESCENTES

RESOLUCIÓN Nro. 03-2015

Cuarto Suplemento del R.O. Nro. 462, de 19 de marzo de 2015

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I. RELEVANCIA

1. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está facultada a declarar a partir de criterios expuestos de manera reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, lo que se conoce como "stare decisis" —estar a lo decidido—, máxima jurídica de aplicación prácticamente universal en los modelos de derecho occidental.

2. Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar los derechos al debido proceso[1], a la igualdad[2], a la seguridad jurídica[3], derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos de origen internacional, el Código Orgánico Integral Penal, y sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

3. Esta facultad conferida a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador expresa su naturaleza como máximo órgano de administración de justicia ordinaria, al ejercer esta atribución y crear precedentes jurisprudenciales emite una decisión con fuerza vinculante, que debe ser acatada por otros órganos de justicia.

4. La Constitución de la República del Ecuador no determina si los precedentes jurisprudenciales son de hecho y/o con referencia al Derecho. Los primeros son referidos a casos no previstos en la ley sobre los cuales ocurre una creación de norma, de allí la denominación "derecho precedente". Los segundos se refieren a casos en que se establece la inteligencia de la ley. Ambos son fuentes del Derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a los precedentes de Derecho.

5. El presente instrumento tiene como fin establecer una norma generalmente obligatoria relacionada con el derecho a impugnar las resoluciones judiciales en procedimientos por contravenciones comunes (o de policía), de tránsito, por violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, y por adolescentes.

II. ANTECEDENTES

6. Publicación y vigencia del Código Orgánico Integral Penal. La Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad desde el 10 de agosto del mismo año, adolece de omisión respecto de la impugnación en procesos por contravenciones comunes (o de policía), de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, y la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, a través de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74: "El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado 'debido proceso legal' o 'derecho de defensa procesal', que consisten en el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera."

[2] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79: "Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. […]".

[3] El respeto al principio de legalidad es expresión del derecho a la seguridad jurídica. La Corte IDH, en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, párr.. 69 y 70; ha dicho: "69. […] los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad.
70. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal. […]".

varios tribunales, en varias causas, ha decidido que no cabe el recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos por contravenciones.

8. Los casos son:

a) Resolución Nro. 1684-2014 dictada el 9 de octubre de 2014, a las 15h15, en el proceso Nro. 1663-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional ponente, y, doctores Vicente Robalino Villafuerte y Káiser Arévalo Barzallo, Juez y Conjuez Nacionales, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

b) Resolución Nro. 1885-2014 dictada el 5 de noviembre de 2014, a las 08h19, en el proceso Nro. 1728-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctora Lucy Blacio Pereira y doctor Merck Benavides Benalcázar, Jueza y Juez Nacionales, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

c) Resolución Nro. 266-2014 dictada el 25 de noviembre de 2014, a las 10h17, en el proceso Nro. 260-2014; por el Tribunal conformado por la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional ponente, doctoras Rocío Salgado Carpio y María Rosa Merchán Larrea, Juezas Nacionales, de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

d) Resolución Nro. 2012-2014 dictada el 26 de noviembre de 2014, las 10h50, en el proceso Nro. 1729-2014; por el Tribunal conformado por la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional ponente, doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, y doctor Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

e) Resolución Nro. 294-2014 dictada el 18 de diciembre de 2014, las 10h58, en el proceso Nro. 269-2014; por el Tribunal conformado por la doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional ponente, doctoras María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

f) Resolución 54-2015 dictada el 13 de enero de 2015, las 16h30, en el proceso Nro. 1787-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional ponente, doctores Vicente Robalino Villafuerte y Merck Benavides Benalcázar, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III. COMPETENCIA

9. A la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por facultad constitucional, prevista en el artículo 184.2, le corresponde "Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración."

10. Según el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador:

> "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
>
> La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar

> el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala."

11. El artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde:

> "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración […]"

12. El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El 20 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura notificó a las Juezas y Jueces Nacionales que dejaron de integrar la Corte Nacional de Justicia en el proceso de renovación por tercios, de acuerdo a los artículos 182 de la Constitución de la República; y, 173 y 176 del Código Orgánico de la Función Judicial. El 26 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura posesionó a las siete Juezas y Jueces Nacionales que reemplazaron a quienes por mandato constitucional dejaron de pertenecer a la Corte Nacional de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Marco jurídico que fundamenta el precedente

13. Según el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador:

> "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
>
> La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

14. Respecto a los precedentes jurisprudenciales, el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

> "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
>
> La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.
>
> La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar

el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada."

15. Las resoluciones referidas en el acápite "II. ANTECEDENTES", de este instrumento, formalmente no constituyen sentencia en términos de los artículos 269 y 274 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia Nro. 006-09-SEP-CC, de fecha 19 de mayo de 2009, dictada en el caso Nro. 0002-08-EP; ha dicho:

"[…] En general, un auto es un acto procesal de tribunal o juez plasmado en una resolución judicial fundamentada expresamente, que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas según lo alegado o probado por las partes. De manera plural, la palabra "autos", significa expediente. Las principales clases de auto son:

[…]

Mere Interlocutoria o Providencia (CPC, 270). Acto procesal de tribunal plasmado, es una resolución judicial no fundada expresamente, que decide sobre cuestiones de mero trámite y peticiones secundarias o accidentales.

Auto interlocutorio. Resolución que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas (Auto Interlocutorio Simple) y que fundamentada expresamente (Auto Interlocutorio Definitivo) tiene fuerza de sentencia (Art. 276 CPC), por cuanto excepcionalmente, deciden o definen una situación jurídica determinada.

Auto Interlocutorio Simple. Resolución judicial fundamentada que no afecta a lo principal de un proceso, por dictarse en un incidente que debe expedirse en 5 u 8 días desde que entra a despacho del juez. Por ejemplo, auto de rechazo de demanda, auto inicial, auto de cierre de plazo probatorio, auto de concesión de libertad provisional.

Auto Interlocutorio Definitivo (Art. 276 CPC). Resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente, deciden o definen una situación jurídica determinada y el auto de verbigracia que alude a una excepción perentoria, auto final de instrucción sobreseyendo al imputado, auto de reposición de obrados, auto que declara contencioso un proceso, auto de deserción.

El auto interlocutorio definitivo, que luego de haber sido apelado o excepcionalmente sin apelación, vulnere de forma evidente derechos constitucionales o el debido proceso, puede ser motivo de Acción Extraordinaria de Protección, pues pone fin al proceso de forma autónoma y no accesoria, como es el caso que se analiza (respecto del auto que determina la procedencia del peritaje y la disposición de la ejecutoria de la sentencia dictada con anterioridad).

Diferencias

El Auto Interlocutorio Simple no suspende competencia. Auto Interlocutorio Definitivo hace perder competencia.

Auto Interlocutorio Simple permite Recurso de reposición. Auto Interlocutorio Definitivo no es revocable, pero es apelable.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

> Auto Interlocutorio Simple no permite Recurso de Nulidad. Auto Interlocutorio Definitivo permite Recurso de nulidad y una vez ejecutoriado, procede la Acción Extraordinaria de Protección.
>
> Cabe señalar que procede la Acción Extraordinaria de Protección respecto de auto definitivo, es decir, que ponga fin al proceso y vulnere el debido proceso y derechos fundamentales de tal forma que cause impunidad y que de ninguna forma llegue a ser considerada tal decisión como legítima ni justa. […]"

16. En la sentencia Nro. 132-13-SEP-CC, dictada en el caso Nro. 1735-13-EP, de 26 de diciembre de 2013, la Corte Constitucional dijo:

> "[…] el respeto a los propios criterios vertidos en casos análogos por parte de la Corte Nacional de Justicia, aun cuando formalmente no hayan pasado por el procedimiento previsto en el artículo 185 de la Constitución para el establecimiento de jurisprudencia obligatoria, responde a la observancia del principio de igualdad y seguridad jurídica, dado que no es admisible a los juzgadores, a pretexto de que un criterio vertido en uno o varios casos anteriores que no es formalmente jurisprudencia obligatoria, desconociendo sus decisiones, las que deben ser adoptadas con vocación de universalidad, es decir, ante las mismas circunstancia de casos anteriores, cuando no media circunstancias relevantes para un cambio de criterio, es imperioso resolver como se lo ha hecho en el pasado. Con lo cual, los jueces al administrar justicia deben realizarlo principalmente con sujeción a los derechos constitucionales de igualdad y seguridad jurídica."

17. Acogiendo los criterios de la Corte Constitucional referidos *ut supra*, las resoluciones objeto de esta decisión tienen fuerza de sentencia, y al haber resuelto un punto de derecho en el mismo sentido, corresponde emitir este precedente jurisprudencial.

18. En Oficio Nro. 381-PCPJT-14, de 24 de diciembre de 2014, el doctor José Luis López Erazo, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, presenta consulta a la Corte Nacional de Justicia, solicitando se determine: "Si conforme lo previsto en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, procede el recurso de casación en contra de las sentencias dictadas en los procesos expeditos de contravenciones de tránsito, penales y de violencia intrafamiliar, a fin de que dicho organismo aclare la duda existente". En oficio 05-2015-CNJ-SPPPMPPT-VR, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, y los doctores Vicente Robalino Villafuerte y Richard Villagómez Cabezas, Juez y Conjuez Nacionales, presentaron su criterio sobre la respuesta que corresponde a la consulta referida.

19. En Oficio 003-RV-2015, de 16 de enero de 2015, el doctor Richard Villagómez Cabezas, con fundamento en el artículo 201.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, puso en consideración del doctor Johnny Ayluardo Salcedo, entonces Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, los fallos de triple reiteración en que varios tribunales, de dicha Sala, han decidido expresando de modo reiterativo y coincidente que: "en los procesos contravencionales no cabe la interposición y dictación del recurso de casación que es solo aplicable para los procesos penales por delitos (de acción pública o privada)".

Determinación de los problemas jurídicos

20. Para una adecuada construcción del precedente jurisprudencial y una mejor comprensión del mismo, se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos.

A) ¿Qué comprende el derecho a recurrir las decisiones de los órganos de administración de justicia?

B) ¿Procede el recurso de apelación en procesos de contravenciones ordinarias, de tránsito y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?

C) ¿Procede el recurso de casación en procesos de contravenciones comunes, de tránsito y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?

Argumentación y desarrollo de los problemas jurídicos

A) ¿Qué comprende el derecho a recurrir las decisiones de los órganos de administración de justicia?

21. El derecho a recurrir de las decisiones tomadas por las autoridades públicas es expresión del derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

22. Los instrumentos internacionales tratan sobre el derecho a impugnar, garantizándolo así:

a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4], establece:

> "**Artículo 14.**
>
> [...]
>
> 5. 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.
>
> [...]"

b. La Convención Americana de Derechos Humanos[5], recoge

"Artículo 8. Garantías Judiciales

> [...]
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> […]
>
> h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
>
> […]."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[4] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor el 25 de marzo de 1976. El Ecuador aprobó este instrumento internacional en resolución legislativa, publicada en el Registro Oficial Nro. 28, de 10 de octubre de 1968; y, fue ratificado a través de Decreto Ejecutivo Nro. 37, publicado en el Registro Oficial Nro. 101, de 24 de Enero de 1969.

[5] Adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador mediante Decreto Supremo 1883 publicado en el Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm pág. visitada el 22 de septiembre de 2014, por razón de otro trabajo.

23. Sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha pronunciado sentencias estableciendo que:

a. El derecho a un recurso efectivo se concreta con el deber estatal de proporcionar elementos suficientes relacionados con el caso. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia de fondo de fecha 02 de febrero de 2001, párr. 141-143:

> "141. El Estado no proporcionó elementos sobre los casos de todos los trabajadores, y de los que proporcionó se desprende la ineficacia de los recursos internos, en relación con el artículo 25 de la Convención. Así se evidencia que los tribunales de justicia no observaron el debido proceso legal ni el derecho a un recurso efectivo. Como fue expresado, los recursos intentados no fueron idóneos para solucionar el problema del despido de los trabajadores.
>
> 142. En el acervo probatorio del presente caso no consta que todos los trabajadores hubiesen interpuesto acciones de inconstitucionalidad, recursos de amparo de garantías constitucionales y demandas contencioso-administrativas. No obstante, el Estado no proporcionó información individualizada ni analizó por separado los casos de las supuestas víctimas y tampoco controvirtió ni puso en duda el hecho de que varias de estas personas interpusieron los aludidos recursos, sino que se limitó a alegar sobre el conjunto de los 270 trabajadores que figuraran como presuntas víctimas en el presente caso.
>
> 143. Con base en lo expuesto y, en particular, en el silencio del Estado en torno a casos específicos, la Corte concluye que el Estado violó los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia."

b. Constituye trasgresión a los derechos humanos obstaculizar el ejercicio de mecanismos de impugnación. En el caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, sentencia de fondo de 21 de junio de 2002, párr. 151:

> "151. La Corte Interamericana ha establecido también que como parte de las obligaciones generales de los Estados, estos tienen un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención [...]."

c. Los recursos son inútiles cuando la jueza o el juez carece de imparcialidad o no tiene poder para ejecutar sus decisiones. Caso Cinco pensionistas Vs. Perú, sentencia de fondo de fecha 28 de febrero de 2003, párr. 126:

> "126. La Corte ha dicho que [...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión (151), y que la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos (152)."

d. La obligación de prever recursos que garanticen de manera efectiva los derechos de la persona. Caso 19 comerciantes Vs. Colombia, sentencia de fondo de fecha 05 de julio de 2004, párr. 192-193:

> "192. Con respecto a la efectividad de los recursos, es preciso indicar que la Corte ha enfatizado que [...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. [...] No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.
>
> 193. La Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no supone sólo el resguardo directo a la persona vulnerada sino, además, a los familiares, quienes por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno."

e. Los recursos son efectivos aunque no sean favorables a la pretensión de quien los propone. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de fondo, 20 de junio de 2005, párr. 83:

> "83. Si bien las instancias superiores no advirtieron las irregularidades que ocurrieron en el proceso penal, de las que deriva la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 8 de la Convención, admitieron a trámite y resolvieron con regularidad los recursos interpuestos por la defensa del señor Fermín Ramírez. El hecho de que las impugnaciones intentadas no fueran resueltas, en general, de manera favorable a los intereses del señor Fermín Ramírez, no implica que la víctima no tuviera acceso a un recurso efectivo para proteger sus derechos. Luego del análisis de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en las resoluciones de los diversos recursos intentados en el proceso penal, este Tribunal no considera demostrado que el Estado violó el derecho de acceso a un tribunal, o coartó al imputado la posibilidad de contar con un recurso efectivo para impugnar la sentencia dictada en su contra."

f. La sustanciación de los recursos en el marco del debido proceso. Caso masacre de Mapiripan Vs. Colombia, sentencia de fondo, 15 de septiembre de 2005, párr. 195:

> "195. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

g. El objetivo de los recursos debe ser la protección de la persona frente a la arbitrariedad. En el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia de fondo, 19 de septiembre de 2006: párrafos 128 a 130.

> "128. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.
>
> 129. La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión.
>
> 130. La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el estado Parte. Los estados Partes en la Convención tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de dicho recurso efectivo."

h. El derecho a doble instancia. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 2009: Párrafo 88 a 91.

> "88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.
>
> 89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.
>
> 90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr.). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso."

i. Los recursos ilusorios no cumplen el objetivo de la impugnación. Caso Chita y Nech Vs. Guatemala, sentencia de fondo, 25 de mayo de 2010: párrafo 202:

> "202. Por otra parte, este Tribunal ha establecido que para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos estén previstos por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisibles, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. Por tanto, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios."

24. La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a impugnar:

"**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:

[…]

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

[…]

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."

"**Art. 77.** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

[…]

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

[…]"

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

25. En la cultura constitucional, sentencias han sido dedicadas al derecho a impugnar las resoluciones. Así tenemos:

a. Sobre la justicia y el derecho a recurrir, pensó la ex Corte Constitucional, para el Período de Transición, en sentencia 035-10-SEP-CC dictada en el caso 0261-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de octubre de 2010:

"De esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República(2)[6], debe ser entendido como el derecho de toda persona "a que se le haga justicia", mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: "a) A concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado[...]; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a

[6] (2) El artículo 75 de la Constitución de la República prevé: "Art. 75.- 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 jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y. por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada: m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada"(3)[7].
>
> Bajo estos enunciados, el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho constitucional, será tal si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones, y previo a dictar sentencia ha observado un proceso debido, garantizando a las partes su derecho a la defensa. En otras palabras, este derecho se verá vulnerado siempre que no concurran en el proceso los siguientes contenidos básicos: a) Derecho de acceso a la jurisdicción y derecho a una resolución fundada sobre el fondo del asunto; b) motivación de las resoluciones judiciales: c) derecho a los recursos: d) derecho a la ejecución de sentencias(4).[8]"

b. La legalidad de la impugnación de los fallos, sosteniendo que no en todos los procedimientos ha de preverse recurso, sino para aquellos trámites penales en que ameritan pena privativa de libertad como consecuencia de cometer contravención muy grave; la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia 008-13-SCN-CC[9], con referencia a los casos acumulados 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10 CN, 0033-11-CN, 0040-11-CN,0052-11-CN, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579-12- CN, 0598-12-CN, 0622-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN, razonó:

> "La facultad para recurrir un fallo procede del mandato de la Constitución que dota a los procesos judiciales de pluralidad de instancias. Como todo medio impugnatorio, para que pueda ser admitido, tramitado y resuelto debe cumplir con ciertos requisitos:
>
> 1. Que la resolución sea recurrible, es decir, por regla las resoluciones o fallos puedan ser impugnables.
>
>   Que a criterio de las partes procesales o una de ellas, la resolución o el fallo del juez les haya causado un grave perjuicio. Para ello, es un requisito básico que la parte procesal que impugna la decisión demuestre que efectivamente sus derechos e intereses han resultado afectados total o parcialmente y no solo que la decisión le es desfavorable, puesto que es deber del recurrente fundamentar y motivar adecuadamente su recurso. Pero este requisito no solo puede referirse a las situaciones o expectativas de las partes en cuanto a sus derechos o intereses legítimos derivados de la relación jurídica creada por el proceso, sino también puede estar relacionada con las situaciones y expectativas de quienes actúan formalmente en el juicio, por mandato legal (juez, abogados, Fiscalía y Defensoría Pública, según el caso); y,

[7] (3) Pablo Esteban Perrino, "El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, Buenos Aires, Editorial RUBINZL-CULZZONI, 2003, P. 261 - 262

[8] (4) Iñaki Esparza Leibar, El Principio del Proceso Debido, Barcelona, José María Bosch Editor S. A., 1995, p. 179, 180 y 183.

[9] De 14 de marzo de 2013, Publicada en la Gaceta Constitucional 002, Registro Oficial Nro. 2, de 19 de marzo de 2013.

2. Que la resolución no sea firme o que no tenga el efecto de cosa juzgada.

Sin embargo, aun cuando el derecho a un doble pronunciamiento es un derecho constitucional, esto no significa que el legislador deba establecer recursos en todo proceso, incluso en aquellos que por su naturaleza sean innecesarios, pues el derecho a recurrir de un fallo no es absoluto. En este sentido, el numeral 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla que la facultad para recurrir un fallo no otorga a las partes derecho a un doble pronunciamiento en todos los casos, sino únicamente en los casos de delitos, es decir, en aquellos fallos condenatorios que priven de la libertad al procesado.(13)[10]

En el ámbito penal, este derecho a poder recurrir los fallos está supeditado, además de los requisitos antes referidos, también a la gravedad de la infracción y al nivel de afectación que tenga para la sociedad. Esto significa que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, debe evaluar estas circunstancias y determinar la procedencia de la segunda instancia en los procesos judiciales, tal y como lo ha hecho en el caso objeto de la presente consulta.

Además, respecto al derecho de recurrir un fallo o resolución judicial, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en sentencia N.° 003-10-SCN-CC, determinó también que el derecho a recurrir un fallo o resolución judicial no es aplicable en todas las circunstancias, pues 'existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución'.(14)[11] […]"

Concluyó:

"Por tanto, la facultad de recurrir un fallo o resolución no tiene carácter absoluto. El legislador, para garantizar el ejercicio simultaneo y completo de todos los derechos constitucionales, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, tiene la facultad para delimitar el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución, siempre que con ello no afecte su núcleo esencial, de modo que se debe considerar la gravedad de las contravenciones de tránsito y su afectación a la sociedad, para determinar si la prohibición de recurrir el fallo contenido en el último inciso del artículo 178 es proporcional con la tutela de los otros derechos constitucionales.

Así, es necesario determinar si constituye una medida proporcional y adecuada, el restringir la potestad de recurrir el fallo en materia de contravenciones de tránsito, a fin de garantizar el derecho a una oportuna tutela judicial efectiva, con sujeción a los principios de celeridad y efectividad. Para ello, aplicaremos el test de proporcionalidad, cuyos subprincipios son los de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad. En primer lugar, para determinar si la medida es idónea, debemos establecer si la limitación de los derechos que contiene la norma favorece el ejercicio de los principios que persigue. El principio de idoneidad 'determina que la limitación de un derecho fundamental u otro principio constitucional sólo es constitucionalmente admisible si efectivamente, fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental u otro principio constitucional'(15). En el caso de las contravenciones leves y graves, limitar el ejercicio de la facultad para recurrir la sentencia o la resolución dictada, con el fin de garantizar el ejercicio del principio de celeridad y el derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna, si representa una medida idónea, puesto que, en efecto, sirve para conseguir el fin buscado. Como ya ha quedado establecido, este tipo de w constituyen

[10] Artículo 14.5.- 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.
[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 003-10-SCN-CC, caso Nro. 0005-09-CN; publicada en el Registro Oficial Suplemento N° V159, de 26 de marzo de 2010.

infracciones producidas por la impericia o negligencia de la persona, pero que no generan consecuencias lesivas para la sociedad. Por esa razón, conllevan únicamente penas de tipo pecuniario, que tienen como fin garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito y mantener un funcionamiento adecuado y ordenado del tratico. Por consiguiente, su imposición no genera afectación de derechos constitucionales y por ende la restricción para recurrir el fallo es aceptable, por lo que la medida es idónea y eficaz, pues la posibilidad de poder recurrir el fallo provocaría únicamente dilación de justicia y un movimiento exagerado del aparato judicial para resolver una infracción menor.

No obstante, cuando se trata de contravenciones muy graves, como sucede en las causas materia de esta consulta, la situación es distinta, puesto que, por su gravedad, este tipo de infracciones se asemejan (aunque en menor medida) a los delitos, pues las penas aplicables incluyen privación de la libertad ambulatoria del procesado. En este caso, negar la posibilidad de recurrir el fallo con el objeto de garantizar una tutela judicial expedita, basada en el principio de celeridad de la justicia, no es posible, puesto que, en gran medida, atenta contra otros derechos constitucionales. Dado que el fallo que se dicte en un proceso de juzgamiento de contravenciones muy graves puede afectar el derecho de libertad del procesado, no puede restringirse el ejercicio del derecho contenido en el artículo 76 numeral 7 literal m, esto es, la posibilidad de recurrir el fallo.

Por tanto, respecto de las contravenciones muy graves, la limitación impuesta por el legislador a no recurrir de los fallos dictados en esta materia no es idónea, puesto que si bien la disposición puede favorecer la consecución del principio constitucional de celeridad procesal, vulnera derechos constitucionales del procesado. En consecuencia, no es posible imponer una limitación con el fin de obtener celeridad, si es que dicha limitación va a afectar el ejercicio de otros derechos. Como ya se ha dicho, aquellas personas que han sido juzgadas y sancionadas con penas privativas de la libertad en los casos de las contravenciones muy graves, necesariamente deben contar con el derecho a recurrir el fallo, puesto que se encuentra en juego su libertad ambulatoria, por lo que, en estos casos, la medida resulta desproporcionada para la consecución del fin que persigue la norma.

Dado que para los casos de contravenciones graves hemos determinado que la norma no es idónea, necesariamente debemos concluir que la norma no es proporcional. No hace falta entonces llevar a cabo íntegramente el test, incluyendo el análisis de los demás subprincipios, pues ya se ha comprobado que la limitación del derecho a recurrir se convierte en una medida no idónea y consecuentemente, desproporcionada. Por lo expuesto, esta Corte advierte que la restricción contemplada en el texto del ultimo inciso del artículo 178 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial, evidencia un vicio de inconstitucionalidad, al no permitir la doble instancia en los casos de contravenciones muy graves, por encontrarse comprometida la libertad ambulatoria del procesado. En conclusión, en atención a los elementos anotados y tomando en cuenta el principio de conservación del derecho, le corresponde a esta Corte, en este aspecto, dictar una sentencia aditiva, con la que se armonice el contenido de la disposición supra, a fin de que esta guarde plena consonancia con los derechos constitucionales.

[…]"

Y resolvió:

"4. Declarar constitucional el contenido del último inciso del artículo 178 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, reformado mediante Ley s/n, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nº. 415 del 29 de marzo de 2011, agregando después de las palabras "recurso alguno", lo siguiente: "salvo en las contravenciones muy graves en las que se hayan dictado penas privativas de libertad,

las cuales podrán ser únicamente apeladas ante la Corte Provincial". Por lo tanto, el último inciso del artículo 178 queda de la siguiente manera:

`**Art. 178.** (...) La sentencia dictada por el juez o la resolución emitida por la autoridad competente no será susceptible de recurso alguno, salvo en las contravenciones muy graves en las que se hayan dictado penas privativas de libertad, las cuales podrán ser únicamente apeladas ante la Corte Provincial; y obligatoriamente será notificada a los organismos de tránsito correspondiente de la jurisdicción. La aceptación voluntaria del cometimiento de la infracción no le exime de la pérdida de los puntos de la licencia de conducir, correspondiente a la infracción de tránsito.'"

26. El Código Orgánico Integral Penal establece, al principio procesal de impugnación, en el artículo 5.6:

"**Art. 5. Principios procesales.** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

[…]

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

[…]"

27. Se responde al primer problema jurídico:

I. El derecho a recurrir reconocido en los instrumentos internacionales citados, se entiende en dos circunstancias:

   a. Las personas sometidas a un proceso judicial por motivo de un delito, tienen derecho a que la decisión judicial que se tome sobre su culpabilidad sea sometida a la revisión de un tribunal superior.

   b. Las personas que vieran amenazada su libertad o hayan sido privadas de ella, tienen derecho de acudir ante un juez o tribunal para que se pronuncie respecto a la legalidad de tal amenaza o privación de libertad.

II. El desarrollo jurisprudencial del sistema de derechos humanos, al que se ha acogido el Ecuador, ha establecido que un Estado respeta el derecho a recurrir cuando en su ordenamiento jurídico prevé medios de impugnación, sin obstáculos para interponerlos e impulsarlos, resueltos por juezas y jueces imparciales, que respeten las reglas del debido proceso, protegiendo a las personas frente a la arbitrariedad, garantizando de manera efectiva sus derechos, lo que implica que la decisión sobre los mismos no siempre será favorable a quien los propone. Con el respeto de estos principios se protege el derecho de defensa, y el principio de doble conforme, expresado en la revisión íntegra de una decisión condenatoria, así como los derechos a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva de los derechos.

III. En materia penal, nuestro régimen constitucional de derechos es amplio, pues determina que el derecho a recurrir es exigible tanto en procesos por delitos como por contravenciones, esto cuando, establece que este derecho es exigible en "todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden" (Art. 76); además, reconoce el principio non reformatio in peius en los procesos penales.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV. Los antecedentes jurisprudenciales constitucionales han establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva es cumplido por el Estado, cuando el juzgador ha observado el debido proceso y respetado el derecho a la defensa, parte fundamental de este último es el derecho a los recursos; asimismo, se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a recurrir un fallo no es absoluto para todo tipo de infracciones, este solo es imperativo en los procesos penales por delitos, o en los que se haya privado de libertad a una persona.

V. El régimen normativo penal, procesal penal y de ejecución de penas, vigente desde 10 de agosto de 2014, de conformidad con la disposición final de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, reconoce el derecho a recurrir las decisiones judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el referido Código.

B) ¿Procede el recurso de apelación en procesos de contravenciones ordinarias, de tránsito y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?

28. El Código Orgánico Integral Penal, en el Libro Segundo, Título IX, Capítulo Primero, artículo 652, determina las reglas generales de la impugnación. Y el desarrollo de cada recurso lo encontramos en el mismo Título:

a) Capítulo Segundo: el recurso de apelación (Arts. 653 a 655).
b) Capítulo Tercero: el recurso de casación (Arts. 656 y 657).
c) Capítulo Cuarto: el recurso de revisión (Arts. 658 y 660).
d) Capítulo Quinto: el recurso de hecho (Art.661).

29. En lo concerniente a contravenciones, el Código Orgánico Integral Penal establece:

a. Respecto a las contravenciones penales comunes:

> "**Art. 642. Reglas.** El procedimiento expedito de contravenciones penales deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:
>
> […]
>
> 9. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante las o los juzgadores de la Corte Provincial."

b. Respecto a la contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) reconoce la importancia del disfrute por las mujeres del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida, insta a los estados a eliminar la violencia contra las mujeres, por considerarla una violación de los derechos humanos; de otro lado el Ecuador, ha ratificado la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (1995), consecuentemente se ha comprometido a actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, violación de derechos humanos que ocurre tanto en espacios públicos como privados, dentro del hogar o de la comunidad, perpetrada por individuos o agentes estatales[12].

[12] Artículos 2 y 7 de la Convención de Belem do Pará.

En este orden de ideas, los y las constituyentes imponen en el artículo 81 de la Constitución "se establecerán procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar", mandato que, sumando el artículo 192, el último caso del Código Orgánico de la Función Judicial, que no reconocer fuero para estos casos, "considerando el procedimiento expedito y la intervención oportuna requerida", dejan clara la urgencia de resolver estos casos en un plazo mínimo, teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, la vida, la integridad de las víctima; la posibilidad de recurrir en casación significaría ampliar el período de riesgo e inseguridad de las mujeres y desoír la obligación de tomar medidas oportunas acordes a los estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres a acceder a un servicio judicial idóneo y efectivo, en aplicación de los principios de celeridad y oportunidad, principios que, deben ser interpretados y aplicados de manera que el carácter definitivo de la sentencia fortalezca la garantía de una tutela efectiva práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.[13]

La norma procesal dispone:

> "**Art. 643.** Reglas. El procedimiento para juzgar la contravención penal de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, se sustanciará de conformidad con las siguientes reglas:
>
> […]
>
> 18. La sentencia se reducirá a escrito con las formalidades y requisitos previstos en este Código y los sujetos procesales serán notificados con ella.
>
> 19. Los plazos para las impugnaciones corren luego de la notificación y la sentencia puede ser apelada ante la o el juzgador competente de la Corte Provincial respectiva."

c. Respecto a las contravenciones de tránsito.

> "**Art. 644.** Inicio del procedimiento. Son susceptibles de procedimiento expedito todas las contravenciones de tránsito, flagrantes o no.
>
> […]
>
> La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, será de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial, únicamente si la pena es privativa de libertad.
>
> […]" (Lo subrayado nos corresponde)

Esto es importante pues la apelación permite el derecho al doble conforme, siempre y cuando la pena sea privativa de libertad.

30. Respecto a contravenciones cometidas por adolescentes, se considera:

a) Las y los adolescentes pueden cometer contravenciones.

b) La regla de los recursos se prevé en la disposición 41, de la Décimo Cuarta Disposición Reformatoria, de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, que se refiere al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia:

[13] Los dos párrafos precedentes al número de esta nota, corresponden al aporte de la doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, añadidos en sesión del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de 04 de febrero de 2015.

> "41. Sustitúyase el artículo 366 por el siguiente:
>
> '**Art. 366.** Recursos. Los recursos de apelación, nulidad, hecho, casación y revisión proceden de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal.' "

El recurso de hecho, sabemos, no consta en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Sobre la nulidad procesal que la jueza o el juez debe declarar de oficio o a petición de parte, ya no constituye un recurso, en el Código Orgánico Integral Penal, es un mecanismo de control; sin embargo en la reforma al Código Orgánico de la Función Judicial, que se introduce en el numeral 12 de la Disposición Reformatoria Segunda de la Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, se dice que a las Cortes Provinciales les corresponde:

> "1. Conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación y nulidad, incluso los que provengan de sentencias dictadas en procesos contravencionales y los demás que establezca la ley."

c) En consecuencia, las contravenciones cometidas por adolescentes, con lo relacionado a casación, sigue las reglas generales expuestas en este precedente.

31. Se responde al segundo problema jurídico:

I. Es pertinente impugnar las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia, en todos los procesos por contravenciones penales comunes (o de policía).

II. Es pertinente impugnar las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia, en todos los procesos por contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

III. En procesos por contravenciones de tránsito, el recurso de apelación sólo cabe en contra de las sentencias dictadas por las y los jueces de primera instancia cuando se puna con privación de libertad. No cabe apelar la sentencia que imponga otro tipo de pena.

C) ¿Procede el recurso de casación en procesos de contravenciones comunes, de tránsito y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?

32. La Corte Nacional de Justicia es Corte de Casación, por tanto de cierre, sus decisiones tienen la fuerza de cosa juzgada material, así lo determinan la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial:

> "**Art. 184.** Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:
>
> 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. [...]."
> (Constitución de la República del Ecuador)
>
> "**Art. 186. Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.** La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:
>
> 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera;
>
> [...]

> 6. Los recursos de casación y de revisión por infracciones en materia de tránsito;
>
> [...]." (Código Orgánico de la Función Judicial, reformado por ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial 38, de 17 de julio de 2013).

33. Desde 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, se estableció que el recurso de casación no procede en contra de las sentencias dictadas por jueces y tribunales de primera instancia.

34. En concordancia, el Código Orgánico Integral Penal, establece:

> "**Art. 656. Procedencia.** El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.
>
> No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba."

Sin especificar a qué sentencias se refiere, habida cuenta que la sentencia puede ser dictada:

- En primera o segunda instancia.
- En procedimientos por delitos o por contravenciones.

35. La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso Nro.1647-11-EP, el 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013 ha dicho:

> "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 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 [...]"

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

36. La Corte Nacional de Justicia, en sentencia de fecha 23 de julio de 2014, juicio Nro. 844-2011, definió:

> "La casación es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, limitado, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad."

37. Los tribunales de garantías penales no conocen del trámite penal por contravenciones.

38. Al tratarse del procedimiento por contravenciones sean de policía, o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, o de tránsito, se ha previsto de manera expresa y exclusiva un recurso: de apelación y, sus excepciones ya se trascribieron los artículos pertinentes.

39. Se responde al tercer problema jurídico:

I. El recurso de casación es un recurso extraordinario, técnico y limitado, que permite corregir errores de derecho cometidos en sentencias definitivas que por violentar la ley, vulneren gravemente los derechos de las personas procesadas o que afecten a los intereses de la sociedad, por contravención expresa al texto legal, por haber hecho una indebida aplicación de la ley, o por haberla interpretado erróneamente (Art. 656 Código Orgánico Integral Penal)

II. De admitirse la casación a trámite contra las sentencias de primer nivel, que han ratificado el estado de inocencia, y de revocarse las mismas como consecuencia del recurso, la persona condenada no podría ejercer su derecho a impugnar de la primera condena, es decir, no se llegaría al doble conforme.

III. Es pertinente la interposición del recurso de casación contra las sentencias dictadas por los tribunales de apelación, en todos los procedimientos por delitos, mas no contra sentencias dictadas en procesos por contravenciones.

V. FALLOS DE REITERACIÓN

40. Acorde con lo todo lo manifestado, la omisión que presenta el Código Orgánico Integral Penal respecto de norma que faculte o no recurrir por vía de casación contra sentencias dictadas en procedimientos contravencionales ha sido resuelta por distintos tribunales de la Corte Nacional de Justicia, que han decidido:

a) En resolución Nro. 1684-2014, de 9 de octubre de 2014, las 15h15, proceso Nro. 1663-2014; el Tribunal conformado por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional ponente, y, doctores Vicente Robalino Villafuerte y Káiser Arévalo Barzallo, Juez y Conjuez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; estableció:

> "[…] se concluye que no cabe el recurso de casación contra las sentencias dictadas en procedimientos por contravenciones, sea contra la sentencia dictada en primera o en segunda instancia. Cabe casación, sólo, contra sentencias dictadas en procedimientos por delitos. La sentencia que admite casación es aquella que ha sido dictada en los procedimientos por delitos. […]

> Por lo expresado, este Tribunal considera que en el caso concreto no cabe recurso de casación al tratarse de un procesamiento contravencional de tránsito, siendo por tanto indebidamente interpuesto y concedido este medio impugnatorio. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley [...]."

b) En resolución Nro. 1885-2014, de 5 de noviembre de 2014, las 08h19, proceso Nro. 1728-2014; el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctora Lucy Blacio Pereira y doctor Merck Benavides Benalcázar, Jueza y Juez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; estableció:

> "[…] se concluye que no cabe el recurso de casación contra las sentencias dictadas en procedimientos por contravenciones, sea contra la sentencia dictada en primera o en segunda instancia. Cabe casación, sólo, contra sentencias dictadas en procedimientos por delitos.
>
> POR LO EXPUESTO, este Tribunal considera que en el caso concreto no cabe recurso de casación al tratarse de un procesamiento contravencional de tránsito, siendo por tanto indebidamente interpuesto e ilegalmente concedido este medio impugnatorio.
>
> Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley. [...]"

c) En resolución Nro. 266-2014, de 25 de noviembre de 2014, las 10h17, proceso Nro. 260-2014; el Tribunal conformado por la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional ponente, doctoras Rocío Salgado Carpio y María Rosa Merchán Larrea, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores; estableció:

> "2.2 En relación a la inadmisión de los recursos respecto de las sentencias dictadas en el juzgamiento de contravenciones [...]
>
> 3. […] habida cuenta que en este tipo de procesos —dada su naturaleza—, no cabe el recurso extraordinario de casación [...].
>
> 4. Con esta motivación, el Tribunal Único de la Sala especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, al RESOLVER: por indebidamente interpuesto y concedido, al carecer de competencia para conocer y resolver el recurso, ordena devolver el expediente con el ejecutorial al Tribunal de origen. [...]"

d) En resolución Nro. 2012-2014, de 26 de noviembre de 2014, las 10h50, proceso Nro. 1729-2014; el Tribunal conformado por la doctora Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional ponente, doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, y doctor Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, estableció:

> "3.4. En el caso sub judice, es preciso indicar que el recurrente, no está facultado para impugnar el fallo de la Corte Provincial de Pichincha, en sede de casación, en tanto, el Código Orgánico Integral Penal, prevé únicamente, el recurso de apelación para los fallos dictados en primera instancia dentro de los procesos desarrollados por contravenciones de tránsito, criterio que tal como ha quedado expuesto ha sido desarrollado por la Corte Constitucional. Finalmente, cabe mencionar que la garantía del doble conforme ha quedado satisfecha toda vez que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha avocó conocimiento de la presente causa y resolvió ratificar la sentencia del juez a quo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

> En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara indebidamente interpuesto e ilegalmente concedido el recurso de casación, [..] en tanto, no procede la interposición del recurso de casación de sentencias de apelación generadas de un proceso por contravención de tránsito. Se ordena la devolución del expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes. [...]"

e) En resolución Nro. 294-2014, de 18 de diciembre de 2014, las 10h58, proceso Nro. 269-2014; el Tribunal conformado por la doctora María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional ponente, doctoras María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores; estableció:

> "5. Que al no estar previsto el recurso de casación como medio para impugnar las sentencias dictadas en segunda instancia, en los procesos instaurados para el juzgamiento de las contravenciones contra la mujer o miembros del núcleo familiar, no está habilitado el derecho para ejercer el recurso. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, por indebidamente concedido el recurso, ordena devolverse el expediente al Tribunal de origen."

f) En resolución 54-2015, de 13 de enero de 2015, las 16h30, proceso Nro. 1787-2014; el Tribunal conformado por el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional ponente, doctores Vicente Robalino Villafuerte y Merck Benavides Benalcázar, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; estableció:

> "'[…] se concluye que no cabe el recurso de casación contra las sentencias dictadas en procedimientos por contravenciones, sea contra la sentencia dictada en primera o en segunda instancia. Cabe casación, sólo, contra sentencias dictadas en procedimientos por delitos. La sentencia que admite casación es aquella que ha sido dictada en los procedimientos por delitos. [...]'
>
> […] Por lo expresado, este Tribunal considera que en el caso concreto no cabe recurso de casación al tratarse de un proceso por contravención penal, siendo por tanto indebidamente interpuesto y concedido este medio impugnatorio. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley. [...]"

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI. DECISIÓN

41. Con las respuestas a los problemas jurídicos planteados y a los fallos reiterativos respecto a la facultad de recurrir por vía de casación contra sentencias dictadas en procedimientos contravencionales; sobre el punto de derecho planteado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, decide:

> ***No cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos por contravenciones comunes, de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ni cometidas por adolescentes.***

Esta decisión constituye jurisprudencia con efecto generalmente obligatorio desde su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los cuatro días del mes de febrero de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

COMPETENCIAS JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y CIVIL

RESOLUCIÓN Nro. 04-2015

Suplemento del Registro Oficial Nro. 513, de 2 de junio de 2015

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial faculta al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Que el literal a) de la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que todos los procesos que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de este Cuerpo Normativo pasarán de la judicatura en la que se encuentren, según corresponda, a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales penales y juzgados competentes en razón de la materia.

Que el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el principio de especialidad en la administración de justicia, señalando que la potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia.

Que los artículos 185 y 217 del Código Orgánico de la Función Judicial determinan la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, detallando para el efecto varios presupuestos de posibles controversias en el desarrollo de la actividad administrativa y judicial, no obstante, el alcance de dicha competencia jurisdiccional en el ámbito de los contratos públicos y de las indemnizaciones de daños y perjuicios no se encuentra claramente delimitada.

Que se han producido constantes conflictos de competencia negativa, especialmente entre las salas de lo Contencioso Administrativo y Civil de la Corte Nacional de Justicia, dadas las diversas interpretaciones jurídicas respecto a la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los casos de conflictos contractuales y de indemnizaciones de daños y perjuicios en los que interviene como parte procesal el Estado.

Que la Constitución de la República consagra el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e impone a las autoridades judiciales la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Los recurrentes conflictos de competencia que se han suscitado ciertamente comprometen la sustanciación y resolución oportuna de los procesos judiciales involucrados en estos casos, por lo que se torna imperiosa la solución a esta problemática jurídica.

Que el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus incisos segundo y tercero, establecen que las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

Que el objetivo de la presente resolución es la de proporcionar una herramienta jurídica que establezca los criterios que permitan la solución efectiva de los conflictos de competencia que surjan a futuro.

RESUELVE:

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

Artículo 2.- La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios establecidas en los artículos 185.6 y 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, siempre que la indemnización que se pretenda se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos.

No corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa los juicios de indemnización de daños y perjuicios en los que se reclame únicamente la reparación de un daño pecuniariamente cuantificable y separable de una actuación administrativa.

Artículo 3.- La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito contractual y de indemnización de daños y perjuicios se radicará siempre que confluyan los siguientes elementos que determinan la materia administrativa:

a) Subjetivo: Una de las partes procesales debe ser un órgano de la administración pública central o descentralizada institucional o territorialmente;

b) Objetivo:

b.1) El contrato debe haberse celebrado en uso de las competencias y prerrogativas de la administración pública; su suscripción debe obedecer al giro específico institucional; y, el procedimiento para tramitar la controversia no debe remitirse exclusivamente al derecho procesal común.

b.2) La indemnización de daños y perjuicios debe ser producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos; o, debe provenir de la impugnación de una actuación administrativa, siempre que en el mismo libelo se demande tal reparación o la reparación de daños y perjuicios establecidos en el artículo 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

c) Pretensión: La acción no debe centrarse únicamente en el reconocimiento de un derecho patrimonial y/o la liquidación de valores económicos, sino que debe consistir sobretodo en el ejercicio del control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los seis días del mes de mayo de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V. C.), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (V. C.), Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

FUERO EN MATERIAS NO PENALES

RESOLUCIÓN Nro. 05-2015
Registro Oficial Nro. 517, de 8 de junio de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, al haberse dictado el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece en la Décima Quinta Disposición Transitoria que:

"El Presidente, Miembros de la Junta, el Representante Legal del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD y el Coordinador General de Administración de Activos y Derechos de la ex AGD, gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia por los actos, decisiones y resoluciones que hayan adoptado en el ejercicio de sus funciones a partir del 1 de enero de 2010.

Los Directores de la Coordinación General de Administración de Activos y Derechos ex AGD, los miembros de la Secretaría Técnica del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD; y, los administradores, gerentes o representantes legales de las empresas incautadas por la AGD gozarán de fuero de Corte Provincial de Justicia, por los actos y decisiones adoptados en el ejercicio específico de sus funciones desde el 1 de enero de 2010".

Que, estas regulaciones sobre fuero de Corte Nacional de Justicia y fuero de Corte Provincial de Justicia ha generado dudas de manera especial sobre el alcance jurídico del inciso segundo de la Disposición Transitoria en referencia por parte del señor Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y señoras y señores Juezas y Jueces de la Sala Única de lo Laboral de la misma Corte Provincial de Justicia mencionada.

Que, de conformidad con el artículo 76 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 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", derecho que contendrá, entre otras garantías: "k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente...", con observancia del trámite propio de cada procedimiento (Art. 76 numeral 3 *Ibídem*).

Que, según el artículo 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones diplomáticas, ratificado en el Ecuador mediante Decreto Supremo 1647, publicado en el Registro Oficial 376 de 18 de noviembre de 1964 en el caso del agente diplomático goza de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor así como también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa con las excepciones que se precisa en la norma.

Que, los artículos 192, 195 y 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, regula casos de fuero a nivel de Corte Nacional de Justicia así como de Corte Provincial de Justicia

Que, por disposición del artículo 205 del Código Orgánico de la Función Judicial: *"En lo que fuere pertinente, las disposiciones de la sección anterior se aplicarán a las Cortes Provinciales".*

En uso de la facultad prevista en el número 6 del artículo180 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Artículo Primero.- Gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia quienes cumplan las funciones establecidas en el inciso primero de la Décimo Quinta Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por los actos, decisiones y resoluciones que hayan adoptado en el ejercicio de sus funciones a partir del 1 de enero de 2010, únicamente en las materias: penal, civil, mercantil y de trabajo.

Artículo Segundo.- Gozan de fuero de Corte Provincial de Justicia quienes cumplan las funciones establecidas en el inciso segundo de la misma Décimo Quinta Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por los actos y decisiones adoptados en el ejercicio específico de sus funciones desde el 1 de enero de 2010, únicamente en las materias: penal, civil, mercantil y de trabajo.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veinte días del mes de mayo de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte (V.C.), Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (V.C.), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (V.C.), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia Dra. Rocío Salgado Carpio (V.C.), Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

COMPETENCIA DE LOS CONJUECES PARA CALIFICAR LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIAS NO PENALES

RESOLUCIÓN Nro. 06-2015
Registro Oficial Nro. 517, de 8 de junio de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 506, de 22 de mayo de 2015, se ha publicado el Código Orgánico General de Procesos, COGEP;

Que la Disposición Final Segunda de dicho cuerpo legal ordena que: *"El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley"*;

Que la Disposición Reformatoria Segunda.4 del COGEP, dispone sustituir el numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial (que se refiere a las funciones de las conjuezas y conjueces), por el siguiente: "Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho"; por lo que la calificación de la procedencia formal de los recursos de casación que llegan a la Corte Nacional, ya no corresponderá a un Tribunal, sino a las y los Conjueces en forma individual;

Que por su parte, la Disposición Transitoria Primera del COGEP, establece que *"Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación"*;

Que la aparente contradicción entre la Disposición Final Segunda y la Disposición Transitoria Primera del COGEP, ha generado dudas respecto de si es un Conjuez o un Tribunal de Conjueces, a quien corresponde calificar la admisibilidad de los procesos que actualmente se encuentran en trámite en la Corte Nacional de Justicia, así como de los juicios que se iniciaron antes de la vigencia del COGEP, en los que se interponga recurso de casación o de hecho;

Que la regla de interpretación de la ley establecida en el artículo 18.1 del Código Civil, prescribe que *"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento"*;

Que del contexto de las disposiciones legales citadas, se desprende que la intención del legislador es que en la Corte Nacional de Justicia, las normas relativas a la competencia para la calificación de la admisibilidad de los recursos de casación, sean aplicadas en forma inmediata, inclusive para los procesos que se encuentran en trámite a la fecha de publicación del COGEP en el Registro Oficial;

Que con la publicación del Código Orgánico General de Procesos, han surgido dudas en cuanto a la vigencia de la Ley de Casación, especialmente en cuanto al órgano judicial competente para realizar la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos de casación;

En uso de la facultad prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el literal i) del artículo 1.1 del Anexo 3 del Estatuto de Gestión Organizacional por Procesos de la Corte Nacional de Justicia,

RESUELVE:

Art. 1.- La Disposición Reformatoria Segunda.4 del Código Orgánico General de Procesos, que ordena sustituir el numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, se aplica tanto para los procesos en materias no penales que actualmente se encuentran en la Corte Nacional de Justicia para calificar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, como para los juicios iniciados antes de la vigencia del COGEP, en los que se interponga recurso de casación o de hecho.

Art. 2.- Los procesos que se encuentran en la Corte Nacional de Justicia para calificar la admisibilidad del recurso de casación en materias no penales, en los que se ha sorteado Tribunal de Conjueces, serán resueltos por el Conjuez o Conjueza a quien le correspondió actuar como ponente.

Art. 3.- Los recursos horizontales que se encuentren pendientes de proveer, interpuestos contra las resoluciones que califican la admisibilidad o inadmisibilidad de recursos de casación en materias no penales, serán resueltos por el Conjuez o Conjueza que actuaba como ponente.

Art. 4.- Los procesos en materias no penales, en los que un Tribunal de Conjueces calificó la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso de casación, que vuelvan a la Corte Nacional de Justicia en virtud de un nuevo recurso de casación, serán conocidos y resueltos por el Conjuez o Conjueza que actuó como ponente y a su falta, se sorteará a aquél que deberá resolver el recurso.

Los procesos que regresen en virtud de un recurso extraordinario de protección, que deje sin efecto un auto de inadmisión, serán conocidos y resueltos por un Conjuez que no haya intervenido antes en la calificación, previo sorteo.

Art. 5.- Hasta cuando el Código Orgánico General de Procesos entre en vigencia en su totalidad, para la interposición, sustanciación y resolución de los recursos de casación, se aplicará la Ley de Casación, salvo en lo relativo a la competencia para calificar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, que se regirá por la Disposición Reformatoria Segunda.4 del COGEP.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veinticinco días del mes de mayo de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino

Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Edgar Flores Mier CONJUEZ NACIONAL. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

ABANDONO DE LOS PROCESOS EN MATERIAS NO PENALES

RESOLUCIÓN Nro. 07-2015
Registro Oficial Nro. 539, de 09 de julio de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 75 garantiza a toda persona el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso, quede en indefensión;

Que en el artículo 169 establece: *"el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagraran 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"*;

Que en el artículo 174, inciso segundo, prevé que el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de conformidad a la ley;

Que en el artículo 82 reconoce el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;

Que en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 506, de 22 de mayo de 2015, se ha publicado el Código Orgánico General de Procesos, COGEP;

Que la Disposición Final Segunda de dicho cuerpo legal, ordena: *"El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan periodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley"*;

Que el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos dispone: *"La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos"*;

Que por disposición del primer inciso del artículo 248 del COGEP, la o el juzgador, mediante auto, se limitará a declarar de oficio o a solicitud de parte, que ha operado el abandono;

Que el COGEP en el artículo 247.1 proscribe el abandono en las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces; y los numerales 2 y 3 de este artículo determinan que no cabe el abandono cuando las o los actores sean las instituciones del Estado, ni en la etapa de ejecución.

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 139, prevé: *"Impulso del proceso.- Las juezas y los jueces están obligados a proseguir el trámite de los procesos dentro de los términos legales, el incumplimiento de esta norma se sancionara de acuerdo con la ley. Si se declarare el abandono de una causa o de un recurso por no haberse proseguido el trámite por el tiempo que señala la ley, como consecuencia de la incuria probada de las juezas o los jueces, y demás servidores y funcionarios que conocían de los mismos, éstos serán administrativa, civil y penalmente responsables, de conformidad con la ley"*;

Que el artículo 5 del COGEP, dispone: *"Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo"*;

Que actualmente el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 388, establece: *"Los juicios civiles que hubieren permanecido en abandono durante dieciocho meses contados desde la última diligencia que en el juicio se hubiere practicado, en la primera instancia, o dieciocho meses en la segunda, quedan abandonados por el ministerio de la ley. Salvo disposición en contrario de la ley, la Corte Nacional, los tribunales distritales y las cortes provinciales de justicia, declararán de oficio o a petición de parte el abandono de las causas por el ministerio de la ley, cuando hubieren permanecido en abandono por el plazo de dieciocho meses contados desde la última diligencia que se hubiese practicado o desde la última solicitud hecha por cualquiera de las partes"*;

Que la Disposición Reformatoria Sexta 9 del COGEP, sustituye el artículo 634 del Código del Trabajo, que regula el término para la declaratoria de abandono de las causas laborales, ordenando: *"El término para declarar el abandono de una instancia o recurso, será el previsto en el Código Orgánico General de Procesos", norma que en virtud de la Disposición Final Segunda de éste cuerpo legal, se encuentra vigente"*;

Que el artículo 325 del COGEP, regula los efectos del abandono en materia tributaria, estableciendo que *"La declaración de abandono termina el proceso en favor del sujeto activo del tributo y queda firme el acto o resolución impugnados o deja ejecutoriadas las providencias o sentencias que hayan sido recurridas. La o el juzgador ordenará, la continuación de la coactiva que se ha suspendido o su iniciación si no se ha propuesto o que se hagan efectivas las garantías rendidas sin lugar a ninguna excepción"*.

Que el artículo 18.4 del Código Civil, entre las reglas de interpretación de la ley, determina: *"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto"*;

Que el artículo 7.20 del Código Civil, entre las normas que regulan los efectos de la ley, se determina: *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que entonces estuvo vigente"*;

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 163.2 inciso segundo, dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.

Que la Disposición Transitoria Primera del COGEP, establece: *"Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la*

normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación;

Que han surgido dudas en cuanto a la fecha desde la cual se debe empezar a contar el término para la declaración de abandono de una instancia o recurso y en qué procesos se aplica;

En ejercicio de la facultad que le confiere el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 180 numeral 6,

RESUELVE:

Art. 1.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos, en todas las materias no penales, los juzgados y unidades judiciales de primer nivel, salas y unidades especializadas de las cortes provinciales, tribunales distritales, unidades judiciales de única instancia y salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, declararán de oficio o a petición de parte el abandono de la primera, segunda o única instancia, así como del recurso de casación o de hecho, según corresponda, por el transcurso del término de ochenta días hábiles continuos, que correrán a partir de la publicación del Código Orgánico General de Procesos, esto es el 22 de mayo del 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de ésta resolución.

Art. 2.- Las solicitudes de abandono presentadas hasta antes de la expedición del COGEP, se tramitarán con la normativa aplicable al momento de su presentación. Pero a partir del 22 de mayo de 2015, en que se publicó el COGEP en el Registro Oficial, se aplicarán las normas del abandono previstas en dicho cuerpo normativo.

Art 3.- Para la declaración del abandono, en cada caso, la o el juzgador contará el término tomando en cuenta el contexto de los artículos 245 y 246 del COGEP, esto es, a partir de la notificación de la última providencia recaída en alguna gestión o actuación procesal, útiles para dar curso al proceso.

El término previsto en el inciso anterior se aplicará para aquellas providencias emitidas o actuaciones procesales realizadas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP.

Art. 4.- No procede el abandono en las causas en que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes u otras personas naturales consideradas jurídicamente incapaces.

Art. 5.- El impulso del proceso corresponde a las partes y la omisión de esta carga procesal no es atribuible a la o el juzgador.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los diez días del mes de junio de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dra. Janeth Santamaría Acurio, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

PECULADO Y DELITOS CONTRA EL SISTEMA FINANCIERO RELACIONADOS CON EL CONTROL EXCLUSIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA NO REQUERIRÁ DE NINGÚN INFORME PREVIO O ADICIONAL DE AQUELLOS ORGANISMOS DE CONTROL COMO PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD

RESOLUCIÓN Nro. 08-2015
Registro Oficial Nro. 539, de 09 de julio de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

De conformidad con lo que establece el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés general;

En lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos, según lo establecen los artículos 60 y 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero, efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, y que de conformidad con los artículos 72 y 387 del cuerpo de leyes citado, cuando el organismo de control determine indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de denunciarlos ante la Fiscalía General del Estado.

En lo que corresponde a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según lo establecido en los artículos 146 y 147 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en relación con los artículos 74 y 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero, tiene las funciones de control y supervisión del sector financiero popular y solidario, y que de conformidad con los artículos 77 y 387 ejusdem, y artículo 172 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, cuando el organismo de control determine indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de denunciarlos ante la Fiscalía General del Estado.

El artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal , dispone que para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad, que exista un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado;

La referida disposición jurídica, ha dado lugar a que los administradores de justicia, en los delitos financieros, relacionados con las actividades de control exclusivo de las instituciones del Sistema Financiero Nacional y del Sistema Financiero Popular y Solidario, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, soliciten informes de aquellas Superintendencias como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, lo que ha

generado impunidad de los procesados y atenta contra el principio de legalidad, componente del debido proceso, a más que transgrede la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Al no ser competencia de la Contraloría General del Estado emitir informes en los casos de delitos relacionados con el control exclusivo de las Superintendencias de Bancos y de Economía Popular y Solidaria, el presupuesto del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, no es procedente para esos casos, por ello no puede existir condicionante alguno para el inicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, quien la promoverá conforme a sus obligaciones emanadas de la Constitución y la ley.

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 180, numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- En los delitos de peculado a los que se refieren el inciso cuarto del artículo 278 del COIP y en los delitos contra el sistema financiero, que de conformidad con el Código Orgánico Monetario y Financiero y la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, están relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para el ejercicio de la acción penal, la Fiscalía General del Estado no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad. Para estos casos, la Fiscalía General del Estado ejercerá las facultades que le confieren la Constitución de la República y la ley, cuando conozca, de cualquier manera, sobre la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los diez días del mes de junio de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dra. Janeth Santamaría Acurio, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ACLARA EL CONCEPTO DE GIRO ESPECÍFICO INSTITUCIONAL ASÍ COMO EL ALCANCE TEMPORAL DE LAS DISPOSICIONES DE LA RESOLUCIÓN 04-2015

RESOLUCIÓN Nro. 09-2015
Registro Oficial Nro. 563, de 12 de agosto de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que en el suplemento del Registro Oficial 513, de 2 de junio de 2015, se publicó la Resolución Nro. 04-2015, que establece los criterios que permiten la solución efectiva de los conflictos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa;

Que es necesario ampliar el concepto de giro específico institucional constante en dicha Resolución, así como el alcance temporal de sus disposiciones; y,

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el literal i) del numeral 1.1 del artículo 1 del Anexo Nro. 3 del Estatuto de Gestión Organizacional por Procesos que incluye el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva de la Corte Nacional de Justicia,

RESUELVE:

Art. 1.- Las disposiciones de la Resolución Nro. 04-2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, son de aplicación obligatoria a partir de su publicación en el Registro Oficial, en consecuencia no inciden ni alteran las causas en que se haya radicado la competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 163.2 del Código Orgánico de la Función Judicial ante la jueza, juez o tribunal competente antes del 2 de junio de 2015.

Art. 2.- El concepto de giro específico institucional enunciado en el literal b.1 del artículo 3 de la Resolución Nro. 04-2015, debe entenderse como "todo aquello destinado a cumplir la misión y objetivos propios de la institución".

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los quince días del mes de julio de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suarez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (V.C.), Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Guillermo Narváez Pazos, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, DE ESTA DECLARATORIA NO HABRÁ RECURSO ALGUNO

RESOLUCIÓN Nro. 10-2015
Registro Oficial Nro. 563, de 12 de agosto de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que:

1. La Constitución de la República del Ecuador, en los artículos 184.2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;

2. El Código Orgánico de la Función Judicial, en los artículos 180.2 y 182 d, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario;

3. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha emitido los siguientes autos con fuerza de sentencia que recogen el mismo punto de derecho, dentro de los siguientes juicios:

   a) Resolución Nro. 798-2015, dictada el 01 de junio del 2015, a las 08h10, en el proceso de tenencia y porte de armas sin autorización, Nro. 197-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, y doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

   b) Resolución 581-2015, dictada el 30 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso por abuso sexual, Nro. 531-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte,

Juez Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

c) Resolución 627-2015, dictada el 15 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso por usurpación, Nro. 212-2015; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

d) Resolución 430-2015, dictada el 09 de abril del 2015, a las 08h20, en el proceso por hurto en el grado de tentativa, Nro. 1790-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

e) Resolución 507-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 11h00, en el proceso por asociación ilícita, Nro. 357-2015; por el Tribunal conformado por los doctores Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, Luis Enríquez Villacrés y Edgar Flores Mier (voto salvado), Juez y Conjuez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

f) Resolución 475-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 08h30, en el proceso por lesiones, Nro. 362-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

g) Resolución 407-2015, dictada el 24 de marzo del 2015, a las 16h55, en el proceso por daño a bien ajeno, Nro. 105-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, y doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

Con los que se establece, que el Código Orgánico Integral Penal, respecto del recurso de casación, permite la admisibilidad, en el evento de que el recurrente cumpla con todas las exigencias de fondo y de forma; pero en el caso de que se incumplan dichos parámetros, se lo deberá inadmitir y ordenar su devolución al tribunal de origen.

RESUELVE:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe remitido por la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, que permite resolver la obscuridad existente sobre el alcance del artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal en el sentido de que:

Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno.

Artículo 2.- Disponer que la Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización; y, al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

A partir de su publicación en el Registro Oficial, está resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los quince días del mes de julio de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suarez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (V.C.), Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio (V.C.), Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Guillermo Narváez Pazos, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INFORME JURÍDICO

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

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

MAYO 2015

1. ANTECEDENTES:

1.1 El señor Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, doctor Vicente Robalino Villafuerte, dispone se recojan los autos con fuerza de sentencia sobre un mismo punto de derecho en lo atinente a la admisibilidad o no de un recurso de casación, con base a los cuales el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emitirá la respectiva resolución.

1.2 Los autos definitivos reiterativos que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, estima que sustentan dicha propuesta son los siguientes:

1) Resolución Nro. 798-2015, dictada el 01 de junio del 2015, a las 08h10, en el proceso de tenencia y porte de armas sin autorización, Nro. 197-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, y doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

2) Resolución 507-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 11h00, en el proceso por asociación ilícita, Nro. 357-2015; por el Tribunal conformado por los doctores Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, Luis Enríquez Villacrés y Edgar Flores Mier (voto salvado), Juez y Conjuez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

3) Resolución 475-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 08h30, en el proceso por lesiones, Nro. 362-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

4) Resolución 581-2015, dictada el 30 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso por abuso sexual, Nro. 531-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

5) Resolución 407-2015, dictada el 24 de marzo del 2015, a las 16h55, en el proceso por daño a bien ajeno, Nro. 105-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, y doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

6) Resolución 430-2015, dictada el 09 de abril del 2015, a las 08h20, en el proceso por hurto en el grado de tentativa, Nro. 1790-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

7) Resolución 627-2015, dictada el 15 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso por usurpación, Nro. 212-2015; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS:

2.1. La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre del 2008, en sus artículos 184.2 y 185 inciso primero; y el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544 de 9 de marzo del 2009, en sus artículos 180.2 y 182 incisos primero, segundo y cuarto, señalan que es función de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentada en los fallos de triple reiteración; para lo cual, las sentencias emitidas por las Salas Especializadas que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligan a remitir el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria; señalándose, además, que para el procesamiento de la jurisprudencia obligatoria se ha previsto una Unidad Especializada.

2.2. La resolución No. 06-2012, emitida por el Tribunal en Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 743, de 11 de julio del 2012, que crea la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, en su artículo 5.5 establece entre las funciones de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentada en los fallos de triple reiteración[1].

2.3. Las resoluciones referidas en este informe, formalmente no constituyen sentencia en términos de los artículos 269 y 274 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia Nro. 006-09-SEPCC, de fecha 19 de mayo de 2009, dictada en el caso Nro. 0002-08-EP; ha dicho:

[1] *Revisar Resolución del Consejo de la Judicatura No. 75-2015, Disposición Derogatoria Tercera.*

"Ahora bien, cabe señalar a qué tipo de autos se refiere la norma. En general, un auto es un acto procesal de tribunal o juez plasmado en una resolución judicial fundamentada expresamente, que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas según lo alegado o probado por las partes. De manera plural, la palabra "autos", significa expediente. Las principales clases de auto son:

1. *Mere interlocutoria o providencia*
2. *Auto ínter locutorio simple (AIS)*
3. *Auto interlocutorio definitivo (AID)*
4. *Auto de vista*
5. *Auto supremo*

Mere Interlocutoria o Providencia (CPC, 270).- *Acto procesal de tribunal plasmado, es una resolución judicial no fundada expresamente, que decide sobre cuestiones de mero trámite y peticiones secundarias o accidentales.*

Auto interlocutorio.- *Resolución que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas (Auto Interlocutorio Simple) y que fundamentada expresamente (Auto Interlocutorio Definitivo) tiene fuerza de sentencia (Art. 276 CPC), por cuanto excepcionalmente, deciden o definen una situación jurídica determinada.*
Auto Interlocutorio Simple.- Resolución judicial fundamentada que no afecta a lo principal de un proceso, por dictarse en un incidente que debe expedirse en 5 u 8 díasdesde que entra a despacho del juez. Por ejemplo, auto de rechazo de demanda, auto inicial, auto de cierre de plazo probatorio, auto de concesión de libertad provisional.

Auto Interlocutorio Definitivo (Art. 276 CPC).- *Resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente, deciden o definen una situación jurídica determinada y el auto de verbigracia que alude a una excepción perentoria, auto final de instrucción sobreseyendo al imputado, auto de reposición de obrados, auto que declara contencioso un proceso, auto de deserción.*

El auto interlocutorio definitivo*, que luego de haber sido apelado o excepcionalmente sin apelación, vulnere de forma evidente derechos constitucionales o el debido proceso, puede ser motivo de Acción Extraordinaria de Protección, pues pone fin al proceso de forma autónoma y no accesoria, como es el caso que se analiza (respecto del auto que determina la procedencia del peritaje y la disposición de la ejecutoria de la sentencia dictada con anterioridad).*

Diferencias

El Auto Interlocutorio Simple no suspende competencia. Auto Interlocutorio Definitivo hace perder competencia.

Auto Interlocutorio Simple permite Recurso de reposición. Auto Interlocutorio Definitivo no es revocable, pero es apelable.

Auto Interlocutorio Simple no permite Recurso de Nulidad. Auto Interlocutorio Definitivo permite Recurso de nulidad y una vez ejecutoriado, procede la Acción Extraordinaria de Protección.

Cabe señalar que procede la Acción Extraordinaria de Protección respecto de auto definitivo, es decir, que ponga fin al proceso y vulnere el debido proceso y derechos fundamentales de tal forma que cause impunidad y que de ninguna forma llegue a ser considerada tal decisión como legítima ni justa. (…)"

2.4. El derecho a la impugnación, tiene su base en el artículo 8, sección 2da, letra h), de la Convención Americana de Derechos Humanos; y también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 15.

> "**Art. 8.-** […] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> […]
>
> h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
>
> […]"
>
> "**Artículo 14**
>
> 1. 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 […]"

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador garantiza el debido proceso, que implica entre otros derechos:

> "**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."

Por su parte el numeral 3 de la norma constitucional referida, determina:

> "**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:
>
> […]
>
> **3.** Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto y omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se 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 […]."

Disposición que convalida la vigencia de la seguridad jurídica, establecida en la Constitución, artículo 82 al mencionar que esta seguridad "se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Sobre el deber de los juzgadores de sujetarse y garantizar el debido proceso, la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición, determinó en la sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso 0338-10-EP, del 8 de marzo del 2012:

> "El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.
>
> Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas […]"

3. ANÁLISIS TÉCNICO JURISPRUDENCIAL:

En el sistema de *Derecho romano germánico (civil law)*, al cual pertenece el Derecho ecuatoriano, la ley, en su acepción material, es la fuente principal de Derecho, a falta de ley rige la costumbre, y a falta de ley y costumbre, se aplican los principios generales del Derecho. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia, por regla general, no es fuente directa, sino indirecta de Derecho.

En el sistema de Derecho del *Common law* (Derecho anglosajón) la fuente principal del Derecho es el *precedente judicial*. También es fuente de Derecho la ley, pero la importancia inicial del Derecho legislado es inferior al Derecho judicial, pues la norma legal, como dice René David, *"solo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación [...] se tiende a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino la sentencia en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará la norma jurídica en la forma que resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial [2]."*

En uno y otro sistema de Derecho, el *Civil law y el Common law*, la administración de justicia tiene por función, además de resolver conflictos e incertidumbres sociales, crear seguridad jurídica, tratando igual a los casos iguales y dando a cada parte litigante lo que le corresponde, con las correcciones establecidas por la ley o el precedente judicial, garantizando a la comunidad una justicia predecible. Siguiendo esta línea y de conformidad con el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, consiste en expedir resoluciones de carácter general y obligatorio en caso de duda u oscuridad de las leyes.

El papel fundamental de la jurisprudencia es establecer un acercamiento eficaz entre el juzgador, el ciudadano y la realidad social, revalorizando de ésta manera el papel del juez en el Estado constitucional de derechos, abstrayéndolo de ser un pasivo aplicador de la ley, a un proactivo intérprete generador del derecho en aquellos campos o puntos en que la norma positiva resulta insuficiente, contradictoria o indeterminada, para lo cual la comunidad jurídica y privativamente la Corte Nacional de Justicia debe establecer los parámetros que conjuguen con este nuevo sistema dual de administración de justicia.

Para establecer un precedente jurisprudencial obligatorio o vinculante, se deben considerar los hechos y circunstancias de los casos reiterados, a fin de *"considerar la jurisprudencia como repositorio de experiencia*

[2] David, R. (1969). Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, trad. de Pedro Bravo Gala, p. 297-98. Madrid: Aguilar

basado en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces. La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional prima facie sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias [...]" [3], sobre un mismo y específico punto de derecho no previsto por el legislador en la norma jurídico positiva.

Por su parte, un precedente jurisprudencial referencial o indicativo atiende más a cuestiones jurídico conceptuales que a las analogías fácticas reiteradas del precedente vinculante, si bien en estos también el juzgador resuelve sobre hechos y circunstancias, al no ser estos reiterativos ni analógicos con el caso anterior, se relieva un tema o concepto común presente en el caso nuevo, que debidamente estructurado, argumentado y motivado bien puede ser a futuro un elemento conformante de jurisprudencia obligatoria.

3.1. Sistemas de interpretación de las normas:

Es verdad que todo texto normativo necesita ser "interpretado". Sin embargo, no podemos perder de vista que la actividad interpretativa se presenta como más problemática dependiendo de la dificultad que tenga desentrañar el sentido de la disposición, sobre todo, cuando se tiene que elegir entre las diversas normas que se pueden extraer de un mismo texto normativo; cuando el intérprete se encuentra con conceptos que tienen la función de atribuirle al derecho una capacidad de adaptación y variabilidad, dependiendo del tiempo y de las circunstancias; o cuando se presentan conceptos indeterminados que, en la mayoría de las veces, las leyes no los definen, por lo que su determinación depende, en gran parte, de la tradición jurídica o de la doctrina.

Esta elección y adscripción de significado implica un verdadero quehacer intelectual, una actividad desarrollada exclusivamente por el intérprete; él, como diría Betti, formula una norma y lo hace con su propia *"spontaneitá spirituale"* [4]. De ahí que se pueda asentar que una cosa es simplemente entender el contenido textual de la norma, y otra muy distinta la labor exegética del contenido valorativo de la misma. Lo anterior nos lleva a tener en cuenta el viejo aforismo latino *"in claris non fit interpretatio"* (donde hay claridad no es necesario interpretar) porque toda norma jurídica, incluyendo aquellas que parecen claras, para poder aplicarse tienen que ser previamente interpretadas.

Todo ello con el ánimo de determinar que la jurisdicción, en su conjunto, cuenta con una amplia variedad de técnicas hermenéuticas que le sirven para llevar a cabo la tarea de interpretar las disposiciones jurídicas que habrá de aplicar en su diario actuar. Entre los principales métodos de interpretación que se manejan podemos citar, el literal, lógico, histórico, sistemático, teleológico y empírico.

Para fundamentar el presente informe es necesario, aludir aunque sea brevemente, al método que podría servir para la interpretación de las normas que posteriormente se van a analizar:

Interpretación Sistemática.- Este método parte de la idea de que una norma no es un mandato aislado sino que se halla dentro de todo un sistema jurídico, por lo que siendo una parte de esa estructura, su significado debe descubrirse tomando en cuenta los principios inspiradores de la totalidad.

3.1.1. Consagración del derecho a recurrir en el derecho procesal penal ecuatoriano.

"En el sistema procesal penal ecuatoriano, el derecho a recurrir (en los términos establecidos por las convenciones internacionales de derechos humanos) fue durante mucho tiempo incumplido, debido a

[3] Pardo Carrero, G.A. (2009). *Análisis dinámico. Línea jurisprudencial. El derecho aduanero en el siglo XXI.* Argentina: Legis.
[4] Betti, E. (abril-junio 1965). "Di una teoria generale della interpretazione", Rivista Internacionale di Filosofia del Diritto, año XLIII, serie III, fasc. II, p. 236.

que hasta el Código de Procedimiento Penal, expedido mediante Suplemento del Registro Oficial No. 360, de 13 de enero del 2000, no existía recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia condenatoria dictada en los litigios iniciados mediante acción penal pública, por lo que el procesado se veía conminado a acoplar su impugnación al limitado recurso de casación, que solo trataba acerca de cuestiones de derecho, como lo deja ver el anterior artículo:

> "**Art. 349.-** El recurso de Casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia se hubiera violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente."

De la forma descrita, el recurso de casación, si bien no tenía admisibilidad, limitaba la revisión que podía hacer la Corte Nacional de Justicia, impidiendo una revisión integra de los hechos que dieron origen al litigio penal.

Es por estas circunstancias que el legislador ecuatoriano promulgó la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 555, del 24 de marzo del 2009, que introdujo cambios sustanciales al recurso de apelación, siendo la más importante de ellas, la que constaba en el artículo 343.2 de la ley adjetiva penal, que disponía la procedencia de dicho medio de impugnación para todas las sentencias que "[...] declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado."

En cuanto a los requisitos para que este reformado recurso de apelación, cumpliera con las garantías internacionales, se tiene que: a) La admisibilidad del recurso estaba simplemente sometida al término de presentación dentro de tres días, y a la constancia escrita y fundamentada del interés para recurrir del procesado, cuestión que no impedía el acceso a la apelación, debido a que no se establecían causales para su procedencia; y, b) Su clasificación como un recurso ordinario, permitía al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo la revisión fáctica y jurídica de la sentencia impugnada, inclusive, por así disponerlo el primer inciso del artículo 331 ibídem, se podía efectuar una revisión de la validez del procedimiento seguido hasta llegar al fallo recurrido.

El mismo esquema planteado, se ha mantenido en el Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, lo que se constata en los artículos 653 y 654 de su texto.

3.1.2. Limitaciones al objeto del recurso de casación, aplicadas según las normas del Código Orgánico Integral Penal

La expedición del Código Orgánico Integral Penal, ha generado un endurecimiento de las prohibiciones para revisar aspectos fácticos en sede de casación, lo cual se constata del texto del segundo inciso del artículo 656, *"No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba"*; en tal sentido, este órgano jurisdiccional, considera que no puede soslayar este ímpetu legislativo −ratificado por las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador−, sino que, por el contrario, debe encontrar una forma de coadyuvar en el cumplimiento de los fines que las precitadas limitaciones buscan, y que han sido descritas en el numeral que antecede.

La manera apropiada para coadyuvar al cumplimiento de los fines limitados de la casación penal, se da, mediante una correcta interpretación de las normas jurídicas que regulan la tramitación del medio de impugnación que nos ocupa, constantes en el nuevo Código Orgánico Integral Penal; para ello, se debe considerar el contenido de dichos mandatos normativos, para determinar cuándo se debe desechar las

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

peticiones de los recurrentes que busquen una alteración de los hechos fijados en la sentencia impugnada, así como la forma en la que tal negativa debe llevarse a efecto [...]".[5]

3.1.3. Cuadro comparativo de los Recursos de Apelación y Casación

El análisis de la ley se la debe hacer dentro de todo el contexto de manera integral, bajo esta premisa, al examinar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Integral Penal en cuanto a los recursos, se observa que el trámite de admisibilidad en el recurso de apelación es muy explícito, y que existe obscuridad en cuanto a la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación penal.

El punto de derecho en el que hay oscuridad, se encuentra relacionado con el numeral 2 del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, que con respecto al trámite del recurso de casación, estipula: *"El tribunal designado por sorteo dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones no hay recurso alguno."*

El sentido y alcance de la disposición legal, podría prestarse a equívocos, en relación con la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación penal y su posterior fundamentación en audiencia; lo cual ha dado lugar a que los diferentes tribunales de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, clarifiquen el tema a través de las resoluciones dictadas, reiterando el criterio de que la admisión o inadmisión de dicho recurso la hará el Tribunal designado por sorteo, a través de un auto definitivo con fuerza de sentencia.

4. SITUACIONES FÁCTICAS CONCRETAS Y REITERATIVAS SOBRE UN MISMO PUNTO DE DERECHO:

4.1. Determinación de los problemas jurídicos

Para una adecuada cimentación del precedente jurisprudencial y una mejor comprensión del mismo, se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos:

A) Previa a la tramitación del recurso de casación penal a través de audiencia, debe realizarse un análisis de admisibilidad o inadmisibilidad?
B) Cuáles son los cargos que resultan admisibles en casación penal ?
C) Solo en caso de ser admitido, se convocará a una audiencia de fundamentación del recurso de casación penal?

4.2. Argumentación y desarrollo de los problemas jurídicos

Con respecto al tópico jurídico motivo de análisis, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, esgrime en la mayoría de sus fallos, los siguientes argumentos que contestan los problemas jurídicos planteados:

A) Previa a la tramitación del recurso de casación penal a través de audiencia, debe realizarse un análisis de admisibilidad o inadmisibilidad?

- Que la Constitución de la República en sus Arts. 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

[5] Resolución 627-2015, dictada el 15 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso de Usurpación Nro. 212-2015; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, 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, de otras autoridades legítimas, y en el 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 ser motivadas. (Juicio Penal: Nro. 531-2015/ Nro. 357-2015/Nro. 362-2015 /Nro. 197-2015)

- Que La Constitución de la República en el artículo 168.6, señala que la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; y el Código Orgánico Integral Penal, aplicable a la presente causa, en el artículo 560.5, señala que el sistema procesal se fundamenta en el principio de oralidad, que se desarrolla a través de las audiencias, previstas en dicho código; indicándose que se reducirán a escrito: 1. La demanda y la acusación particular; 2. Las constancias de las actuaciones investigativas, los partes o informe periciales, las versiones, testimonios anticipados, testimonios con juramento y actas de otras diligencias; 3. Las actas de audiencias; 4. Los autos definitivos, siempre que no se dicten en audiencias y las sentencias; y, **5. La Interposición de recursos.** Con lo que se establece que la interposición de los recursos, necesariamente deben ser presentados por escrito. (Juicio Penal: Nro. 105-2015 / Nro. 1790-2014)

- Que el artículo 560.5 del Código Orgánico Integral Penal, al disponer que la interposición de los recursos debe constar por escrito, lleva a establecer que la casación debe ser propuesta de manera fundamentada por los sujetos procesales, con la finalidad de que la Corte Nacional de Justicia, pueda revisar si sus pedidos se adecúan al objeto reducido de estudio del medio de impugnación que nos ocupa –recurso de casación-, para admitirlo o no. (Juicio Penal Nro. 212-2015)

- Que este trámite está regido por el Código Orgánico Integral Penal, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014 y vigente en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014. El Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 589 señala únicamente para el procedimiento ordinario las siguientes etapas del proceso penal: 1.- Instrucción; 2.- Evaluación y preparatoria de juicio; y, 3.- Juicio; sin que consta en ellas la impugnación y los recursos como etapa del proceso, entre los que se encuentra el recursos de casación, el mismo que por su característica de extraordinario, debe ser presentado para su admisión en forma técnica, lo contrario llevaría a declarar su inadmisión. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015/Nro. 531-2015)

- Que el Código Orgánico Integral Penal al tratar sobre las impugnaciones, fija las reglas, señalando en el artículo 652.1, que las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables **solo en los casos y formas expresamente determinados en dicho Código**. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015 / Nro. 531-2015 /Nro. 357-2015/ Nro. 362-2015 /Nro. 197-2015)

- Que al tratar sobre la procedencia del recurso de casación, el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, indica en el primer inciso, que es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. Señalando expresamente, en el segundo inciso del artículo antes indicado que, ***"no serán admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba"***. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- De manera primigenia, para empezar el análisis o examen, se debe exteriorizar que las palabras utilizadas por el precitado artículo 656, para prohibir el análisis de pedidos tendientes a revisar los hechos, en sede de casación, son *"No serán **admisibles**"*, lo que hace referencia a un fase formal y previa en la tramitación de los recursos, en donde solo se observa la adecuación de los cargos concretos de quien recurre, al objeto de análisis del medio de impugnación escogido; según los parámetros impuestos por la norma jurídica que regula su tramitación, y sin analizar el fondo de las pretensiones esgrimidas; en concreto, la norma jurídica hace alusión a la **fase de admisión de los recursos.** (Juicio Penal: Nro. 212-2015)

- Que respecto al trámite que deba dársele al recurso de casación, el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, fija las reglas a las que deberán enmarcarse los sujetos procesales para su interposición; el mismo que deberá ser presentado dentro de los cinco días hábiles a partir de la notificación de la sentencia; señalando expresamente, en el numeral 2 del mismo artículo, que **de ser rechazado el recurso**, se ordenará su devolución a la o al juzgador de origen y de esta decisión, no hay recurso alguno; actividad que le corresponde al "tribunal designado por sorteo". (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

- Que el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, al determinar la forma de tramitación del recurso de casación, establece que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, puede devolver el recurso al tribunal de origen en dos momentos diferentes:

> "**Art. 657.-** El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales de acuerdo con las siguientes reglas:
>
> [...]
>
> 2.- El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. **De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen.** De estas decisiones no hay recurso alguno [...].
>
> 8.- **El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia.** [...]". (énfasis fuera del texto)

De lo que deviene, que el numeral 2, del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, determina, que luego de que el expediente hubiese sido enviado por el juez *ad quem* a la Corte Nacional de Justicia -lo cual consta en el numeral 1 de la misma norma-, debido a la interposición del recurso de casación, el precitado órgano jurisdiccional tiene la opción disyuntiva de:

a) Convocar a audiencia, dentro del plazo de tres días; o,

b) Rechazar el recurso y devolverlo al juzgador de origen, decisión que será tomada, al tenor del segundo inciso del artículo 656 *ibídem,* cuando los pedidos del recurrente sean tendientes a revisar los hechos del caso concreto, o a volver a valorar la prueba; y, por su parte, el artículo 657.8, establece que, luego de que la sentencia en la cual se resuelve el recurso hubiese sido notificada -lo cual consta en el numeral 7 del mismo artículo-, el proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia. (Juicio Penal Nro. 212-2015)

- Con lo que se establece que el Código Orgánico Integral Penal, respecto del recurso de casación, **permite la admisibilidad**, en el evento de que el recurrente cumpla con todas las exigencias de fondo y de forma; pero en el caso de que se incumplan dichos parámetros, al solicitarse en la interposición escrita, pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y/o nueva valoración

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de la prueba, se lo debe rechazar y ordenar su devolución al tribunal de origen. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

- Lo anterior, en la concepción de que el recurso de casación, en el sistema oral, es extraordinario, técnico y eminentemente formal, lo que deberá cuidar el tribunal juzgador, precisamente para garantizar las normas del debido proceso, debiendo en la argumentación del recurrente indicarse el sustento de derecho de su pretensión, para que ésta pueda ser conocida por la contraparte, con la debida anticipación, a fin de que prepare y produzca la contradicción en forma técnica, evitándose la sorpresa judicial o la improvisación, fomentando de esta forma la lealtad procesal. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

- Que por la formalidad del recurso de casación, se debe realizar un **análisis previo de admisibilidad o inadmisibilidad,** ya que según las normas del Código Orgánico Integral Penal, previo a su tramitación, existe en primer orden la admisibilidad del recurso de casación, de cuya decisión dependerá su procedencia o rechazo. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

B) Cuáles son los cargos que resultan admisibles en casación penal?

- Que sobre la base de lo señalado deviene que un cargo de casación penal resulta admisible, sólo cuando contiene un tema exclusivamente jurídico que se pide analizar a la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; por lo tanto, para que aquello ocurra, el casacionista debe mencionar, en su escrito de interposición; para que sea admitido el recurso:

  Una norma jurídica específica que considere vulnerada en el fallo impugnado; lo cual excluye la mención genérica del cuerpo de normas que contiene la disposición concreta, o la utilización de una disposición jurídica que contiene varios numerales o literales con diversos contenidos, sin determinar cuál de ellos se considera vulnerado.

  Una causal específica de aquellas contenidas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal (principio de taxatividad); tomando en consideración que no se pueden presentar, sobre una misma norma jurídica, dos o más de ellas.

  Para efectos de este requisito, se debe determinar el contenido de las causales de la siguiente forma: ***a)*** *Contravención expresa*; la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos que ha considerado probados, tras la valoración de la prueba, guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; ***b)*** *Indebida aplicación*; que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que los hechos que ha considerado probados tras la valoración de la prueba, no guardan identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa; ***c)*** *Errónea Interpretación*; que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

  La argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación; lo cual se logrará al: **a)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; **b)** Confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, **c)** Explicar la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Ahora bien, por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que, con el fin de posibilitar el análisis de admisibilidad del respectivo Tribunal de Casación, cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (principio de autonomía); así también, debe considerar que cualquier cargo -que de forma directa o indirecta-, tenga como finalidad alterar el relato de los hechos litigiosos que se han considerado probados en la sentencia impugnada, implicará una inmediata vulneración del inciso segundo, del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, sancionable con la inadmisión del cargo respectivo. (Juicio Penal: Nro. 212-2015)

C) Solo en caso de ser admitido, ¿se convocará a una audiencia de fundamentación del recurso de casación penal?

Término previsto en el numeral 2 del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal. Si es admitido se deberá convocar a la audiencia oral, pública (si fuera del caso) y de contradictorio, dentro del plazo de tres días, para que el recurrente fundamente el recurso, dentro de los cinco días contados desde la convocatoria, luego de lo cual se emitirá pronunciamiento con la decisión oral y luego la sentencia escrita que corresponda; de manera que si se lo declara procedente, se enmendará la violación a la ley; pero en el evento de estimarlo improcedente, así se lo declarará conforme al artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

Respecto a la casación de oficio, solo podrá ser aplicada por el Tribunal, luego de realizada la audiencia oral de fundamentación del recurso, siempre que se establezca por parte de los juzgadores, la existencia de la violación a la ley, aunque la fundamentación fuere errada. (Juicio Penal: Nro. 1790-2014 / Nro. 105-2015)

Sobre la base de todo lo expuesto, se determina la siguiente situación fáctica concreta y reiterativa sobre un mismo punto de derecho:

» RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, DE ESTA DECLARATORIA NO HABRÁ RECURSO ALGUNO.

5. INFORME:

RESOLUCIONES:	
1) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Juicio Nro. 197-2015 (admisión), dictado el 4 de marzo del 2015, a las 08h05, en el proceso de tenencia y porte de armas sin autorización; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

	• RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(...) Con respecto al trámite del recurso, el artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal dispone que, de cumplirse con lo previsto en el artículo 656, se fijará audiencia dentro del plazo de tres días hábiles, el que se sustanciará y se resolverá en audiencia de fundamentación, que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria (Art. 657.3)(...)"*
2) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 507-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 11h00, en el proceso de asociación ilícita Nro. 357-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctores Luis Enríquez Villacrés y Edgar Flores Mier (voto salvado), Juez y Conjuez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. • RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(…) La falta de fundamentación de la materia del recurso conforme una de las causales indicadas, o sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, o de nueva valoración de prueba, son causas para inadmitirlo o rechazarlo (Art. 656 inc.2), actividad que le corresponde al "tribunal designado por sorteo" (Art. 657.2) (…)"*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

3) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 475-2015, dictada el 27 de marzo del 2015, a las 08h30, en el proceso de lesiones Nro. 362-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. • RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(...)Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley, y el escrito que contenga el recurso de casación deberá estar sustentado en una de las causales previstas para su procedencia conforme al artículo 656, inciso primero, del Código Orgánico Integral Penal ... La falta de fundamentación, de la materia del recurso, conforme una de las causales indicadas, o sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, o de nueva valoración de prueba, son causas para inadmitirlo o rechazarlo (Art. 656 inc.2), actividad que le corresponde al "tribunal designado por sorteo" (Art. 657.2) (...)"*
4) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 581-2015, dictada el 30 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso de abuso sexual Nro. 531-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito • RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

	"(...)Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley, y el escrito que contenga el recurso de casación deberá estar sustentado en una de las causales previstas para su procedencia conforme al artículo 656, inciso primero, del Código Orgánico Integral Penal ... La falta de fundamentación, de la materia del recurso, conforme una de las causales indicadas, o sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, o de nueva valoración de prueba, son causas para inadmitirlo o rechazarlo (Art. 656 inc.2), actividad que le corresponde al "tribunal designado por sorteo" (Art. 657.2) (...)"
5) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 407-2015, dictada el 24 de marzo del 2015, a las 16h55, en el proceso de daño a bien ajeno Nro. 105-2015; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, y doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. • RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(...)Por la formalidad del recurso de casación, se debe realizar un análisis previo de admisibilidad o inadmisibilidad, ya que según las normas del Código Orgánico Integral Penal, previo a su tramitación, existe en primer orden la admisibilidad del recurso de casación, de cuya decisión dependerá su procedencia o rechazo; ya que si es admitido se deberá convocar a la audiencia oral, pública (si fuere del caso) y contradictoria para que el recurrente fundamente el recurso, luego de lo cual se emitirá pronunciamiento con la decisión oral y luego la sentencia escrita que corresponda; de manera que si se lo declara procedente, se enmendará la violación a la ley; pero en el evento de estimarlo improcedente, así se lo declarará conforme el artículo 657.5 del CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Respecto a la casación de oficio, sólo podrá ser aplicada por el Tribunal, luego de realizada la audiencia oral de fundamentación del recurso, siempre que se establezca por parte de los juzgadores, la existencia de la violación a la ley, aunque la fundamentación fuere errada; es decir, luego de que el recurso haya sido planteado correctamente, se lo haya admitido a trámite y se realice la audiencia respectiva (...)"*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

6) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 430-2015, dictada el 09 de abril del 2015, a las 08h20, en el proceso de hurto en el grado de tentativa Nro. 1790-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. • RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(…)Por la formalidad del recurso de casación, se debe realizar un análisis previo de admisibilidad o inadmisibilidad, ya que según las normas del Código Orgánico Integral Penal, previo a su tramitación, existe en primer orden la admisibilidad del recurso de casación, de cuya decisión dependerá su procedencia o rechazo; ya que si es admitido se deberá convocar a la audiencia oral, pública (si fuere del caso) y contradictoria para que el recurrente fundamente el recurso, luego de lo cual se emitirá pronunciamiento con la decisión oral y luego la sentencia escrita que corresponda; de manera que si se lo declara procedente, se enmendará la violación a la ley; pero en el evento de estimarlo improcedente, así se lo declarará conforme el artículo 657.5 del CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Respecto a la casación de oficio, sólo podrá ser aplicada por el Tribunal, luego de realizada la audiencia oral de fundamentación del recurso, siempre que se establezca por parte de los juzgadores, la existencia de la violación a la ley, aunque la fundamentación fuere errada; es decir, luego de que el recurso haya sido planteado correctamente, se lo haya admitido a trámite y se realice la audiencia respectiva(…)"*
7) **TEMA:** **RATIO DECIDENDI:**	Resolución 627-2015, dictada el 15 de mayo del 2015, a las 08h30, en el proceso de Usurpación Nro. 212-2015; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, y doctores Sylvia Sánchez Insuasti y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

	• RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. *"(...) 4.4.1. De manera primigenia, para empezar el análisis o examen, se debe exteriorizar que las palabras utilizadas por el precitado artículo 656, para prohibir el análisis de pedidos tendientes a revisar los hechos, en sede de casación, son "No serán admisibles", lo que hace referencia a un fase formal y previa en la tramitación de los recursos, en donde solo se observa la adecuación de los cargos concretos de quien recurre, al objeto de análisis del medio de impugnación escogido; según los parámetros impuestos por la norma jurídica que regula su tramitación, y sin analizar el fondo de las pretensiones esgrimidas; en concreto, la norma jurídica hace alusión a la fase de admisión de los recursos. (...)* *4.4.3. El artículo 560.5 del Código Orgánico Integral Penal, al disponer que la interposición de los recursos debe constar por escrito, lleva a establecer que la casación debe ser propuesta de manera fundamentada por los sujetos procesales, con la finalidad de que la Corte Nacional de Justicia, pueda revisar si sus pedidos se adecúan al objeto reducido de estudio del medio de impugnación que nos ocupa –recurso de casación-, para admitirlo o no. (...)* *Ahora bien, por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que, con el fin de posibilitar el análisis de admisibilidad del respectivo Tribunal de Casación, cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (principio de autonomía); así también, debe considerar que cualquier cargo -que de forma directa o indirecta-, tenga como finalidad alterar el relato de los hechos litigiosos que se han considerado probados en la sentencia impugnada, implicará una inmediata vulneración del inciso segundo, del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, sancionable con la inadmisión del cargo respectivo (...)".*

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

1. Se han presentado autos con fuerza de sentencia, que contienen criterios de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho en relación con las situaciones fácticas concretas y reiterativas específicas, que responden a los problemas jurídicos planteados:

- RECIBIDO EL RECURSO DE CASACIÓN, EN LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DESIGNADO POR SORTEO, DETERMINAR SI EL ESCRITO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ARTÍCULO 657.2, EN CASO DE CUMPLIRLOS SE CONVOCARÁ A AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, CASO CONTRARIO, DECLARADA LA INADMISIBILIDAD SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

2. Con los que se establece, que el Código Orgánico Integral Penal, respecto del recurso de casación, permite la admisibilidad, en el evento de que el recurrente cumpla con todas las exigencias de fondo y de forma; pero en el caso de que se incumplan dichos parámetros, al solicitarse en la interposición escrita, pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y/o nueva valoración de la prueba, se lo deberá inadmitir y ordenar su devolución al tribunal de origen.

3. Lo anterior, en la concepción de que el recurso de casación, en el sistema oral, es extraordinario, técnico y eminentemente formal, lo que deberá cuidar el tribunal juzgador, precisamente para garantizar las normas del debido proceso, debiendo en la argumentación del recurrente indicarse el sustento de derecho de su pretensión, para que ésta pueda ser conocida por la contraparte, con la debida anticipación, a fin de que prepare y produzca la contradicción en forma técnica, evitándose la sorpresa judicial o la improvisación, fomentando de esta forma la lealtad procesal.

4. La fase de admisión, constituye una auténtica criba en elevado porcentaje de los recursos formulados, persigue ante todo aliviar al Alto Tribunal del conocimiento de aquellos incursos en las causas legalmente previstas. Reducir el número de los que ameritan ser estimados o desestimados en sentencia es el fin. Por tanto, la inadmisión debe ser acordada, mediante auto debidamente motivado, contra el que no cabe recurso alguno. Admitido el recurso de casación, se señalará día para audiencia pública, donde el recurrente fundamentará oralmente su pretensión.

5. Por todo lo anteriormente analizado, se recomienda al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedir una resolución motivada, declarativa de jurisprudencia obligatoria por triple reiteración de fallos, sobre la base del punto de derecho concordante expuesto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, ESTÁ LEGITIMADA PARA PROPONER EL RECURSO DE CASACIÓN, LA PARTE QUE HAYA RECIBIDO AGRAVIO EN LA SENTENCIA O AUTO. NO SE REQUERIRÁ DE LA COMPARECENCIA O DELEGACIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, PARA LOS CASOS EN QUE EL RECURRENTE SEA EL AUTOR DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO, LA MÁXIMA AUTORIDAD O EL REPRESENTANTE LEGAL DE RESPECTIVA ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO

RESOLUCIÓN Nro. 11-2015
R.O. 566, de 17 de agosto de 2015
Fe de erratas Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 639, de 1 de diciembre de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses y que en ningún caso quedará en indefensión; y, el artículo 76.7 literal m) de la Carta Magna establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluye el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos;

Que el artículo 24 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que la demanda se podrá proponer contra *"El órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniere el acto o disposición a que se refiere el recurso"*; y, artículo 304.1 del Código Orgánico General de Procesos ([1]) establece que la demanda se podrá proponer contra la autoridad de las instituciones y entidades del sector público de quien provenga el acto o disposición a que se refiere la demanda;

Que el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, al regular las citaciones y notificaciones que obligatoriamente deben realizarse al Procurador General del Estado o a su delegado en toda demanda o procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, en su inciso final dispone que *"La intervención del Procurador General del Estado o su delegado, no limita ni excluye las obligaciones de las máximas autoridades y representantes legales de los organismos y entidades del sector público, para presentar demandas o contestarlas e interponer los recursos que procedan conforme a la ley"*;

Que el artículo 4 de la Ley de Casación y el artículo 277 del Código Orgánico General de Procesos determinan que *"El recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto"*;

Que el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus incisos segundo y tercero, establecen que las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes;

[1] El COGEP se encuentra en vacatio legis y entrará en plena vigencia el 22 de mayo de 2016.

Que es necesario lograr una aplicación uniforme de la ley respecto a la admisión a trámite de los recursos de casación en materia contencioso administrativa, cuando los recurrentes sean las instituciones o entidades del sector público, sin la intervención de la Procuraduría General del Estado; y,

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 180. 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el literal i) del numeral 1.1 del artículo 1 del Anexo No. 3 del Estatuto de Gestión Organizacional por Procesos que incluye el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva de la Corte Nacional de Justicia.

RESUELVE:

Art. 1.- En materia contencioso administrativa, está legitimada para proponer el recurso de casación, la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No se requerirá de la comparecencia o delegación del Procurador General del Estado, para los casos en que el recurrente sea el autor del acto administrativo impugnado, la máxima autoridad o el representante legal de respectiva la institución o entidad del sector público.

Art. 2.- Esta Resolución es de aplicación obligatoria a partir de su publicación en el Registro Oficial, en consecuencia sus disposiciones no inciden ni alteran las causas anteriores.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintidós días del mes de julio de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (V.C.), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia (V.C.), Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez (V.C.), Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dra. Rosa Alvarez Ulloa, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

AL TRATARSE DE LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS CONTENIDAS EN EL ART. 220.1 DEL COIP, LA PERSONA QUE CON UN ACTO INCURRA EN UNO O MÁS VERBOS RECTORES, CON SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICAS O PREPARADOS QUE LAS CONTENGAN, DISTINTOS Y EN CANTIDADES IGUALES O DIFERENTES, SERÁ SANCIONADA CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD ACUMULADA SEGÚN SEA LA SUSTANCIA PSICOTRÓPICA O ESTUPEFACIENTE, O PREPARADO QUE LA CONTENGA, Y SU CANTIDAD; PENA, QUE NO EXCEDERÁ DEL MÁXIMO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 55 DEL COIP

RESOLUCIÓN Nro. 12-2015
Suplemento del Registro Oficial Nro. 592 de 22 de septiembre de 2015

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

I. RELEVANCIA

1. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está facultada a declarar a partir de criterios expuestos de manera reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, lo que se conoce como "stare decisis" —estar a lo decidido—, máxima jurídica de aplicación general en los modelos de derecho occidental.

2. Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar los derechos al debido proceso[1], a la igualdad[2], a la seguridad jurídica[3], derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos de origen internacional, el Código Orgánico Integral Penal, y sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74: "El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado 'debido proceso legal' o 'derecho de defensa procesal', que consisten en el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera."

[2] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79: "Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. [...]".

[3] El respeto al principio de legalidad es expresión del derecho a la seguridad jurídica. La Corte IDH, en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, párr.. 69 y 70; ha dicho: "69. [...] los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad. 70. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal. [...]".

3. Esta facultad conferida a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador expresa su naturaleza como máximo órgano de administración de justicia ordinaria, al ejercer esta atribución y crear precedentes jurisprudenciales emite una decisión con fuerza vinculante, que debe ser acatada por otros órganos de justicia.

4. La Constitución de la República del Ecuador no determina si los precedentes jurisprudenciales son de hecho y/o con referencia al Derecho. Los primeros son referidos a casos no previstos en la ley sobre los cuales ocurre una creación de norma, de allí la denominación "derecho precedente". Los segundos se refieren a casos en que se establece la inteligencia de la ley. Ambos son fuentes del Derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a los precedentes de Derecho.

5. El presente instrumento tiene como finalidad establecer una norma generalmente obligatoria respecto de la aplicación de las sanciones privativas de libertad a personas cuya responsabilidad sea declarada por incurrir en oferta, almacenamiento, intermediación, distribución, compra, venta, envío, transporte, comercialización, importación, exportación, tenencia, posesión o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas o preparados que las contengan, cuando se trata de más de una sustancia estupefaciente, psicotrópica o preparado que las contengan, y en distintas cantidades; según la tipificación contenida en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1.

II. ANTECEDENTES

6. *Publicación y vigencia del Código Orgánico Integral Penal.* La Ley que contiene al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad desde el 10 de agosto del mismo año, omite cómo entender la combinación fáctica entre sustancias y cantidades de estupefacientes, sicotrópicas y preparados que las contengan, a efecto de fijar su punición, por lo que en fechas 14 de julio de 2014 y 14 de septiembre de 2015, se publicaron en los Segundos Suplementos de los Registros Oficiales Nro. 288 y Nro. 586, por parte del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala; así como su reforma.

Esto en cumplimiento a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal en la Disposición Transitoria Décimo Quinta.

Sin embargo, la aplicación punitiva de las escalas que prevé el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 220.1 y las tablas indicadas, no está resuelta, correspondiendo a las y los jueces tal actividad, tomando en cuenta los principios de competencia, independencia, imparcialidad, constitucionalidad, debido proceso, proporcionalidad, entre otros.

7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través de varios tribunales, en distintas causas llevadas a su resolución por recursos de casación y de revisión, ha decidido que la sanción es acumulativa, con el límite que prevé el Código Orgánico Integral Penal.

8. Los casos son:

a) Resolución Nro. 1140-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 06 de agosto de 2015, las 08h10, en el proceso Nro. 0385-2014, por recurso de casación.

   Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

b) Resolución Nro. 1211-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 25 de agosto de 2015, las 12h05, en el proceso Nro. 396-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente.

c) Resolución Nro. 1223-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 27 de julio de 2015, las 08h00, en el proceso Nro. 0598-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional.

d) Resolución Nro. 1255-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 10h00, en el proceso Nro. 1962-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

e) Resolución Nro. 1256-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 08h15, en el proceso Nro. 1133-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional.

III. COMPETENCIA

9. A la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por facultad constitucional, prevista en el artículo 184.2, le corresponde "Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración."

10. Según el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador:

> "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
>
> La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala."

11. El artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador le corresponde:

> "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración […]"

12. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988, en su artículo 3.4.a) señala que:

> "Artículo 3
>
> DELITOS Y SANCIONES
>
> […]
>
> 4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso."

13. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia Nro. 001-12-SCN-CC de 05 de enero del 2012, dictada en el caso Nro. 0023-09-CN, definió al narcotráfico como delito de lesa humanidad:

> "Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia Nro. 002-10-SCN-CC del 14 de febrero del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 159 del 26 de marzo del 2010, replicada en la Sentencia Nro. 028-10-SCN-CC del 14 de octubre del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 319 del 12 de noviembre del 2010, ha señalado sobre el tema que: 'delitos de narcotráfico, que por sus connotaciones negativas han sido catalogados como delitos de lesa humanidad, lo cual ha promovido a nivel internacional la adopción de medidas jurídicas, entre otras, con el fin de evitar en alguna medida su propagación. Esto precisamente, exige de la Corte Constitucional, en salvaguarda del interés general y el buen vivir que establece en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador... El CONSEP, a través de su Secretario Ejecutivo, a propósito del narcotráfico, ha expresado que: '...la organización delictiva del narcotráfico entre otros efectos negativos, genera grandes rendimientos financieros y fortunas ilegítimas, cuyos tentáculos son casi incontrolables y no respetan gobiernos, constituciones, convenciones, tratados, leyes, ideologías ni principios sociales, permitiéndose contaminar y corromper las estructuras del Estado...' (...) En definitiva, es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico...'." **[Sic]**

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Marco jurídico que fundamenta al precedente

14. El artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador, ya trascrito.

15. Respecto a los precedentes jurisprudenciales, el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

> "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
>
> La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la

> triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.
>
> La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.
>
> Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada."

16. En las sentencias expuestas, los tribunales mencionados han decidido de modo reiterativo y coincidente, en los sustancial, que en los casos descritos en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la construcción del tipo penal y su punición resulta de la combinación: acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización, y la cantidad de la sustancia, lo que exige sumar la pena adecuada a cada acto, sustancia y cantidad, hasta el límite máximo previsto en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal:

> "**Art. 55.- Acumulación de penas.-** La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.
>
> Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta."

Determinación de los problemas jurídicos

17. Para la adecuada construcción del precedente jurisprudencial y mejor comprensión del mismo, se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos:

a) Diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y de concurso ideal de infracciones;

b) Establecer la idoneidad del tipo penal para acumular la punición, y garantizar la proporcionalidad de la pena.

Argumentación y desarrollo de los problemas jurídicos

18. La construcción del tipo delictivo, al tratarse de las conductas descritas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, nos lleva a plantearnos la posibilidad de que una o unas personas se encuentran en situación de incurrir en un solo verbo rector del tipo penal, pero con respecto a dos o más sustancias catalogadas como sujetas a fiscalización, y en las mismas o en distintas cantidades.

19. Para ejemplificar: A es encontrado en tenencia, sin autorización, de marihuana en 10.000 gramos, de clorhidrato de cocaína en 5.000 gramos, de pasta base de cocaína en 2.000 gramos; y, de heroína 20 gramos. Mientras que B es encontrado teniendo, sin autorización, 21 gramos de heroína.

Para ubicar el caso A, en la legislación vigente diríamos que aplica el siguiente cuadro:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VERBO RECTOR	SUSTANCIA SUJETA A FISCALIZACIÓN	CANTIDAD	ESCALA	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN AÑOS
TENER (sin autorización)	Heroína	20 gramos	Alta escala	5-7
	Pasta base de cocaína	2.000 gramos	Alta escala	5-7
	Clorhidrato de cocaína	5.000 gramos	Alta escala	5-7
	Marihuana	10.000 gramos	Alta escala	5-7

Para ubicar el caso de B en la legislación vigente, diríamos que aplica el siguiente cuadro:

VERBO RECTOR	SUSTANCIA SUJETA A FISCALIZACIÓN	CANTIDAD	ESCALA	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN AÑOS
TENER (sin autorización)	Heroína	21 gramos	Gran escala	10-13

20. El problema que se plantea es cómo considerar al caso de A y como al caso de B; y, elaborar su punición adecuada.

21. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el debido proceso, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) expuso:

> "144. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado.
>
> 145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.

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:

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 [...]"[4].

[4] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

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"[5].

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 [...]"[6].

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 [...]"[7]. 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 [...]"[8].

22. La ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia Nro. 006-12-SCN-CC, dictada el 19 de enero del 2012, en el caso 0015-11-CN sobre la proporcionalidad en las penas, al tratarse de los delitos de drogas, menciona lo siguiente:

> "Este principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad en el viejo aforismo latino del *'nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege',* es decir que la infracción y la pena deben estar previamente establecidas en la ley [...] Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio pro legislatore".

23. Ubicar a la situación de A, con fines punitivos, como la de quien ha cometido el delito de poseer varios tipos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en cantidades correspondientes a alta escala y aplicarle pena privativa de libertad por 7 años, sería ignorar el contenido del tipo penal, dejar sin sustento legal a la diferenciación entre sustancias, sus cantidades, y la complejidad del acto para así imponer la pena.

24. Frente a esto, ubicar a la situación de B, con fines punitivos, como la de alguien que ha cometido el delito de poseer sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en gran escala, y aplicarle pena privativa de libertad por 10 años, como si su acto fuere más dañoso que el de A, sería ignorar deliberadamente la

---

[5] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[6] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.
[7] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.
[8] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

capacidad de daño que puede cometer la actividad de A y la de B, así como, no haber avanzado en materia de garantías, particularmente en lo ateniente a la proporcionalidad de la pena, algo que sustenta Código Orgánico Integral Penal cuando, en su exposición de motivos, se basa en que:

> **"3. Constitucionalización del derecho penal**
>
> El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.
>
> El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.
>
> Además, la Constitución en su artículo 78 incorpora la figura de la reparación integral. Para ello se integran algunas instituciones, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces."[9] (el subrayado nos corresponde)

25. Dicho en resumen, resulta ilógico y contra la intención de la norma que conociendo la magnitud de la violencia y otros efectos que contiene la actividad ilícita, ilegal de producción y negociación de drogas, y su potencialidad contra el derecho a la salud, a quien, se encuentre en el caso de A, en las partes en la cantidad del ejemplo se le puna con 7 años (sin entrar analizar posibles atenuantes que bajarían la pena a 40 meses) y, a quien se encuentre en el caso de B se le puna con 13 años (sin entrar a considerar posibles agravantes que podría elevarse a 17 años y seis meses).

26. Entonces, debe encontrarse la solución "coherente entre el grado de un derecho y la gravedad de la pena" […] "con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces, la que busca el sentido de la construcción del tipo." Como dice la exposición antes trascrita.

A) El concurso real de infracciones y el concurso ideal de infracciones

27. Resulta menester referirnos a los temas doctrinariamente conocidos como "el concurso de delitos", a efecto de determinar a qué situación corresponden casos como el presente, atendiendo el diseño normativo verificado a partir del Código Orgánico Integral Penal.

28. Cuando a una persona le son imputables "varios delitos" que han de juzgarse en un mismo proceso se suscita una serie de cuestiones que la doctrina las ha reunido bajo este nombre "concurso de delitos".

El interés practico y/o medular del tema en cuestión, estriba, sobre todo, en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito; para lo cual, se presentan o son posibles varias hipótesis a saber: i) Que cada una de las infracciones realizadas se punen por separado; acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación); ii) Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave; haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación); iii) Que se condene a la pena del delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de

[9] Exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, de lunes 10 de febrero de 2014,

absorción); y, iv) Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independiente del número de éstos y de la forma en que ocurren (principio de la pena unitaria).

29. Para adoptar cualquiera de estos sistemas, las legislaciones punitivas distinguen, ya sea, que las diversas infracciones hayan sido realizadas mediante una sola acción, o que se hayan producido por una pluralidad de acciones; o, existan diversos delitos; precisamente, de esta distinción resulta que el presupuesto ineludible de la teoría del concurso de delitos es la determinación de cuándo estamos ante una sola acción, o delito; y, cuándo ante una pluralidad de estas o estos; en este sentido, los criterios anotados para hacerlo son de diferente naturaleza, por ejemplo el plan del autor, el número de resultados antijurídicos producidos o de tipos penales realizados, estar al sentido del correspondiente tipo penal que ofrece lo que debe entenderse por unidad de acción, etc; según el cual se estará ante un único hecho, cuando sea único también el acto de voluntad; o cuando se está ante uno o diversos delitos, entendidos, como tipos penales autónomos e independientes.

30. Concurso ideal o formal

Con base en la unidad de acción, así determinada, pueden abordarse las cuestiones que plantea el que una sola acción del sujeto activo del delito produzca dos o más infracciones penales (concurso ideal o formal); y el que varias acciones del mismo autor constituyan varios delitos (concurso real); empero, hay veces, que por configuración legal, varias acciones distintas del sujeto constituyen un solo delito, y su problemática se incorpora, también, doctrinariamente en la teoría del concurso[10]."

31. Muñoz Conde[11], considera al concurso ideal:

> "3. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO IDEAL)
>
> Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.
>
> Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que cuando esa misma acción realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción valora plenamente el suceso, si bien, luego, la pena total resultante de la aplicación de todos los tipos delictivos se limita con ayuda ciertos criterios a los que después aludiremos.
>
> Precisamente, la diferencia, entre el concurso ideal y el concurso de leyes (infra 6), consiste en que en el concurso de leyes, aparentemente, son aplicables diversos preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con ciertas limitaciones respecto a la pena total aplicable. Sin embargo, las diferencias entre uno y otro concurso no son fáciles de tratar dependiendo la configuración del tipo delictivo el que un mismo hecho (por ej. Falsedad documental) puede estar en concurso (ideal) de

[10] Corte Nacional del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal proceso 333-2014- GT, recurso de casación la Fiscalía contra el ciudadano Edison Ricardo Alencastro Lagla.
[11] MUÑOZ CONDE Francisco: GARCÍA ARÁN Mercedes; Derecho Penal Parte General, Valencia; Edita Tirant lo Blanch; 2010. Pág. 466, 467.

delitos o de leyes con otro (por Ej., estafa) si se trata de un documento privado, su falsificación solo es punible si se hace para perjudicar a otro (art. 395) l que a su vez constituye ya un delito de estafa (art.248): si se trata de un documento público su falsificación, (arts. 390, 392) es siempre delito, haya o no perjuicio de tercero, perjuicio que si se produce y constituye estafa se castigará conforme a las reglas del concurso junto al delito de falsedad (cfr. Infra).

Supuesto de hecho. El concurso ideal se regula en el art. 77,1 del Código Penal y se da <<en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones>>. Ejemplo: el funcionario de correos que se apodera del contenido de un sobre (dos delitos: infidelidad en la custodia de documentos y hurto); el puñetazo en la cara a una autoridad cuando se halle ejecutando las funciones de su cargo (lesiones y atentado).

Problema básico para la aplicación de este precepto es de establecer lo que se entiende por <<un solo hecho>>. La unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto de concurso ideal tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos (<< dos o más infracciones>>), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos.

A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (quod actiones, tot crimina), ya que entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido. Sin embargo la dificultad de fijar cuando hay un solo hecho o una sola acción y cuando varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una u otra modalidad concursal."

32. Claus Roxin[12] plantea:

"III. La unidad de hecho (concurso ideal)

1. La estructura básica del concurso ideal

El concurso ideal se presenta según el § 52, como ya se explicó (nm.2), en las formas de unidad de hecho heterogénea. La jurisprudencia y la doc. Absolutamente dom. Lo entienden de tal modo que una acción en el sentido expuesto (nm.10 ss.) ha de haber tenido como consecuencia diferentes realizaciones de tipos. En el supuesto más sencillo las acciones de ejecución son idénticas en su totalidad; así ocurre en el ejemplo ya empleado del arrojamiento de una piedra (nm.2), el cual tiene como consecuencia tanto una daño material como también unas lesiones. Pero es suficiente también que las acciones de ejecución de las distintas realizaciones típicas se superpongan parcialmente (en detalle nm. 81ss.): Si una estafa (§ 263) se comete engañando el autor con la ayuda de un documento falsificado por él, la estafa y la falsedad documental sólo coinciden en un acto de acción, que en la estafa cumple el elemento típico del engaño y en falsedad documental el elemento del hacer uso. El resto de los elementos del tipo no se cumplen uno actu. Y a pesar de ello, existe concurso ideal."

[12] CLAUS Roxin Derecho Penal Parte General, Tomo II. <Especiales formas de aparición del delito> España; Civitas Ediciones.; 2014 Pág. 963.

33. La esencia del concurso ideal formal de delitos es una acción, o unidad de acciones, con capacidad para adecuarse a las descripciones de varios tipos.

En el caso que hemos ejemplificado, la actividad de A, es una actuación pero no trasgrede a varios tipos penales. Pues se adecua a uno solo.

En consecuencia no nos encontramos ante un concurso ideal o formal de delitos.

34. Sobre el concurso real de delitos, los autores antes mencionados, dicen:

Muñoz Conde[13]:

> "4. PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO REAL)
>
> En el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación. Pero este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica. Así, por ejemplo, un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad, superior incluso a la de un homicida o violador. Por otra parte incluso en los delitos graves hay unos límites máximos que no deben sobrepasarse. De lo contrario, llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de cárcel, multas de cuantías exorbitantes, etc., de imposible cumplimiento. Es, por ello, lógico que arbitren determinados criterios, con los que, combinando los diversos principios antes citados, se llegue a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos y a su posible cumplimiento efectivo. Estos criterios serán expuestos, por tanto, en el capítulo XXXI"

Claus Roxin[14] menciona:

> "IV. La pluralidad de hechos (concurso real)
>
> 1. ¿Qué es el concurso real?
>
> Existe concurso real cuando una pluralidad de hechos punibles se juzga en el mismo procedimiento (§ 53 I) o se somete a una posterior formación de una pena global o conjunta (§ 55 StGB, 460 StPO). Dado que el concepto de unidad de hecho (§ 52 I) ya se ha aclarado e ilustrado en detalles (supra III, nm.70 ss.), el concepto de pluralidad de hechos se interpreta por sí mismo: todas las acciones sometidas a una condena independiente, que no están en concurso ideal y que son susceptibles de formación de una pena conjunta o global, están en concurso real, Por tanto, la delimitación de unidad de acción y pluralidad de acciones (supranm.10 ss.) aclara ya qué significa haber cometido varios hechos punibles.
>
> Existe- paralelamente a la distinción en el concurso ideal, nm.2- un concurso real heterogéneo y uno homogéneo. El concurso real heterogéneo se da cuando alguien mediante múltiples acciones comete delitos diversos (por ejemplo hoy un hurto y

[13] Ibídem; Pág. 468
[14] bídem, Pág. 981.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

> mañana una estafa), y el homogéneo, cuando alguien mediante múltiples acciones realiza varias veces el mismo tipo delictivo (por ejemplo, causando lesiones a varias personas consecutivamente).
>
> Mientras que los concursos se encuentran ya como tales en el límite entre la dogmática jurídico penal y la mediación de la pena (nm.6), en el concurso real se añade todavía un elemento jurídico- procesal más porque esta forma de concurso requiere básicamente el enjuiciamiento de los múltiples hechos en el mismo procedimiento (§ 53 I). No obstante, mediante la posibilidad de formación posterior de una pena conjunta o global (§ 55 Stgb, 460 StPO) esto se relativiza sustancialmente."

35. El Código Orgánico Integral Penal define a los concursos ideal y al real, así:

> "**Artículo. 20.-** Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.

"Se está en presencia de delitos autónomos cuando los elementos integrantes de cada uno, son distintos; es decir, no existen elementos de juicio que autoricen a sostener que en la causa penal se advierten tipos subordinados o complementados, o ilícitos que por su composición descriptiva no pueden coexistir.[15]"

La noción de delito autónomo alude "a aquella clase de delitos que se caracterizan por su independencia en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presentaría, en principio, alguna vinculación."[16]

> **Artículo. 21.-** Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave."

36. Nuestra legislación, del Código Orgánico Integral Penal, no define a los delitos autónomos, pero se refiere a ellos, no solo en la acumulación real, sino en casos específicos como el lavado de activos (Art.317).

Para el ejemplo y el caso real, al no contar con delitos (actos) autónomos unos de otros, no podemos decir que estamos ante un concurso real.

37. La consecuencia de determinar si nos encontramos ante un concurso real o un concurso ideal de delitos, es la pena, como se lee en las reglas generales.

El Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a los "Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", describe a los verbos, sustancias y cantidades que ya se trascribieron.

Tipificación que, por envío, se complementa con la Disposición Transitoria Décima quinta del Código Orgánico Integral Penal; ya trascrita, lo que permite sostener su constitucionalidad y no afectación al derecho a la seguridad jurídica[17].

---

[15] http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/909/909198.pdf; Consultado el viernes 20 de abril de 2015, a propósito de otro trabajo.
[16] http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf; Consultado el viernes 20 de abril de 2015, a propósito de otro trabajo.
[17] Constitución de la República del Ecuador: "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."

En conclusión, en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real.

38. La idoneidad del tipo penal para acumular la punición, y garantizar la proporcionalidad de la pena:

La Tabla de cantidades de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para Sancionar el Tráfico Ilícito de Mínima, Mediana, Alta y Gran Escala publicada en el en el Registro Oficial N° 288, de 14 de julio de 2014, expone:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	1	>0	50	>0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	>50	2000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	>2000	5.000	>2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

La tabla reformatoria, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 0586, de 14 de septiembre de 2015, establece:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,1	>0	2	>0	1	>0	20
Mediana escala	>0,1	0,2	>2	50	>1	50	>20	300
Alta escala	>0,2	20	>50	2.000	>50	5.000	>300	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

Cada tabla tiene vigencia respecto del tiempo de acontecimiento de los hechos, y las y los jueces deben observar su contenido conforme al derecho a la seguridad jurídica, tanto en la fase investigativa como en las etapas procesales; y, sin perjuicio de la favorabilidad que pudiera producirse.

39. Así, la sanción para A sería de 28 años de pena privativa de libertad, sin considerar atenuantes ni agravantes. Entonces la pena para B, podría ser de 10 años de privación de libertad, considerando que el exceso entre la alta escala y la gran escala, es de un gramo (sin considerar atenuantes ni agravantes).

40. Sobre el principio de proporcionalidad de la pena, la Constitución de la República del Ecuador, establece:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

> "**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:
>
> [...]
>
> 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
>
> [...]"

Respecto al principio referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), expuso:

> "196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que **la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.** La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención." (el resaltado nos corresponde)

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 037-13-SEP-CC, dictada el 24 de julio de 2013, en el caso Nro. 1747-11-EP; expresó que el principio de proporcionalidad forma parte de las garantías del debido proceso:

> "El derecho constitucional al debido proceso es de fundamental importancia para el sistema de justicia ecuatoriano, puesto que garantiza que en la sustanciación de todos los procesos tanto judiciales como administrativos, las personas cuenten con garantías mínimas que les permitan obtener de la administración de justicia un resultado justo y amparado en la realidad de un caso concreto. El artículo 76 de la Constitución de la República determina: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)".
>
> Este derecho contiene un conjunto de garantías básicas, a saber: 1) Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 2) Presunción de inocencia; 3) Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; 4) Invalidez e ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley; 5) Principio Indubio pro reo; 6) Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza y 7) Derecho a la defensa."

Ramiro Ávila Santamaría, considera:

> "Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario[18]."

V. FALLOS DE REITERACIÓN.

41. Las sentencias que fundamentan este precedente, deciden:

a) En resolución Nro. 1140-2015, sentencia de 06 de agosto del 2015, las 08h10, proceso Nro. 0385-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional:

> "Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que '… las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (…) **existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena…'** (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que '… el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad…', según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.
>
> Se debe recordar, además, que 'el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo" por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.
>
> En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, por lo que con ella, y en conjunto con las demás consideraciones que se han vertido en este punto del fallo, se hace la siguiente cuantificación de la pena que deberá cumplir el recurrente:
>
> […]" [**Sic**]

b) En resolución Nro. 1211-2015, sentencia de 25 de agosto de 2015, las 12h05, proceso Nro. 396-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente:

[18] Avila Santamaría, Ramiro. "El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)"; en, Carbonell Miguel, "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. Pág. 336.

"Ahora bien, el procesado conforme aparece de la sentencia recurrida, recibió condena por el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas , tipificado y sancionado en el art. 62 de la ley de la materia; conducta que sigue siendo punible en el nuevo catálogo penal, específicamente en el art. 220.1 del COIP, con la salvedad de que la graduación de la pena se impone en consideración a la cantidad y tipo de sustancia estupefaciente, sin que la sanción puede exceder los límites previstos en el art. 55 del Código Penal.

Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.

Según el anterior contexto normativo, tenemos que el procesado Cristián Camilo Valencia Jiménez fue encontrado al momento de su aprehensión, en posesión de 163.30 gramos de marihuana, 9.08 gramos de clorhidrato de heroína y 13.65 gramos de clorhidrato de cocaína; es decir, con una diversidad de sustancias estupefacientes, las cuales fueron llevadas a cabo lesionado idéntico bien jurídico, en este caso-la salud pública como bien colectivo-, por parte del mismo sujeto activo-procesado Cristian Camilo Valencia Jiménez-, contra el cual se sustanció en un solo proceso penal.

Así de manera gráfica la dosificación punitiva queda establecida de la siguiente manera:

Acusado	Sustancia sujeta a fiscalización	Cantidad en gramos	Escala	Pena en abstracto	Pena en concreto
Cristian Camilo Valencia Jiménez Alta escala	Marihuana	163.30	Mínima	2 a 6 meses	4 meses
	Clorhidrato de Cocaína	13.65	Mínima	2 a 6 meses	3 meses
	Clorhidrato de heroína	9.08	alta	5 a 7 años	6 años
Total					6 años 7 meses

" [**Sic**]

c) En resolución Nro. 1223-2015, sentencia de 27 de julio de 2015, las 08h00, proceso Nro. 0598-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, y, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente:

"Como ya anotamos la construcción del tipo penal y su punición resulta de la combinación: acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización; y cantidad de tal sustancia.

Es una situación distinta a la de los concursos real o del ideal, estamos ante un caso especial, cada acción nuclear permite configurar, un delito por sí mismo, vale decir, un delito autónomo, que puede constituir su propia particularidad, es decir, un delito independiente, que se reitera.

La punición depende de la sustancia y su cantidad, que ubica al acto en la escala respectiva.

La acción nuclear puede referirse a determinada sustancia y a cierta cantidad; esto la independiza de otra acción que pueda referirse a una sustancia distinta y una cantidad diferente.

Al punirse la acción la pena se complejitiviza pues cada sustancia y su ubicación en la tabla de cantidad, conlleva la pena prevista en la ley, según la escala, pena que resulta de sumar la adecuada a cada sustancia y cantidad, teniendo en cuenta el máximo que señala el Código Orgánico Integral Penal en su disposición 55:

[…]" [Sic]

d) En resolución Nro. 1255-2015, sentencia de 31 de agosto de 2015, las 10h00, proceso Nro. 1962-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional:

"4.3.5. Aclarado aquello, cabe reparar, que otra de las consecuencias en cuanto a que la legislación nacional haya decidido generar diferencias en la tipificación de delitos relacionados con las drogas, tras otorgarle relevancia a su clase y cantidad, es que ya no se puede considerar al desarrollo de un mismo verbo rector del tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta; al respecto este órgano jurisdiccional ha señalado que:

(…) En efecto, cuando se encontraba en vigencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como norma sancionadora de los delitos relacionados con la droga, no importaba que las circunstancias fácticas de las que proviniese la infracción recaigan sobre varios tipos de sustancias, pues todas ellas configuraban un solo actuar; ahora, por el contrario, la diferenciación que hace el Código Orgánico Integral Penal y la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, torna imposible seguir juzgando estos delitos de la misma forma, pues existe el reconocimiento normativo de que ciertas sustancias causan un mayor peligro de lesión al bien jurídico salud pública, por su escala más alta de nocividad.

Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que '… las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (…) **existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena…'** (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que *'… el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad…'*, según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.

Se debe recordar, además, que *'el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo'* por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.

En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, (…) " (subrayado fuera de texto) " [**Sic**]

e) En resolución Nro. 1256-2015, sentencia de 31 de agosto de 2015, las 08h15 , proceso Nro. 1133-2014; el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional:

> "Como se puede observar, supra, la expedición del COIP, en conjunto con la resolución que se menciona, en el párrafo anterior, cambió la manera en la que se juzgan los delitos relacionados con la tenencia de sustancias estupefaciente, pues estableció penas diferenciadas dependiendo del tipo y cantidad de droga de la que trata cada causa en específico; en tal sentido, y dado que en este caso puntual el recurrente ha desarrollado su conducta con base a dos tipos y cantidades diferentes de sustancias sujetas a fiscalización, con el fin de aplicar correctamente el principio de favorabilidad, le corresponde a este Tribunal de Revisión determinar la cantidad específica de cada tipo de sustancia; para ello, el suscrito órgano jurisdiccional debe precisar que se ha requerido revisar la prueba existente, para poder aplicar el principio de favorabilidad, pues dados los anteriores estándares de juzgamiento, devenidos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, los juzgadores no requerían establecer, específicamente, **la cantidad o peso neto** ni el tipo de droga a la que se refería la causa en concreto; así, en la especie, el tribunal de primer nivel, solamente consigno en su sentencia, que a Jairo Eduardo García López, se le encontró en tenencia de '*…cocaína con un peso de 48 gramos, de igual manera (…) marihuana, con un peso de 08 gramos*', sin precisar el peso neto de cada una de las sustancias descritas.}
>
> Luego de efectuar la actividad descrita en el párrafo anterior, y de revisar el acta de destrucción de las sustancias estupefacientes, en comparación con el peritaje de análisis químico que se incorporó al expediente y los testimonios del policía Darling Guillermo Ortiz Ulloa y de la perito bioquímica y de farmacia Grey Ramírez Aspiazu, se concluye que las sustancias sobre las que versa la especie, con sus respectivos pesos, son: a) Pasta base de cocaína, en una cantidad de cuarenta gramos (40 gr.) de peso neto; y, b) Marihuana, en un total de cinco gramos (5 gr.) de peso neto.
>
> Aclarado el tema del que se trata supra, se debe también hacer énfasis en que otra de las consecuencias de que la legislación nacional haya decidido generar diferencias en la tipificación de los delitos relacionados con las drogas, tras otórgale relevancia a su calce y cantidad, es que ya no se puede considerar el desarrollo de un mismo verbo rector del tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta. En efecto, cuando se encontraba en vigencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas como norma sancionadora de los delitos relacionados con la droga, no importaba que las circunstancias fácticas de las que proviniese la infracción recaigan sobre varios tipos de sustancias, pues todas ellas configuraban un solo actuar; ahora, por el contrario, la diferenciación que hace el Código Orgánico Integral Penal y la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, torna imposible seguir juzgando estos delitos de la misma forma, pues existe el reconocimiento normativo de que ciertas sustancias causan un mayor peligro de lesión al bien jurídico salud pública, por su escala más alta de nocividad.
>
> Lo dicho anteriormente, guarda relación con la actualización que el Código Orgánico integral Penal busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se estipula en su exposición de motivos, su expedición propende a que **'… las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (…) existi[endo] cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena…'** (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que *'… el tráfico ilícito es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad…'*, según deviene de la Conven-

ción de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del año 1998.

Se debe recordar, además, que *'el comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo'* por lo que en los casos relacionados con las drogas, no basta para considerar relevante una acción humana, el que recaiga sobre una sustancia ilícita, sino que el objeto de la acción tiene que estar delimitado en cuanto a su peso y a su tipo para poder ser encuadrado de correcta forma en el tipo penal, lo que sumando el conocimiento subjetivo del autor, respecto a la mayor o menor nocividad de la sustancia sobre la que recae su conducta, la termina diferenciado de cualquier otra en la que los elementos descritos lleguen a variar.

En conclusión, dado que este Tribunal de Casación considera que quien desarrolla su actuar delictivo sobre distintos tipos y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, por lo que con ella, y en conjunto con las demás consideraciones que se han vertido en este punto del fallo, se hace la siguiente cuantificación de la pena que deberá cumplir el recurrente:

[…]" [Sic]

VI. DECISIÓN

Con las respuestas a los problemas jurídicos planteados y a los fallos reiterativos respecto a la punición de los casos en que una conducta se adecue a lo analizado; sobre el punto de derecho planteado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, decide:

Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.

En la redacción de este precedente jurisprudencial, se han tomado en cuenta las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y sicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala; publicadas en los Segundos Suplementos de los Registros Oficiales No. 288 de 14 de julio de 2014, y No. 586 de 14 de septiembre de 2015, las que deberán aplicarse respetando el derecho de seguridad jurídica y al principio de favorabilidad, de ser pertinente.

Esta decisión constituye jurisprudencia con efecto generalmente obligatorio, desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los dieciséis días del mes de septiembre de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (Voto en contra), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, Dra. Janeth Santamaría Acurio, Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

LOS JUECES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MEDIANTE AUTO DEFINITIVO INADMITIRÁN A TRÁMITE LA DEMANDA, CUANDO VERIFIQUEN QUE SE PRODUJO LA CADUCIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO PARA PRESENTAR LA DEMANDA

OPERADA LA CADUCIDAD AL JUZGADOR LE ESTÁ VEDADO ENTRAR A CONSIDERAR OTROS ASPECTOS PROCESALES PARA PRONUNCIAR SENTENCIA DE FONDO O MÉRITO

LA CLASE DE RECURSO QUE SE PROPONE SE DETERMINA ÚNICAMENTE POR LA PRETENSIÓN QUE MUEVE AL ACCIONANTE PARA PROMOVER LA ACCIÓN Y CORRESPONDE AL TRIBUNAL SEÑALARLO, SIN CONSIDERAR LA CALIFICACIÓN QUE AL MISMO HAYA DADO EL PROPONENTE

RESOLUCIÓN Nro. 13-2015
Primer Suplemento del Registro Oficial Nro. 621, de 5 de noviembre de 2015

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 2 del artículo 184 y en el artículo 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el numeral 2 de su artículo 180 establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentado en los fallos de triple reiteración.

Que, el mismo Código en su artículo 182 dispone que la resolución relacionada al precedente jurisprudencial obligatorio debe contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario;

Que, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho respecto de la caducidad para la presentación de las demandas en la vía contencioso administrativa dentro de los siguientes procesos judiciales:

1. Sentencia dictada el 11 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 633-2012.
2. Sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 dentro del proceso No. 520-2013.
3. Sentencia dictada el 19 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 478-2010.
4. Sentencia dictada el 26 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 212-2014.
5. Sentencia dictada el 31 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 37-2014.

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 180 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el literal c) del numeral 1.1 del acápite 1 del Anexo Nro. 3 del Estatuto de Gestión Organizacional por Procesos que incluye el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva de la Corte Nacional de Justicia.

RESUELVE:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que *opera ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, en el siguiente sentido:

a) Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación;

b) Operada la caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito; y,

c) La clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado o ejecutar el silencio administrativo, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal así señalarlo, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente.

Artículo 2.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remita copias certificadas del presente precedente jurisprudencial obligatorio a la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia para su sistematización; y, al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

A partir de su publicación en el Registro Oficial este precedente jurisprudencial obligatorio tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma determinada por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador y tercer inciso del artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta días del mes de septiembre de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavi-

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

des Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (Voto en contra), Dr. Wilson Andino Reinoso (Voto en contra), Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y CONJUEZAS NACIONALES, Dr. Oscar Enríquez Villarreal, CONJUEZ NACIONAL. Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INFORME JURÍDICO DEL PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE CADUCIDAD EN LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1. ANTECEDENTES:

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha expedido las siguientes sentencias, en las que se ha pronunciado respecto de la caducidad en el planteamiento de las acciones en la vía contencioso administrativa:

1. Sentencia dictada el 11 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 633-2012.
2. Sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 520-2013.
3. Sentencia dictada el 19 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 478-2010.
4. Sentencia dictada el 26 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 212-2014.
5. Sentencia dictada el 31 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 37-2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS:

a. La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008, en el numeral 2 de su artículo 184 dispone que es función de la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.

b. El inciso primero del artículo 185 de la misma Norma Suprema establece que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

c. El Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Nro. 544 de 9 de marzo del 2009, en el numeral 2 del artículo 180, establece que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, para lo cual, el inciso primero del artículo 182 del mismo Código señala que las sentencias emitidas por las salas especializadas que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligan a remitir el fallo al Pleno de la Corte Nacional de Justicia a fin de que ésta delibere y decida, en el plazo de hasta sesenta días, sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

d. El inciso segundo del artículo 182 del citado Código dispone que la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, y que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

e. Los artículos 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contienen los requisitos que debe contener la demanda que se presente en la vía contencioso administrativa.

f. El artículo 65 de la misma Ley establece los términos para la presentación de las demandas en la vía contencioso administrativa.

g. El artículo 32 de la citada Ley contiene la obligación de los jueces de lo contencioso administrativo de calificar la demanda, lo cual implica verificar si ésta es admisible a trámite.

h. El artículo 2 de la Ley de Casación dispone que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, para el caso, dictadas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

3. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

Con sentencias dictadas: el 11 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 633-2012; el 13 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 520-2013; el 19 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 478-2010; el 26 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 212-2014; y, el 31 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 37-2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia señaló de manera uniforme, que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que *opera ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere, entre otros casos, a la extinción del derecho para iniciar un proceso; que operada la caducidad, al juzgador le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito, como lo está al Tribunal de casación analizar y pronunciarse sobre las impugnaciones del recurso de casación a la sentencia; y, que la clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción, y corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente.

4. FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS

a. Joaquín Escriche señala que por caducar se entiende: "Acabarse, extinguirse o perderse alguna cosa", y por caduco: "Lo que pierde su vigor ó cae en desuso, ó se estingue y acaba, ó queda sin efecto (…) por otro acontecimiento; como (…) derecho caduco…" (Escriche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Novísima Edición, Librería e Imprenta de Ch. Bouret, 1907, página 391).

b. Pedro Arrasturry, citado por el doctor Efraín Pérez en su obra Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, señala: *"…el vocablo caducidad era desconocido en las fuentes romanas y su utilización deviene de uso reciente pero que, en general, la doctrina atribuye su significado al establecido por Auby y Rau en su curso de derecho civil cuando expresan que ´cuando la ley, por razones particulares vinculadas al carácter de la acción y a la naturaleza de los hechos o relaciones jurídicas que le dan nacimiento, la acuerdan con la condición de que sea ejercitada en un plazo determinado de una manera prefijada, su expiración importa una caducidad, no constituyendo una verdadera prescripción. De tal manera - y así lo admiten Auby y Rau- cuando el derecho nace sin un límite de tiempo, extinguiéndose por un hecho*

*extraño al mismo, como es la inactividad del titular, existe una prescripción extintiva; en cambio cuando el derecho está condicionado ab initio por un plazo determinado, a cuya expiración se extingue, sin consideración a hechos extrínsecos (inactividad del titular), habrá caducidad´(…) el ´plazo de es (**sic**) aquel dentro del cual se debe realizar un hecho (positivo o negativo) o un acto que dará nacimiento o consolidará un derecho o una acción´, prefiriendo la utilización del término plazo preclusivo pues ´el término evoca tradicionalmente cierta idea de sanción, de pena, que no tiene la expresión plazo preclusivo, usada en derecho procesal con un sentido preciso y concordante con el que aquí exponemos (…) [c]aducidad, en el derecho administrativo, evoca en un sentido primigenio, a la sanción por incumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario en el contrato de concesión de servicios públicos´, al asimilar el término perención de la instancia a la caducidad que se produce por la inacción a dar el impulso procesal que corresponde´ ´El plazo de caducidad´ en Cassagne)"* (Efraín Pérez, Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2015, páginas 150 y 151).

c. Manuel María Díez señala respecto de esta figura jurídica: *"La caducidad ocurre por la inoperancia del demandante durante un determinado período de tiempo. (…) la caducidad no es un acto sino un simple hecho. La eficacia jurídica procesal de la misma no tiene en cuenta la voluntad del demandante sino un simple hecho: el transcurso del término señalado por la ley. (…) La caducidad puede declararse de oficio o a petición de parte. Teniendo en cuenta el carácter de instrucción del proceso administrativo, evidentemente el Tribunal ha de poder declarar de oficio la caducidad cuando ha vencido el término fijado por la ley. (…) vencido el término señalado por la ley para que se declare la caducidad, el demandante no puede interponer la acción (…) La caducidad de la acción no significa la invalidez del acto (…) si el plazo para iniciar la acción coincide con el de la caducidad, transcurrido este término caducan la acción y la instancia."* (Manuel María Diez, Derecho Administrativo, Tomo VI, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires-Argentina, 1972, páginas 152 a 155).

5. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

a. Guillermo Cabanellas señala que por fuente del derecho se entiende el: *"Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época."*, y agrega que las fuentes jurídicas son la ley, la costumbre y la jurisprudencia. (Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina, 1981, páginas 117 y 118).

b. Friedrich C. von Savigny, citado por Marco Monroy Cabra, señala que las fuentes del derecho son *"las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas…formadas por abstracción de aquellas."* (Marco Monroy Cabra, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990, página 105).

c. Marco Monroy Cabra señala respecto de la jurisprudencia como fuente formal: *"La jurisprudencia se nos presenta como fuente formal, ya que constituye un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes."* (Op. cit., página 156).

d. Don Joaquín Escriche, en el citado, define a la jurisprudencia como: *"…el hábito que se tiene de juzgar de tal ó tal manera una misma cuestión; y, la serie de juicios ó sentencias uniformes que forman uso ó costumbre sobre un mismo punto de derecho."* (Op. cit., página 1131).

e. Guillermo Cabanellas señala que por jurisprudencia se entiende al: *"Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. La interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos*

de que conoce. (…) Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos." (Op. cit., Tomo V, página 56).

f. Carlos De la Vega Benayas respecto de la jurisprudencia señala: *"…si para el caso concreto que se debate en juicio el Derecho correcto será el establecido por el juez, es obvio que la doctrina legal o jurisprudencia aplicada por éste habrá operado normativamente, es decir, con fuerza de obligar. Fuente de Derecho es una regla jurídica obligatoria."* (Introducción al Derecho Judicial, Editorial Montecorvo S.A., Madrid-España, 1970, página 119).

g. Pedro Fernández de Córdova Álvarez, respecto del Common Law, en su obra *"Estudios de Derecho Comparado"*, señala que una de las acepciones de este término es la de derecho jurisprudencial. (Estudios de Derecho Comparado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 1997, página 100).

h. El mismo autor, en la referida obra, señala que en el siglo XI nació en el Reino Unido la Corte Real (Royal Court), que tendría su asiento en Londres y extensiones de diversa índole y grado en el Reino Unido, y agrega: *"Los jueces para efectos de dictar sus fallos, quedaban en plena libertad de buscar los principios y las reglas que mejor se acomodaren al caso planteado a su conocimiento, y a la necesidad de hacer justicia, en el verdadero significado del término. Su buen criterio, su sentido de la rectitud y su integridad moral, constituían los elementos básicos para llevar adelante esta tarea (…) Fueron, entonces, los jueces los que con sus fallos crearon el Derecho en Inglaterra, y lo siguen haciendo todavía (…) y si bien, para estos casos comunes y corrientes, los magistrados deben basarse en fallos anteriores, consagrados como efectivos y justos, dignos por lo tanto de imitarse, tendrán que recibir la especial consideración que les corresponde, por parte del juez; para los casos nuevos, es menester sentar precedentes que servirán de guía para el futuro. Así, de la* ***Royal Court****, o mejor dicho, de la actuación de los jueces que la integraban, fue conformándose una regla, jurisprudencial por lo tanto, que recibió el nombre de* ***´rule of precedent´*** *(regla del precedente), nombre con el que todavía se la conoce y con el que se identifica a aquello que, sin duda, es la columna vertebral del Derecho Inglés."* (Op. cit., páginas 103 y 104).

i. En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, supletorio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme el artículo 77 de esta Ley, dispone: *"En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal."*

j. Respecto de los precedentes jurisprudenciales, en sentencia dictada el 12 de mayo de 2010 con resolución Nro. 284-2010 dentro del proceso Nro. 201-2007, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, señaló lo siguiente: *"QUINTO: (…) Dentro del denominado ´derecho de los jueces´, ´derecho judicial´, o simplemente ´derecho jurisprudencial´, debemos diferenciar dos tipos de precedentes: 1. El precedente jurisprudencial obligatorio o vinculante; y, 2. El precedente jurisprudencial referencial o indicativo. Por el primero, únicamente en relación con los fallos de triple reiteración, en nuestro ordenamiento jurídico debemos distinguir dos subcomponentes: i) Los precedentes jurisprudenciales obligatorios o vinculantes expedidos antes de la publicación en el Registro Oficial de la nueva Constitución de la República, los que surgen de la misma Sala Especializada de la entonces Corte Suprema de Justicia, cuyos criterios son vinculantes para todos excepto para el Tribunal de Casación, incluida en éste, la Sala reiteradora de la Jurisprudencia, y que bien podía dejarse de observar y aplicar sin mayor requerimiento normativo aún por la misma Sala que los expidió, pero sin dejar de cumplir con una argumentación explícita, transparente, suficiente y adecuada para ello; y, ii) Los precedentes jurisprudenciales obligatorios o vinculantes expedidos luego de la publicación en el Registro Oficial de la nueva Constitución de la República, que puede generarse únicamente en el Tribunal en Pleno del máximo Tribunal de Justicia ordinaria de la República, la Corte Nacional de Justicia, cuyos*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

efectos vinculantes, erga omnes, son generales y obligatorios aún para el mismo Tribunal de Casación, que podrá renovar sus criterios jurisprudenciales, previo el cumplimiento de un proceso de profundo análisis jurídico al interior de su seno, con la misma argumentación explícita, transparente, suficiente y adecuada.- Para establecer un precedente jurisprudencial obligatorio o vinculante, se deben considerar los hechos y circunstancias de los casos reiterados, a fin de ´considerar la jurisprudencia como repositorio de experiencia basado en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces. La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional prima facie sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias... ´ (´EL DERECHO DE LOS JUECES´, Diego Eduardo López Medina, Legis, 2da edición, Colombia, 2006, p.p 109), sobre un mismo y específico punto de derecho no previsto por el legislador en la norma jurídica positiva."

6. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA EN LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

a. Manuel María Diez, en la referida obra "Derecho Administrativo", señala respecto de la presentación de la demanda en la vía contencioso administrativa: *"Debe presentarse la demanda en la sede del órgano judicial* ***durante el tiempo que señala al respecto el ordenamiento jurídico*** *y naturalmente, en forma escrita."* (Op. cit., Tomo VI, página 131) (el resaltado y negrillas me corresponde).

b. Efraín Pérez, en la citada obra "Derecho Procesal Administrativo", señala que los requisitos de la demanda en la vía contencioso administrativa en el Ecuador están previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma que en sus artículos 30 y 31 contiene los mismos, hallándose en el artículo 32 de esta Ley la obligatoriedad de la calificación que realizan los jueces con el fin de verificar que se cumpla con éstos.

c. Adicional a los requisitos previstos en los referidos artículos 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los jueces de lo contencioso administrativo, al calificar la demanda, deben verificar que la acción esté presentada dentro de los términos previstos en el artículo 65 de la misma Ley, ya que de no ser así, estaría caducada la acción, y en consecuencia se debería inadmitir la demanda por parte de los jueces del tribunal de instancia, actuación judicial que, conforme jurisprudencia uniforme de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia y de la actual Corte Nacional de Justicia, opera de oficio, es decir, los jueces la declararán aún sin petición de parte.

d. Al declararse en sentencia la caducidad de la acción, conforme jurisprudencia uniforme de la Sala de lo Contencioso Administrativo la Corte Nacional de Justicia, los jueces no se pronuncian respecto de las cuestiones de fondo alegadas en la demanda.

e. Es importante aclarar que el ejercicio del derecho de acción no se afecta en este caso, ya que, como muy bien lo señalan Carlos Ramírez Arcila, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, citados por Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra "Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano", el mismo es de carácter abstracto, ya que no está supeditado a la obtención de una sentencia favorable, ya que perfectamente se lo puede ejercer y salir vencido, *"Es un derecho del que son titulares hasta quienes carecen de razón."*(Juan Carlos Benalcázar, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2007, páginas 80 y 81).

f. Luis Cueva Carrión, respecto del planteamiento del recurso de casación, indica: *"…cabe el recurso de casación contra toda sentencia o auto pronunciado en última instancia, sobre el que legalmente no se puede interponer ningún recurso ordinario."* (La Casación en Materia Civil, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, Quinta Reedición, Quito-Ecuador, 2007, página 119). En consecuencia, este recurso extraordinario puede interponerse en contra de los autos que inadmiten a trámite la demanda, por

caducidad del ejercicio de la acción en la vía contencioso administrativa, ya que en contra de éstos no cabe ningún recurso ordinario, al ser los tribunales distritales de lo contencioso administrativo de única instancia.

g. El mismo autor indica respecto de la diferencia entre los recursos ordinarios y extraordinarios: *"Los primeros permiten que el juez o tribunal conozca de la totalidad de la cuestión litigiosa; en cambio los recursos extraordinarios versan sobre cuestiones muy puntuales, de derecho, en el caso de la casación…".* (Op. cit., página 52).

h. El citado autor también señala: *"Por principio general, el proceso versa solamente sobre los puntos sobre los cuales se trabó la litis y nadie, ni siquiera el más alto tribunal de justicia del País, puede introducir o disminuir aspectos que no formaron parte de la traba de la litis; la sentencia, asimismo, debe decidir única y exclusivamente sobre esto."* De lo mencionado se entiende que el tribunal de casación se vería imposibilitado de pronunciarse respecto de cuestiones de fondo, cuando se inadmita a trámite una demanda por incumplimiento de requisitos de forma, como se suscita en el caso en que se inadmita la demanda por caducidad del ejercicio de la acción en la vía contencioso administrativa, ya que no se trabó la litis. (Op. cit., página 121).

i. De procederse en contrario, podrían producirse dos situaciones:

I. Que se dicte sentencia de fondo por parte de los jueces y las juezas de los tribunales de casación, dejando en indefensión a los demandados, ya que no han presentado escrito alguno ni prueba ante los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, versando únicamente su oposición ante los tribunales de casación en puntos concretos de derecho y no en los hechos, indefensión que se halla prevista como una violación al debido proceso en el literal a) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; y,

II. Si mediante auto se inadmitió a trámite la demanda por caducidad en el ejercicio de la acción, y se verifica por parte de los tribunales de casación que ésta no se produjo, al tratarse de un tema de inadmisibilidad por razones de forma, procede el reenvío a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, para que, en ejercicio de sus atribuciones que ha dispuesto la ley, tramiten el proceso.

7. SITUACIONES CONCRETAS Y REITERATIVAS SOBRE UN MISMO PUNTO DE DERECHO

a. Procede que los jueces de lo contencioso administrativo, sin que sea necesaria petición de parte, inadmitan a trámite una acción en la vía contencioso administrativa por caducidad de la acción, la que también puede ser declarada en sentencia, ya sea de oficio o a petición de parte.

b. Declarada en sentencia la caducidad de la demanda en la vía contencioso administrativa, los jueces de lo contencioso administrativo no están en capacidad de pronunciarse respecto de las pretensiones de fondo de las partes.

c. Corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo calificar la clase de recurso que propone el recurrente en la vía contencioso administrativa.

8. INFORME CASUÍSTICO

Caso	Ratio decidendi
Sentencia dictada el 11 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 633-2012	*"La caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera por el transcurso del tiempo y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso."* *"…la caducidad opera ´ipso jure´ y es declarable de oficio."* *"… operada la caducidad, al juzgador le está vedada entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito, como lo está al Tribunal de casación analizar y pronunciarse sobre las impugnaciones del recurso de casación a la sentencia."* *"… el recurso propuesto en el proceso contencioso por la parte actora, está totalmente vinculado con sus derechos subjetivos, (…) por tanto, debió ser presentado dentro del término de 90 días posteriores a la notificación de la resolución administrativa demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El haberlo hecho después de este término, como ha sucedido en este caso, significa que fue presentado cuando el derecho del recurrente para ejercer su acción se había extinguido y, por consiguiente, cuando ya había operado la caducidad, que es declarable de oficio"* *"Al haberse producido la caducidad, esta Sala no se pronuncia respecto de las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente."*
Sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 520-2013.	*"… la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y, como en este caso, se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. La clase de recurso que se propone se determina únicamente por el propósito que mueve al accionante para promover la acción: si éste es el de defender directamente un derecho subjetivo violado, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente."* *"Al haberse producido la caducidad, esta Sala no se pronuncia respecto de las cuestiones de fondo planteadas por la recurrente."*
Sentencia dictada el 19 de agosto de 2015 dentro del proceso Nro. 478-2010.	*"La caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad."* *"…opera automáticamente e ipso jure, es decir, es declarable de oficio y, como en este caso, se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso."* *"… la clase de recurso que se propone se determina únicamente por el propósito que mueve al accionante para promover la acción: si éste es el de defender directamente un derecho subjetivo violado, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente."* *"Al haberse producido la caducidad, esta Sala no se pronuncia respecto de las cuestiones de fondo planteadas por los recurrentes."*

Sentencia dictada el 26 de agosto de 2015, a las 15h24, en el proceso Nro. 212-2014.	*"La caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera por el transcurso del tiempo, ipso jure, sin que se ejerza una acción o una potestad, es declarable de oficio y, como en este caso, se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. La clase de recurso que se propone se determina únicamente por el propósito que mueve al accionante para promover la acción: si éste es el de defender directamente un derecho subjetivo violado, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente."* *"Al haberse producido la caducidad, esta Sala no se pronuncia respecto de las cuestiones de fondo planteadas por los recurrentes."*
Sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, a las 15h25, en el proceso Nro. 37-2014.	*"La caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, opera ipso jure, es declarable de oficio, y, como en este caso, se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso."* *"Al haberse producido la caducidad, esta Sala no se pronuncia respecto de las cuestiones de fondo planteadas por los recurrentes."*

9. PROBLEMAS JURÍDICOS

a. En vista de las situaciones concretas a las que se hizo mención, es necesario señalar que los tribunales distritales de lo contencioso administrativo han inadmitido a trámite las demandas en la vía contencioso administrativa por caducidad en el ejercicio de la acción, lo que ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

b. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha resuelto en sentencia que el fin de la caducidad en el contencioso administrativo es que los actos de la administración no queden expuestos por tiempo indefinido a la eventualidad de su revocatoria o anulación.

c. De la misma manera, se ha señalado en los fallos dictados por estas salas, que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, la que por ser de orden público, no admite suspensión por causa alguna y están obligados a declararla cuando verifiquen que ésta se produjo.

d. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha resuelto que la caducidad es una figura propia del Derecho Público, que opera por el transcurso del tiempo para ejercer una acción, opera automáticamente e ipso jure, es decir, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso.

e. Además, es indispensable señalar que en los casos de caducidad la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ha resuelto que la clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

10. PROPUESTA

a. La Constitución de la República del Ecuador dispone en el numeral 2 de su artículo 184 que una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia es desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, función que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, como lo ordena el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial.

b. El Estatuto de Gestión Organizacional por Procesos que incluye el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva de la Corte Nacional de Justicia, establece como misión del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, "Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración".

c. A fin de lograr una aplicación uniforme de la ley respecto a la admisibilidad a trámite de las demandas en la vía contencioso administrativa cuando se verifique que se ha producido la caducidad de la acción, así como cuando ésta se declare en sentencia una vez que fue admitida a trámite, sin que los jueces de lo contencioso administrativo, tanto de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo como los de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se pronuncien respecto de las pretensiones de fondo alegadas por las partes, corresponde que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus atribuciones, declare como precedente jurisprudencial obligatorio estas circunstancias jurídicas.

RAZÓN: Las ocho fojas que anteceden son iguales a sus originales. Certifico. Quito, 8 de octubre de 2015.

f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EN LOS JUICIOS LABORALES, CUANDO SE RECLAME EL PAGO DE REMUNERACIONES ATRASADAS QUE NO HUBIEREN SIDO CUBIERTAS POR EL EMPLEADOR DURANTE LA RELACIÓN LABORAL, DEMOSTRADA LA MORA, LOS JUECES DE LO LABORAL, DISPONDRÁN, ADEMÁS, EL PAGO DEL TRIPLE DEL MONTO DE LOS SUELDOS O SALARIOS NO PAGADOS DEL ÚLTIMO TRIMESTRE ADEUDADO, AUNQUE NO SE HUBIERE RECLAMADO EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA

RESOLUCIÓN Nro. 14-2015
Registro Oficial Nro. 651, de 17 de diciembre de 2015

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, uno de los principios centrales que rige el proceso en un estado constitucional, es el de la tutela efectiva, entendida como uno de los derechos fundamentales con que cuentan las y los ciudadanos que a decir de la Corte Constitucional "por un lado requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y por otro, la presencia de jueces y juezas quienes, investidos de potestad jurisdiccional, deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la tan anhelada justicia";

Que el artículo 326.3 de la Constitución de la República que dispone *"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"*; en concordancia con los artículos 5 y 7 del Código del Trabajo que disponen: *"Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos"; y, "Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores."*

Que el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, preceptúa que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Que, el artículo 328 de la Constitución expresa: *"La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia (...) El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuida, ni descontada; salvo autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley..."*. Salario digno que se define en el artículo 8 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y que por el tenor de esta disposición debe pagarse oportunamente en forma mensual;

Que, el artículo 94 inciso primero del Código del Trabajo dispone: *"Condena al empleador moroso. El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador."*

Que, existe duda respecto a la aplicación del artículo 94 del Código del Trabajo, en cuanto a si procede ordenar el pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador, cuando este concepto no hubiere sido expresamente reclamado en la demanda;

Que, la citada norma legal establece como únicas condiciones para la condena al empleador moroso, que el empleador no hubiere cubierto remuneraciones del trabajador durante la vigencia del contrato; y, que para el cobro de esas remuneraciones impagas el trabajador hubiere debido presentar acción judicial; siendo por tanto un imperativo establecido en la ley, que determina la obligación de sancionar en sentencia con más el triple de recargo de las remuneraciones adeudadas en el último trimestre de la terminación de la relación laboral, establecido además como un derecho en beneficio del trabajador;

Que, el artículo 169 de la Constitución de la República establece el sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, que se rige entre otros por el principio de "economía procesal", por el cual se debe evitar a las partes procesales y al Estado incurrir en largos y costosos procesos; lo que ocurriría en este caso, pues si no se concede el pago del recargo previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo por no haber sido expresamente reclamado en la demanda, se abre la posibilidad de que el trabajador presente una nueva acción judicial;

Que, en estos casos, se debe tener presente los principios dispositivo y *iura novit curia;* propuesto en el proceso el pago de las remuneraciones atrasadas, a los jueces les corresponde aplicar el derecho, aunque no lo invoquen, de conformidad con lo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, en concordancia con los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- En los juicios laborales, cuando se reclame el pago de remuneraciones atrasadas, generadas durante la relación laboral, que no hubieren sido cubiertas por el empleador, demostrada en el juicio de trabajo esta pretensión, las juezas, jueces y tribunales de lo laboral, dispondrán en sentencia además el pago del triple del equivalente al monto total de los sueldos o salarios no pagados del último trimestre adeudado, en beneficio de la persona trabajadora, previsto en el artículo 94 del Código de Trabajo, aunque no hubiere sido expresamente reclamado en la demanda.

Art. 2.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los once días del mes de noviembre de dos mil quince.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Jorge Blum Carcelén, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Juan Montero Chávez, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Carlos Delgado Alonzo, Janeth Santamaría Acurio, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 0151-2015
Juicio nro. 428-2011

Juicio contencioso administrativo propuesto por Julio Cesar Sánchez Cedillo y Ana Valencia Vera en contra del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado.- Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado

SÍNTESIS

El abogado Winston Alarcón Elizalde, en calidad de apoderado especial y procurador judicial de la accionante Ana Leonor Valencia Vera deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, dentro del juicio propuesto por Julio César Sánchez Cedillo y Ana Leonor Valencia Vera en contra del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado, con la pretensión de que se les pague los daños y perjuicios ocasionados por la ocupación de un predio de su propiedad. El fallo impugnado" acoge la demanda considerando que el Estado representado en este caso por los señores Procurador General del Estado y Ministro de Defensa Nacional deben indemnizar a los demandantes por el perjuicio que les causó por el período comprendido entre el mes de noviembre de 1994 y el 12 de septiembre de 2003, consistentes en daño emergente y lucro cesante ocasionados en el predio que fuera de su propiedad y a que se refiere este fallo, estableciendo los diferentes rubros indemnizatorios reclamados y aceptados; valores que de ninguna manera podrán ser superiores a la cuantía establecida en la demanda. Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo".- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que es inmotivado e injurídico que el Tribunal de instancia, al declarar con lugar la demanda y establecer el derecho de los accionantes a hacer efectiva la indemnización prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador, no se haya pronunciado sobre el monto económico de dicha indemnización -incumpliendo de ese modo su obligación legal de administrar justicia-, por lo que declara nula la sentencia impugnada, y devuelve el proceso al Juez de instancia para que sortee un nuevo tribunal de juezas y jueces distritales a fin de que, de manera inmediata, dicten la sentencia que corresponda.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 2 CON SEDE EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL.- Guayaquil, 25 de abril del 2011; a las 08H35.

VISTOS: El abogado Winston Alarcón Elizalde, en calidad de apoderado especial y procurador judicial de Ana Leonor Valencia Vera según el contrato escriturario adjunto a la demanda y Julio César Sánchez Cedillo, comparecen ante este Tribunal deduciendo un recurso contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetivo, expresando: que por auto de adjudicación de 05 de marzo de 1993, el Juez de Coactivas del Banco Nacional de Fomento Sucursal en Arenillas, provincia de El Oro, adjudicó a favor del señor Julio Sánchez Cedillo y Ana Leonor Valencia Vera un cuerpo de terreno ubicado en la parroquia Chacras, vía que conduce de Huaquillas a Chacras, cantón Arenillas, provincia de El Oro, de 25 hectáreas de cabida, cubierto de pasta natural, con un área destinada a plantel avícola, bodega, siete galpones, instalaciones de agua y luz eléctrica, un pozo profundo, lote de terreno que había sido, previamente, adjudicado al Banco Nacional de Fomento en remate, y com-

prendido dentro de la siguiente linderación: N., ***"Cooperativa César Edmundo Chiriboga" y "Cooperativa Unión Ganadera Huaquillas": S., carretera Chacras-Huaquillas; E., "Cooperativa César Edmundo Chiriboga";*** y, o., terrenos del Estado, por el valor de treinta y cinco millones de sucres pagaderos así: tres millones quinientos mil sucres, de contado y el saldo de treinta y un millones quinientos mil sucres, a cinco años plaza, con intereses a la tasa legal sobre saldos insolutos, quedando hipotecado a favor del Banco Nacional de Fomento Sucursal Arenillas, para responder por el precio ofrecido a plazos, intereses pactados, intereses moratorios y gastos judiciales y extrajudiciales que se ocasionaren. Que dicho auto adjudicatario fue protocolizado en la Notaría del cantón Balsas a cargo del señor Gustavo Washington Cárdenas Vallejo el 18 de septiembre de 1993, inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón Arenillas-El Oro, el 28 de septiembre de 1993, junto con el gravamen hipotecario, documentos que constan insertos en el proceso coactivo aludido y aparejado a la demanda en copias certificadas.- Que, en el predio de la referencia se instaló por parte de Ana Leonor Valencia y Julio César Sánchez Cedillo un plantel avícola habilitando siete galpones de 30 x l0 mts., paredes de malla metálica, techo de zinc, un tanque de eternit para 375 lts., una casa de 10 X 7 mts., piso de cemento, paredes de ladrillo enlucido, puertas y ventanas de madera, un tanque de cemento de 2X2 mts. con capacidad para 120 lts. instalado sobre una losa de cemento de 9 mts. de alto sostenida por 4 columnas; otro tanque de cemento de 7 X 4 mts., con capacidad para 120 lts., enlucido, sobre un armazón de construcción de 12 columnas de cemento de 6 metros de largo cada una y vigas de cemento de 8 mts. cada una; un sembrío de tomate en 4 hectáreas; 10 matas de limón; 4 matas de coco y una hectárea de pimienta y yuca.- Que existía un plantel avícola con tres mil aves (pollos) en plena producción y se aprestaban a hacer una inversión por once millones de sucres en mejoras varias y la adquisición de una máquina peladora de pollos.- Que, en noviembre de l994, previo a que el Ecuador entrara en una conflagración bélica con el Perú (emergencia nacional o guerra no declarada iniciada el26 de enero de 1995 y concluida el 0l de mayo del mismo año), el Ejército ecuatoriano tomó posesión del predio, de los actores Ana León: Valencia Vera y Julio César Sánchez Cedillo, procediendo a la destrucción total de todas y cada una de las instalaciones, lo mismo que los sembríos y el terreno en si, cavando enormes zanjas o trincheras de hasta ocho metros de profundidad, y procediendo al minado del terreno y zonas aledañas con minas antipersonales, lo cual fue y es de dominio público, habiendo, luego de superado el conflicto internacional, emprendido, las Fuerzas Armadas ecuatorianas, con asesoría y ayuda extranjera, al desminado indispensable para la seguridad ciudadana, tarea de alto riesgo y que requiere de gran capacidad técnica, siendo de lento desenvolvimiento, al punto que, ahora a la fecha de presentación de la demanda, continúan los trabajos de desminado, de lo que da cuenta el Diario "El Comercio" de la ciudad de Quito de mayo de 2005 (10 años después) que se adjuntara a la demanda, lo cual se corrobora con los artículos periodísticos de 17 de abril y 31 de mayo de 2006 que también fueron anexados a la demanda. Que, la ocupación militar antes dicha (destrucción de instalaciones), del terreno, de sembríos y eliminación del negocio de cría de pollos), impedía inclusive la presencia de los propietarios en el terreno y provocó su ruina económica y atrasos e incumplimiento de los pagos mensuales al Banco de Fomento, instruyéndose un juicio coactivo contra los actores que culminó con el embargo; y posterior remate del predio y su adjudicación al Mayor Carlos Francisco Vivar Martínez mediante auto de adjudicación de 04 de agosto de 2003, habiéndole entregado físicamente mediante acta de 12 de septiembre de 2003.- Adjuntaron, protocolizados notarialmente, el certificado del Comandante del BI-I ***"Constitución"*** de 28 de agosto de 1995 y el oficio del Comandante de la I-BI ***"El Oro"*** de 08 de diciembre de 1999, esta última dirigida al actor Julio César Sánchez Cedillo, cuyos contenidos, a mayor abundamiento, transcribieron y serán analizados más adelante.- Que, las Fuerzas Armadas ecuatorianas, mediante actos de sus miembros en el desempeño de sus funciones específicas, irrogó un grave perjuicio económico a los actores consistente en daño emergente y lucro cesante que han sido pormenorizados en la demanda, rubro por rubro, cuantificándolos en un total de USD $495.000.oo dólares de los Estados Unidos de América en el periodo comprendido entre la ocupación del predio y la fecha en que, bien o mal, se les privó del dominio del inmueble mediante su adjudicación al Mayor Vivar Martínez, esto es, entre el mes de noviembre de 1994 y el 12 de septiembre del 2003.- Que, con fundamento en los Arts. 18, 20, 23 (numerales 15, 23, 26 y 27); 30; 120; 273 y

otros de la Constitución Política de 1998 (vigente a la fecha de presentación de la demanda); Art. 209; 210 y 211 de las Normas de Procedimiento Administrativo común de la Función Ejecutiva –R.O.733 de 27 de diciembre de 2002 con que se sustituyó desde el Art. 100 al Art. 140 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva publicado en el R.O. 536 de 18 de marzo de 2002- los perjudicados Julio César Sánchez Cedillo y Ana Leonor Valencia Vera, esta última representada por el primero, reclamaron al señor Ministro de Defensa Nacional, como integrante de la Administración Pública -letra B) del Art. 2 del referido Estatuto-, responsable de los actos de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus funciones específicas, el pago de los daños y perjuicios ya especificados que, de acuerdo a la Constitución (la de 1998), deben ser resarcidos.- Que, en el reclamo, se reservaron la acción contencioso-administrativa para en cualquiera de los casos que plantea el Art. 212 de la normas de procedimiento aludidas.- Que, en el reclamo se señaló, entre otros aspectos, que ni el señor Sánchez ni la señora Valencia tenían la obligación jurídica de soportar los daños irrogados mismos que son indemnizables. Que, así mismo, en el reclamo, se precisó que la ocupación del predio, su destrucción, la destrucción de sus instalaciones y sembríos así como la cesación de la actividad agrícola-industrial, sobre todo por el minado, fue un acto continuo, con un momento inicial pero, en el caso, sin tener un momento de conclusión; pues, comenzó en el mes de noviembre de 1994 sin que se sepa cuando concluirá pero, a ese respecto y para los actores, concluyó el 12 de septiembre de 2003 con la entrega del predio al Mayor Vivar Martínez, adjudicatario en el remate efectuado por el Banco Nacional de Fomento dentro del juicio coactivo en contra de los actores a que ya nos referimos.- Que, la acción administrativa de reclamo, conforme al Art. 212 de las normas de procedimiento no habían prescrito puesto que se lo había presentado el 09 de marzo de 2006, dentro del plazo de tres años contado desde que el acto lesivo se había producido y adjuntaron a la demanda la constancia de tal presentación ante el señor Ministro de Defensa Nacional.- Que, el 06 de abril de 2006, el señor Subsecretario de Defensa, por disposición del señor Ministro de Defensa Nacional y dirigido a uno de los abogados de los actores, contestó el reclamo aludido expresando que la acción para reclamar indemnización por requisamiento prescribe en treinta días calendario contados desde la fecha en que se publique, en el Registro Oficial, el decreto de desmovilización, la misma que se ordenó mediante Decreto No. 3420 emitido por el Presidente de la República y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 864 de 17 de enero de 1996.- Que, el señor Ministro de Defensa Nacional, fundamentado en el criterio del Comandante General de la Fuerza Terrestre considera que, de conformidad a la Ley de Seguridad Nacional, su Reglamento y el Reglamento de Requisiciones, el derecho para la indemnización, en caso de ser procedente, ha prescrito.- Con estos antecedentes dirigió la acción contra el señor Ministro de Defensa Nacional y contra el señor Procurador General del Estado mismos que dieron contestación a la demanda y opusieron a la misma las siguientes excepciones: El Director Regional No.1 en Guayaquil, encargado de la Procuraduría General del Estado, calidad que la justificó en el proceso: a) negativa de los fundamento de hecho y de derecho de la demanda; b) ilegalidad de la demanda por habérsela propuesta contra la Constitución y la Ley de Seguridad Nacional pues lo que se requisaron los bienes prediales con toda su producción avícola y agrícola, actuando con la tolerancia que la Constitución concede a las Fuerzas Armadas en casos de emergencia y de peligro inminente como lo fue la invasión del Perú contra Ecuador en enero de 1995; c) Que se ha actuado, además, en función de la seguridad ciudadana después de terminado el conflicto ***"etapa en la que el Ejercito de la República del Ecuador se encuentra laborando"***. Que el Presidente de la República, mediante decreto ***" dio un término para reclamar las indemnizaciones a que se crean con derecho los propietarios de predios requisados"***; d) falta de derecho de los actores; e) existencia de acto administrativo por las razones que expone en el numeral 4 del escrito de contestación a la demanda; f) falta. de pago de la tasa judicial.- La señora Ministra de Defensa Nacional: a) negativa de los fundamentos de la demanda; b) incompetencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; c) la materia no corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa: d) ilegitimidad del contradictor; e) incompatibilidad de la acción y de las pretensiones de los actores; f) ilegalidad procesal de la pretensión del actor; g) improcedencia de la demanda por violación de leyes y reglamentos militares; h) caducidad de la acción y del derecho; i) nulidad; y, j) prescripción.- Así trabada la litis se ha sustanciado la causa

hasta el estado de dictarse sentencia y, para ello, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, considera: **PRIMERO.-** A la fecha de inicio de esta causa la jurisdicción y la competencia para conocer, sustanciar y resolver la misma estuvieron establecidas en las siguientes disposiciones: Art. 212 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, publicada en el RO. 733 de 27 de diciembre de 2002, mediante las cuales se sustituyó desde el Art. 100 hasta el Art. 140 de mismo que, a su vez, obra publicado en el R.O. No.536 de 18 de marzo de 2002; en los Arts. 18, 19, 20, 22, 23, (numerales 15, 23, 26 y 27) 30,120, 272 y 273, entre otros, de la Constitución Política del año 1998 que regía en el Ecuador; artículos 1, 3, y otros de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, superlativamente en la primera de las disposiciones invocadas que, copiada, dice: ***"Si el Órgano competente de la respectiva Administración Pública niega las indemnizaciones reclamadas 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"***. En este caso, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandante que, residiendo en la provincia de El Oro, es este Tribunal Distrital de Guayaquil el competente para conocer y resolver de la presente causa, en tanto que en el actual régimen de transición, el Código Orgánico de la Función Judicial ha asignado la continuidad de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en cuanto a competencia de los asuntos en trámite, así como en el numeral 4 del Art. 217, en concordancia con la Disposición Transitoria Cuarta de la misma legislación, corrobora la competencia de este Tribunal, teniendo como antecedente obligatorio las disposiciones pertinentes de la Constitución de la República en vigencia desde el 20 de octubre de 2008.- **SEGUNDO.-** La causa se ha tramitado conforme los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como corresponde, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial alguna y específicamente las reglas del debido proceso establecidas en la Constitución Política del Estado vigente a esa fecha y aplicables a este caso. No se ha omitido ninguna de las solemnidades sustanciales aplicables a todos los juicios e instancias establecidos en el Art 346 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, se declara la validez del proceso. **TERCERO.-** En verdad el Art. 209 de las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva dispone que las reclamaciones por daños y perjuicios, como en el caso, presentadas a la Administración Pública Central en este caso el Ministerio de Defensa Nacional-,sean ***"serán inmediatamente puestas en conocimiento de la Procuraduría General de Estado para la coordinación de la defensa estatal"***, lo que, precisamente no hizo el Ministro de Defensa que procedió a contestar la reclamación administrativa de los actores -como consta en el documento adjunto a la demanda-, negándola. No obstante ello, con esta acción fue citado el Procurador General del Estado y ejerció a cabalidad el derecho a la defensa del Estado.- **CUARTO.-** Los actores han probado haber sido propietarios del predio de 25 hectáreas ubicado en la vía que conduce de Huaquillas a Chacras, parroquia Chacras, cantón Arenillas provincia de El Oro adjudicado a su favor por el Banco Nacional de Fomento Sucursal Arenillas, comprendido dentro de la linderación: N.,***"Cooperativa César Edmundo Chiriboga"*** y ***"Cooperativa Unión Ganadera Huaquillas"***: S., carretera Chacras-Huaquillas; E., ***"Cooperativa César Edmundo Chiriboga"***; y, O., terrenos del Estado, como consta del auto de adjudicación -título de propiedad-, protocolizado en la Notaria de Balsas a cargo del señor Gustavo W. Cárdenas el 18 de septiembre de 1993, inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón Arenillas el 28 de septiembre de 1993, al igual que la hipoteca del mismo a favor del Banco para responder por la parte del precio ofrecido a plazos, documentos todos que forman parte del juicio de coactiva anexado a la demanda en copias certificadas. En tal juicio coactivo consta, además, instalaciones, construcciones, precio, forma de pago, tasa de interés estipulada, etc. **QUINTO.-** El certificado protocolizado conferido por el Teniente Coronel de Estado Mayor Comandante del BI - I "***Constitución***" Guillermo A. Rodríguez de 28 de agosto de 1995 y el oficio protocolizado del Coronel de Estado Mayor Fabián Bayardo Villalba, Comandante de la I – BI "***El Oro***" de 08 de diciembre de 1999, también aparejados a la demanda, acreditan, fehacientemente, que el predio de los actores fue ocupado por personal militar del Batallón de Infantería No. 1 "***Constitución***" en su totalidad (granja avícola o pollera), continuando la ocupación en forma periódica.- Que tal ocupación ha incidido para que el propietario no continúe reali-

zando trabajos para su producción.- El oficio referido acredita, además, ***"que el Comando de Brigada ha realizado la gestión pertinente al escalón superior, habiéndose aprobado un plan de desminado que se iniciará tan pronto se presente el personal técnico, siendo objetivo primordial la reactivación de la producción en las propiedades afectadas por el conflicto del Cenepa"***. Es necesario relevar que los demandados no han negado en momento alguno la ocupación del predio de propiedad de los actores. Más bien, tal ocupación ha sido expresamente aceptada como tal. **SEXTO.-** Los artículos periodísticos aparejados a la demanda y otros presentados durante el término de prueba por los actores, dan cuenta de los procesos nacionales e internacionales de desminado en el área en que se asienta el predio de que se trata, mediante operativos técnicos hasta muy después de terminado el conflicto armado con el Perú, lo cual convirtió a dicho predio en no idóneo para la realización de actividad agropecuaria alguna. Las minas antipersonales volvían al predio y sus alrededores en peligrosos para la vida humana y animal, inutilizable en lo absoluto.- **SÉPTIMO.-** El predio de la referencia dejó de ser de propiedad de los actores el 12 de septiembre de 2003, fecha de la entrega material y formal al Mayor Carlos Francisco Vivar Martínez, adjudicatario en el remate dentro del juicio coactivo seguido por el Banco de Fomento contra Sánchez y Valencia; y, hasta esa fecha, han fincado su pretensión indemnizatoria, pretensión que arranca en el mes de noviembre de 1994 en que las Fuerzas Armadas tomaron posesión del predio por requisición, todo lo cual tampoco ha sido negado por los demandados. El periodo de la pretendida indemnización por daños y perjuicios discurre entre noviembre de 1994 al 12 de septiembre de 2003. **OCTAVO.-** La inspección judicial practicada al predio en cuestión concordantes con los testimonios receptados por el Tribunal a los vecinos del lugar, las observaciones de este Tribunal respecto de lo que pudo constatar consignando: ***"No se nota a simple vista edificaciones propias de un teatro de operaciones militares a no ser por dos construcciones a ras de tierra interconectadas entre si que regularmente sirven para protección de tropas o elementos militares en actividades bélicas o prebélicas"***, las declaraciones testimoniales receptadas rendidas por personas que conocieron de los acontecimientos y hechos preguntados por los actores, despejan cualquier duda sobre que el predio que fuera de propiedad de estos, en verdad, como lo sostienen ellas y como no lo han negado los demandados, fue ocupado militarmente haciendo desaparecer sus instalaciones, sembríos, terminando con el negocio de cría de aves y destruyendo el terreno mismo, a que se refiere la pretensión indemnizatoria demandada. **NOVENO.-** Las indemnizaciones pecuniarias por los daños y perjuicios causados, fueron objeto de reclamación expresa por parte de Julio César Sánchez Cedillo, por sus derechos y como apoderado especial de Ana Leonor Valencia Vera (para los trámites administrativos no se requiere que el apoderado sea abogado), al señor Ministro de Defensa Nacional. Así consta de la documentación aparejada a la demanda, reclamación concreta y especifica formulada a la autoridad competente de la Administración Pública Central conforme al litera B) del Art. 2 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y con base y fundamento en las siguientes disposiciones: Arts. 18, 20, 23 (numerales 15, 23, 26 y 27), 30, 120, 273 y otros de la Constitución Política de 1998; Arts. 209, 210 y 211 de las normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva (con que se sustituyó desde el Art. 100 hasta el 140 del Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva); Arts. 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Se ha transcrito, textual y parcialmente la parte pertinente de la demanda).- Se reservaron la acción judicial contencioso administrativa para en caso de negativa o falta de contestación en el plazo de tres mes establecido en el Art. 212 de la Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva y se dejó constancia de que los actores no tenían la obligación legal de soportar los daños y perjuicios irrogados en contra de sus patrimonios mismos que, constitucional y legalmente, son indemnizables, puntualizando que la ocupación y destrucción del predio, instalaciones y sembríos, así como la terminación de la actividad avícola fue un acto continuo, con un momento en que se inició pero que no se supo ni se sabe cuándo concluirá, como consecuencia del minado y, sobre todo, del desminado (minas antipersonales) que, según el Diario "***El Comercio***" de Quito, anexado al alegato de los actores previo a sentencia, continúan (las labores de desminado) hasta el 20 de febrero de 2008.- Sin embargo los actores expresan que su pretensión indemnizatoria está comprendida dentro del lapso que arranca en el mes de noviembre de 1994, fecha de la ocupación del predio por

parte de las Fuerzas Armadas y hasta el 12 de septiembre de 2003 en que dicho cuerpo de terreno dejó de pertenecerles por los motivos ya expuestos en líneas anteriores de este fallo.- **DÉCIMO.-** El Art. 211 de las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, R.O. 733 de 27 de diciembre de 2002, establece que la acción de cobro por daños ocasionados por la Administración Pública Central, prescribe en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo.- El acto lesivo se produjo para los actores dentro de un periodo de tiempo comprendido entre el mes de noviembre de 1994 y concluyó (siempre para los actores) el 12 de septiembre de 2003, como ya ha quedado establecido en esta resolución; y, entre el 12 de septiembre de 2003 y el 09 de marzo de 2006, fecha de presentación del reclamo al señor Ministro de Defensa Nacional y/o el 03 de agosto de 2006, fecha de presentación de la demanda ante este Tribunal, no ha discurrido el plazo de tres años para que haya prescrito la acción judicial contencioso administrativa y, por tanto, quedan rechazadas las correspondientes excepciones tanto del señor Ministro de Defensa Nacional cuanto del señor Procurador General del Estado.- **DÉCIMO PRIMERO.** Pero, además, el 06 de abril de 2006, el Subsecretario de Defensa Nacional, por disposición del Ministro de Defensa Nacional, dio contestación al reclamo formulado por los actores, como ya se ha dicho en este fallo, anotando que la acción indemnizatoria por requisamiento (la ocupación del predio de que se trata fue un requisamiento), según Decreto Ejecutivo 2633, Registro Oficial 671 de 07 de abril de 1995, ***"prescribe en 30 días calendario contados desde la fecha en que se publique en el Registro Oficial el decreto de desmovilización la misma que se ordenó mediante Decreto No. 3420 emitido por el Presidente Constitucional de la República Arq. Sixto Durán Ballén y publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 864 del miércoles 17 de enero de 1996",*** acogiendo así el criterio del Comandante General del Ejército.- Sin embargo, y como lo hacen presente los actores, el Ministro de Defensa Nacional, a través del Subsecretario y con el criterio del Comandante del Ejército, no tenía la facultad de contestar directamente el reclamo de los actores sino que, por disposición del Art. 209 de las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, debía poner en conocimiento inmediato del Procurador General del Estado para la coordinación de la defensa estatal, violando la citada norma pese a lo cual y como ya queda dicho, el Procurador General del Estado ha ejercido a plenitud el derecho a la defensa estatal.- Además, la Constitución de 1998, aplicable, en el Art. 181, numerales 4 y 8 facultan al Presidente de la Republica declarar la emergencia y establecer zonas de seguridad, disponer la movilización, la desmovilización y las requisiciones necesarias de acuerdo con la ley.- Iguales facultades contempla la Ley de Seguridad Nacional: -Art 71- añadiendo que las requisiciones serán ***"SIN INDEMNIZACION PREVIA", lo que quiere decir que SI HABRÁN INDEMNIZACIONES DE ACUERDO CON LA LEY POR REQUISICIONES SOLO QUE NO SERÁN PREVIAS SINO DESPUÉS, CUANDO HAYA TERMINADO LA EMERGENCIA QUE DIO PASO A LA REQUISICIÓN.-*** y lo dicho se corrobora con las disposiciones de los Arts. 75 y 76 de la Ley de Seguridad Nacional que, en su orden, determinan que***: "Toda requisición da derecho a una indemnización por parte del Estado....." y, "terminada la emergencia, se restituirán los bienes requisados y se indemnizará a sus poseedores".-*** Y, ciertamente que el Presidente de la República, en un Estado de Derecho, no puede emitir decretos ejecutivos que contravengan la Constitución y la ley, como evidentemente ha acontecido en el caso que se analiza, resultando el decreto de la referencia sin valor jurídico alguno y debiendo prevalecer los mandatos expresos de la Constitución y de la Ley de Seguridad Nacional que, además, resultan del todo claros y justos.- Efectivamente, al no haber pagado por los daños ocasionados a los actores, no se ha perfeccionado la desmovilización en lo relativo al terreno ocupado o requisado que fuera de propiedad de los mismos; lo cual no admite discusión.- También es cierto que el no pago de la indemnización da como resultado la figura de la confiscación, que está prohibida por la Constitución y la ley.- Y, por último, la Carta Fundamental aplicable determina y manda que las leyes, **decretos,** acuerdos, etc. deben guardar armonía con sus disposiciones y, aquellos que no lo estén, carecen de validez.- Igual acontece entre una ley y un decreto: este debe guardar armonía respecto de aquella. El Decreto del Arq. Durán Ballén fijando treinta días de plazo para reclamar indemnizaciones por requisiciones se publicó en el R.O. 671 de 07 de abril de 1995 siendo que la Constitución aplicable, la de 1979, en su Art. 20, manda a pagar ***"las debidas indemnizaciones a los particulares por los perjuicios***

que les irroguen como consecuencia de….o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos", norma que se conserva en la Constitución de 1993, precisamente en el Art. 20 y éste es el caso.- Es decir que el Decreto del Arq. Durán Ballén no pudo contravenir las disposiciones de la Constitución bajo cuyo imperio se lo concibió y, estándolo, como queda visto, nació nulo irremediablemente.- Más aun, el Decreto presidencial transgrede abiertamente, las disposiciones de los Arts. 71, 75 y 76 de la Ley de Seguridad Nacional que ya fueron analizados en esta resolución. Dicha ley está por encima de los decretos y su vigencia (02 de agosto de 1979) es anterior a la fecha de la publicación de Decreto (07 de abril de 1995).- Es forzoso concluir que el Decreto Ejecutivo base de la negativa a la indemnización reclamada y demandada careció y carece de todo valor jurídico.- **DÉCIMO SEGUNDO.-** Los actores, en el término de prueba reprodujeron todos y cada uno de los documentos aparejados a la demanda y actuaron otras pruebas que obran de autos.- **DÉCIMO TERCERO.-** Los demandados Ministro de Defensa Nacional y Procurador General del Estado, ante tan claro panorama jurídico, nada han podido probar a favor de su negativa a pagar la indemnización demandada y, como queda visto, no han podido desvirtuar, menos enervar el derecho a las pretensiones indemnizatorias de los actores.- Mal podían hacerlo desde que han aceptado y convenido en que las Fuerzas Armadas ocuparon (requisaron) el predio que fuera de propiedad de los accionantes, procediendo a su destrucción; a la destrucción de sus instalaciones y sembríos y a la terminación forzada del negocio de cría de aves de corral, dejando constancia por escrito de aquello: el certificado y el oficio de los Comandantes del BI- I "***Constitución***" y de la- BI ."***El Oro***" que fueran analizados a cabalidad en líneas anteriores en este fallo. Siendo evidente que, era obligación de las Fuerzas Armadas y sobretodo del Ejército Nacional, una vez que, se superó el estado de emergencia nacional que vivía el territorio ecuatoriano como consecuencia de la agresión externa sufrida, restituir al actor en el goce pleno de su derecho a la propiedad sobre el inmueble requisado justamente en acatamiento del derecho de la propiedad que establecía la Constitución Política del Estado vigente en esa fecha, la misma que, en su artículo 63 señalaba que: el Estado reconoce y garantiza ese derecho. Siendo obvio por consiguiente que la demora en la restitución de los bienes causaron un estado en el actor de incapacidad para el cumplimiento de sus obligaciones con la institución crediticia, esto es, el Banco Nacional de Fomento, a ese respecto, es necesario destacar que los bienes que requisa el Estado destinados a posibilitar su integridad territorial en el momento que las Fuerzas Militares se hacen cargo del mismo, pasan a ser custodios de estos y en consecuencia, el Estado adquiere una posición de garante en relación con su buen uso y conservación más aún si se considera el hecho de que dicha requisición no tienen el carácter de sancionadora, es decir, el depositario de ese bien, cabe señalar la autoridad militar tenía la obligación de devolverlo en el estado en que éste se encontraba al momento de su requisición, salvo el normal deterioro para el uso legítimo. Es decir queda en claro que la requisición constituye el acto por medio del cual el Estado se incauta, toma para si algún bien mueble o inmueble con cargo de indemnizar pero sin que ésta obligación sea de aportación previa, bienes de propiedad privada que deben ser considerados como indispensable para atender necesidades vinculadas a la seguridad nacional en causas de extrema gravedad. La requisición de que fue objeto la propiedad del demandante fue efectuada por la autoridad militar dentro de la jurisdicción de su probable teatro de operaciones; empero, de auto no consta que la autoridad militar bajo cuyas responsabilidades se encontraban las operaciones en la provincia de El Oro haya otorgado conforme era su obligación algún recibo o acta detallada proporcionada al requisado, documento en el cual debieron haber constado los datos del bien inmueble requisado, su estado y valor, a fin de evitar abusos y mantener incólume el derecho de propiedad. A ese respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona, concepto que comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales así como cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor, incluso los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. El Tribunal encuentra que la no devolución del bien inmueble requisado en forma oportuna incidió en el valor y productividad de ésta perjudicando a su propietario, violándose con ella el derecho consagrado en el artículo 21.1 de la Convención

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Americana, en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de los actores. La demora en la devolución de la propiedad agrícola supuso una interferencia en el uso y disfrute de la misma, toda vez que su valor decreció de manera considerable. Dentro de ese contexto, si bien es cierto, resulta obvia la obligación del Estado de indemnizar al demandante por el perjuicio económico sufrido, es necesario destacar que el informe pericial constante dentro de autos no permite al Tribunal efectuar una reconstrucción lógica que le permita apreciar el daño que efectivamente se causó, es decir, no es posible que se puede valorarlo de acuerdo con los criterios de la sana crítica en conjunto con el restante acervo probatorio. **DÉCIMO CUARTO.-** Sin embargo, no es posible aceptar el valor indemnizatorio reclamado de USD 495.000 a priori.- En esta clase juicios por indemnización de daños y perjuicios, según lo establece el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por la remisión que le efectúa el artículo 77 de la Ley rectora de esta jurisdicción si no fuere posible determinar en la sentencia la cantidad a pagarse, se fijaran las bases para la liquidación, encontrando que el Perito designado por el Tribunal ingeniero agrónomo Fulton Quintana Cabrera no ha cuantificado los perjuicios irrogados, ni en lo atinente al daño emergente ni en lo que dice relación al lucro cesante, aspectos que eran y son de su obligación como auxiliar de la administración de justicia.- Sin otras consideraciones, este **Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, "ADMINISTRANDO *JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"***, acoge la demanda considerando que el Estado representado en este caso por los señores Procurador General del Estado y Ministro de Defensa Nacional deben indemnizar a los demandantes por el perjuicio que les causó por el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 1994 y el 12 de septiembre de 2003, consistentes en daño emergente y lucro cesante ocasionados en el predio que fuera de su propiedad y a que se refiere este fallo, estableciendo los diferentes rubros indemnizatorios reclamados y aceptados; valores que de ninguna manera podrán ser superiores a la cuantía establecida en la demanda. Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo. Sin costas.- **Notifíquese.**

f) Dra. Patricia Vintimilla Navarrete. PRESIDENTA. Dr. José Pincay Romero. JUEZ. Ab. Miguel Antepara Figueroa. JUEZ.

AMPLIACIÓN

TRIBUNAL DISTRITAL No. DOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL. Guayaquil, 12 de mayo de 2011. 10h31.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito de la parte actora que antecede. En virtud de las vacaciones del Dr. José Pincay Romero, integra la Sala del Tribunal la Ab. Josefina Regato Sánchez, Conjueza Permanente, conforme la acción de personal No. 2388-UARH-KZP. En mérito de los autos corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el recurso horizontal de aclaración y ampliación. De conformidad con la norma contenida en el Art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 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. El fallo dictado en la presente causa es suficientemente claro. Por tales antecedentes, se niega las peticiones de aclaración de la sentencia, formulada por la Procuraduría General del Estado. **Notifíquese**.

f) Dra. Patricia Vintimilla Navarrete, PRESIDENTA; Dr. José Pincay Romero, JUEZ. Ab. Josefina Regato Sánchez; CONJUEZA PERMANENTE.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 24 de abril de 2015. Las 10h30.

VISTOS: En virtud de que: **A)** El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo de 23 de julio de 2012 que consta en el proceso, y los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. **D)** Agréguese al expediente, y téngase en cuenta, lo dicho en el escrito de 7 de abril de 2015, 9h50, presentado por el Apoderado Especial Dr. Vinicio Andrade Álava. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 25 de abril de 2011, 8h35, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio propuesto por el señor Julio César Sánchez Cedillo y por el abogado Winston Alarcón Elizalde en calidad de apoderado especial y procurador judicial de la señora Ana Leonor Valencia Vera en contra del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado se resolvió que se:

> **"acoge la demanda considerando que el Estado representado en este caso por los señores Procurador General del Estado y Ministro de Defensa Nacional deben indemnizar a los demandantes por el perjuicio que les causó** por el período comprendido entre el mes de noviembre de 1994 y el 12 de septiembre de 2003, consistentes en daño emergente y lucro cesante ocasionados en el predio que fuera de su propiedad y a que se refiere este fallo, estableciendo los diferentes rubros indemnizatorios reclamados y aceptados; valores que de ninguna manera podrán ser superiores a la cuantía establecida en la demanda. **Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo. Sin costas.-".** (Lo resaltado es nuestro).

SEGUNDO.- 2.1.- Mediante auto de 19 de junio de 2012, 9h50, el Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el abogado Winston Alarcón Elizalde, apoderado especial y procurador judicial en esta causa, en los siguientes términos:

> "Examinado el escrito que contiene el recurso de casación interpuesto por el Ab. Winston Alarcón Elizalde se establece que: 1.- considera como norma infringida el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil. 2.- Funda el recurso interpuesto en la causal primera del Artículo 3 de la Ley de Casación. 3.- En lo referente a los fundamentos en que se apoya el recurso, debemos indicar que el recurrente alega que existe errónea interpretación del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, norma legal que está inserta en un cuerpo adjetivo, se la considera pertinente solo en lo formal (la parte de fondo se analizará en el momento procesal correspondiente) dentro de la causal invocada por cuanto se tratan (sic) de una disposición jurídica perceptiva y por los argumentos que el recurrente expone al fundamentar su recurso.-".

2.2.- El recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado (PGE) no fue admitido a trámite; y corrido traslado con el recurso admitido interpuesto por el abogado Winston Alarcón Elizalde, de PGE tampoco ha dado contestación al mismo.

2.3.- El artículo 279 del Código de Procedimiento Civil acusado de errónea interpretación en la sentencia impugnada, dispone que: *"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 de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.".*

TERCERO.- 3.1.- El recurrente en su escrito contentivo del recurso de casación argumenta que:

"No obstante la óptima calidad de la sentencia pronunciada, lo cual reconozco en escrito inmediato anterior, me veo en la necesidad de interponer, respecto de ella, recurso de casación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE DE LA PARTE EN QUE MANDA SE ESTABLEZCA EL QUANTUM A PAGAR POR LA VÍA VERBAL SUMARIA, EN APLICACIÓN DEL ART. 279 DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, en concepto de daños y perjuicios mandados a pagar.** (...). El Tribunal ordena que se establezca el valor de la indemnización que acepta en la sentencia, **EN JUICIO VERBAL SUMARIO**, mismo que entraña un largo camino procesal, susceptible de dos instancias y del recurso de casación, **SIN BASE LEGAL ALGUNA Y ATENTANDO CONTRA EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL, INFLUYENDO DETERMINANTEMENTE EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO".**

3.2.- En el numeral 5 de su recurso de casación, el recurrente solicita expresamente:

"Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, casando parcialmente el fallo recurrido, aplicando en su texto, en su contexto y en su espíritu, CON LA REAL Y VERDADERA INTERPRETACIÓN, la norma del Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, mal y erradamente interpreta al aplicarla por el Tribunal Distrital Número Dos de lo Contencioso Administrativo -Guayaquil-, **rectifique la o las partes de la sentencia recurrida ordenando que se establezca el monto de la indemnización por daños y perjuicios aceptada, por medio del Perito que actuó en el juicio procediendo a valorar los rubros indemnizatorios contemplados en su informe aprobado en sentencia y en el que han omitido dichas valoraciones, según la propia aserción del Tribunal Distrital en la sentencia, dentro de este mismo juicio y en su fase de ejecución.".**

CUARTO.- La sentencia impugnada dictada el 25 de abril de 2011, 8h35, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, dice:

"DÉCIMO PRIMERO.-... Y, ciertamente que el Presidente de la República, en un Estado de Derecho, no puede emitir Decretos Ejecutivos que contravengan la Constitución y la ley, como evidentemente ha acontecido en el caso que se analiza, resultando el decreto de la referencia sin valor jurídico alguno y debiendo prevalecer los mandatos expresos de la Constitución y de la Ley de Seguridad Nacional que, además, resultan del todo claros y justos.- Efectivamente, al no haber pagado por los daños ocasionados a los actores, no se ha perfeccionado la desmovilización en lo relativo al terreno ocupado o requisado que fuera de propiedad de los mismos, lo cual no admite discusión.- También es cierto que el no pago de la indemnización da como resultado la figura de la confiscación que está prohibida por la Constitución y la ley.- Y, por último, la Carta Fundamental aplicable determina y manda que las leyes, decretos, acuerdo, etc. deben guardar armonía con sus disposiciones y, aquellos que no lo estén, carecen de validez.- Igual acontece entre una ley y un decreto: éste debe guardar armonía respecto de aquella. El Decreto del Arq. Durán Ballén fijando treinta días de plazo para reclamar indemnizaciones por requisiciones se publicó en el R.O. 671 de 07 de abril de 1995 **siendo que la Constitución aplicable, la de 1979, en su Art. 20, manda a pagar *"las debidas indemnizaciones a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de... o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos",* norma que se conserva en la Constitución de 1993, precisamente en el Art. 20 y este es el caso.-**... DÉCIMO TERCERO.- (...) Dentro de este contexto si bien es cierto, resulta obvia la obligación del Estado de indemnizar al demandante por el perjuicio económico sufrido, **es necesario destacar que el informe pericial constante dentro de autos no permite al Tribunal efectuar una construcción lógica que le permita apreciar el daño que efectivamente se causó, es decir, no es posible que se pueda valorarlo de acuerdo con los criterios de la sana crítica en conjunto con el restante acervo probatorio.** DÉCIMO CUARTO.- Sin embargo, no es posible aceptar el valor indemnizatorio reclamado de USD 495.000 a priori. En esta clase de juicios por indemnización de daños y perjuicios, según lo establece el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por la remisión que le efectúa

el artículo 77 de la Ley rectora de esta jurisdicción **si no fuere posible determinar en la sentencia la cantidad a pagarse, se fijarán las bases para la liquidación, encontrando que el Perito designado por el Tribunal ingeniero agrónomo Fulton Quintana Cabrera no ha cuantificado los perjuicios irrogados, ni en lo atinente al daño emergente ni en lo que dice relación al lucro cesante, aspectos que eran y son de su obligación como auxiliar de la administración de justicia.-** sin otras consideraciones, este Tribunal Distrital No. 1 (sic) de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, *ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"*, **acoge La demanda considerando que el Estado representado en este caso por los señores Procurador General del Estado y Ministro de Defensa Nacional deben indemnizar a los demandantes por el perjuicio que les causó por el período comprendido entre el mes de noviembre de 1994 y el 12 de septiembre de 2003, consistentes en daño emergente y lucro cesante ocasionados en el predio que fuera de su propiedad y a que se refiere este fallo,** estableciendo los diferentes rubros indemnizatorios reclamados y aceptados; valores que de ninguna manera podrán ser superiores a la cuantía establecida en la demanda. **Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo**. Sin costas.-". (Las negritas y el subrayado nos pertenecen).

QUINTO.- 5.1.- El artículo 20 de la Constitución Política anterior disponía 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. 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."

5.2.- Los primeros incisos del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República actual disponen que:

"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.". (...).

5.3.- Estos artículos constitucionales tienen plena concordancia, para el caso que nos ocupa, con el artículo 217 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala que:

"Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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;"

SEXTO.- Este Tribunal de Casación, debe tomar en cuenta lo que manda el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil (CPC), los cuales dicen:

6.1.- El artículo constitucional indicado 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: 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.".

6.2.- El Art. 269 CPC determina que: "Sentencia es la decisión de la jueza o del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio".

SÉPTIMO.- 7.1.- Evidentemente la sentencia impugnada contiene un error de carácter trascendente, y una total falta de motivación, cuando en su parte resolutiva termina disponiendo, una vez que se declara con lugar la demanda y se reconoce el derecho de los actores a ser indemnizados, que ***"Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo"***; cuando "precisamente" se instauró el juicio No. 271-2006 por el señor Julio Cesar Sánchez Cedillo y la señora Ana Leonor Valencia Vera en contra del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado, para que se les indemnice por el supuesto grave perjuicio económico patrimonial, por daño emergente y lucro cesante ocasionados con, un monto económico de 495.000,00 dólares más los intereses de ley (demanda que consta de fojas 196 a 210 del expediente del juicio de instancia).

7.2.- Este Tribunal de Casación considera, conforme se desprende de la sentencia de instancia de 25 de abril de 2011, **que si la misma basó su decisión principalmente en el artículo 20 de la Constitución Política anterior, no puede únicamente declarar con lugar la demanda y establecer el derecho del actor, y no pronunciarse sobre lo principal, que en caso de ser aceptada la demanda, es precisamente el valor económico de la indemnización a que tienen derecho los actores, dentro de su pretensión**; esto es en la sentencia del Tribunal Distrital indicado bajo ninguna circunstancia se podía dejar de pronunciar sobre el monto económico de la indemnización a que tendrían derecho los actores entre un centavo de dólar hasta cuatrocientos noventa y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América; **no pudiendo los jueces que firman la sentencia de instancia obviar pronunciarse sobre lo principal, esto es el monto concreto y exacto al cuál ellos creen, una vez que han aceptado la demanda, tienen derecho los actores dentro de su pretensión;** de así hacerlo (como lo han hecho en el caso que nos ocupa) en realidad no estarían administrando justicia, dado que **no habrían cumplido con su obligación legal de sentenciar** (decidir acerca del asunto *principal* del juicio) **conforme la jurisdicción y competencia que les otorga la Ley** en los artículos 150 y 217 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), **violentándose los principios de "legalidad, jurisdicción y competencia"** señalado en el artículo 7 del COFJ que dispone que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la Ley, **y el de la obligatoriedad de administrar justicia** señalado en el artículo 28 del COFJ, que en lo principal dispone **que las juezas y jueces juzgarán y harán que se ejecute lo juzgado, y que no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia.**

7.2.1.- Resultando completamente improcedente, que para evitar pronunciarse sobre lo principal, esto es el monto de la indemnización, en la sentencia de instancia los jueces distritales que la suscriben, en el considerando décimo tercero y décimo cuarto digan que: *"DÉCIMO TERCERO.- (...) Dentro de este contexto si bien es cierto, resulta obvia la obligación del Estado de indemnizar al demandante par el perjuicio económico sufrido,* ***es necesario destacar que el informe pericial constante dentro de autos no permite al Tribunal efectuar una construcción lógica que le permita apreciar el daño que efectivamente se causó, es decir, no es posible que se pueda valorarlo de acuerdo con los criterios de la sana crítica en conjunto con el restante acervo probatorio****. DÉCIMO CUARTO.- Sin embargo, no es posible aceptar el valor indemnizatorio reclamado de USD 495.000 a priori. En esta clase de juicios par indemnización de daños y perjuicios, según lo establece el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por la remisión que le efectúa el artículo 77 de la Ley rectora de esta jurisdicción* ***si no fuere posible determinar en la sentencia la cantidad a pagarse, se fijarán las bases para la liquidación, encontrando que el Perito designado por el Tribunal ingeniero agrónomo Fulton Quintana Cabrera no ha cuantificado los perjuicios irrogados, ni en lo atinente al daño emergente ni en lo que dice relación al lucro cesante, aspectos que eran y son de su obligación como auxiliar de la administración de justicia.*** *Sin otras consideraciones...-".* (Lo resaltado es nuestro), pues evidentemente, no porque el perito no cuantifica con precisión los daños y perjuicios puede un Tribunal de Justicia excusarse o abstenerse de hacerlo, **pues obviamente la obligación legal**

de fijar la indemnización recae sobre las y los jueces que sentencian.

7.3.- Podría eventualmente darse un caso, en el cual la indemnización no sería de carácter económico, sino de otra índole dentro de la reparación por las violaciones a los derechos de los particulares (ejemplo: la restitución del derecho, la rehabilitación, la garantía de que el hecho no se repita, etc.); pero aún en esta situación en la sentencia que dicta el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, igual tendría que pronunciarse diciendo, una vez que se acepta la demanda, que la o el accionante no tienen derecho a ninguna compensación económica, pero si a otras formas de reparación integral por el daño producido. **En definitiva, la sentencia de instancia siempre debe pronunciarse, de manera concreta y exacta, con relación al tipo de indemnización -económica o no- que corresponde al accionante al cual se le acepta la demanda.**

OCTAVO.- No corresponde a este Tribunal de Casación pronunciarse en este momento sobre la pertinencia o no de aplicar al presente caso el artículo 20 de la Constitución Política anterior, esto es la institución de "la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado", como efectivamente lo han hecho los jueces distritales en la sentencia referida; **pero dado que la han aplicado, este Tribunal no puede dejar de observar la sentencia, toda vez de no hacerlo podría dejar un precedente nefasto y desestructurar el muy complejo sistema de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado** (de ser aplicable), señalada anteriormente en el artículo 20 de la Constitución Política y en el actual artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República vigente; **puesto que:**

8.1.- AI no fijarse la indemnización concreta no se estaría cumpliendo con lo que disponía el artículo 20 de la Constitución Política, ni con el actual artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República vigente, respecto a la obligación de indemnizar o de reparar, de manera concreta y cierta, las violaciones a los derechos de los particulares, por los diferentes aspectos que conlleva la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado; **en concordancia en el presente caso con el artículo 217 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.**

8.2.- Se estaría vaciando de contenido práctico a las normas constitucionales antes referidas dándoles un efecto meramente declarativo. Obligando así, indebidamente a la o al ciudadano (o extranjero) a tener que "empezar", una vez terminado y ganado el supuesto "proceso de declaración", otro "proceso de condena" que tenga por finalidad hacer efectiva la declaración precedente; **lo cual resulta totalmente indebido y frontalmente contradictorio con la aplicación directa de las normas constitucionales, normas que además son de inmediato cumplimiento y aplicación,** conforme lo manda el artículo 426 de la Constitución de la República.

8.3.- Por lo que resulta totalmente inmotivado e injurídico que se diga al final de la parte resolutiva de la sentencia de instancia, que *"Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo."*, cuando este mismo juicio No. 271-2006 habría sido instaurado para que precisamente se condene al Estado, de ser el caso, a pagar una indemnización concreta.

8.3.1.- Ello por otra parte, conduciría a una equivocada prejudicialidad, pues supuestamente primero tendría que obtenerse una sentencia declarativa (declarar el derecho a ser indemnizado) en la jurisdicción contencioso administrativa, para supuestamente recién entonces iniciar en la jurisdicción civil, en vía verbal sumaria, un proceso de condena (para fijar el tipo o monto de la indemnización).

8.4.- Además, se pretende, de manera totalmente antijurídica, y desestructurando ahora no solo el delicado sistema de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sino también el sistema de casación, **en convertir al Tribunal de Casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en prácticamente un juzgado de liquidaciones,** pues se podría incorrectamente argüir en ciertos casos que *"el derecho ya fue declarado por el Tribunal de instancia"*, y que al Tribunal de Casación únicamente le correspondería *"liquidar el monto económico de la indemnización"*, lo cual obviamente sería una conceptualización jurídica absolutamente incorrecta.

8.5.- Pudiendo darse además en el presente caso otra distorsión procesal, esto es que el monto de la indemnización (si fuese fijado por primera vez por esta Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia) no podría ser discutido o impugnado ante un tribunal superior dentro de la justicia ordinaria (obviamente muy distinto es el caso cuando en la sentencia impugnada se rechaza la demanda,

pero aquí fue aceptada), lo cual conllevaría al subsiguiente absurdo procesal de que si la parte actora no está conforme con el monto de la indemnización que fuere puesto por el Tribunal de Casación, entonces trataría de a través de la acción extraordinaria de protección constitucional intentar que la Corte Constitucional revea tal monto y señale otro, lo cual una vez más resultaría totalmente improcedente.

NOVENO.- 9.1.- Es indispensable, por otra parte, que reflexionemos, en el significado mismo de la institución de la casación, la cual sobre todo en materia contencioso administrativa ***tiene una acentuada función nomofiláctica y uniformadora de la jurisprudencia;*** *ciertamente junto a la función reparadora del caso concreto. Debe por tanto estarse, ante todo, a la primera función de la casación que es la nomofiláctica*, esto es lograr la vigilancia sobre la aplicación de las normas legales y por tanto el cumplimiento del derecho objetivo **(más aún si hay la aplicación o interpretación de una norma constitucional de por medio de manera principal, como se da en el presente caso con el artículo 20 de la anterior Constitución Política)** en las sentencias de los tribunales inferiores, con la función *uniformadora de la jurisprudencia*, a efecto de que las partes reciban un mismo trato ante una situación igual o muy similar, a través de los fallos de la Corte Nacional de Justicia.

9.2- En esta Sala se han resuelto ya casos sobre el complejo tema de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, conforme los artículos 20 de la Constitución Política anterior y el actual artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, así los casos entre otros: **a)** Guadalupe Larriva – Estado ecuatoriano (Fuerzas Armadas), con sentencia de mayoría y voto salvado de 24 de agosto de 2012 (Resolución No. 246-2012); **b)** Leonardo Javier Morales Briones – Emelmanabí S.A. y Procurador General del Estado, con sentencia de mayoría y voto salvado de 25 de febrero de 2013 (Resolución No. 109-2013); **c)** Génesis Dayana y Leonela Diamney Zambrano Cajape – Emelmanabí S.A. y Procurador General del Estado, con sentencia de mayoría y voto salvado de 4 de marzo de 2013 (Resolución No. 111-2013); **en los cuales los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca y No. 4 con sede Portoviejo, en sus sentencias de instancia impugnadas nunca se les ocurrió hacer lo que se ha hecho en la sentencia impugnada que nos ocupa dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil,** esto es declarar con lugar la demanda y establecer el derecho del actor a hacer efectiva la indemnización consagrada en el artículo 20 de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador, concordante con el artículo 11, numeral 9 de la actual Carta Magna, como responsabilidad del Estado, *para acto seguido decir que tal indemnización debe ser reclamada en la vía verbal sumaria [esto es en "otro" juicio, de carácter civil]*, lo cual resulta totalmente incorrecto conforme se ha explicado.

Sin más consideraciones por no ser necesarias, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** En aplicación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, se considera nula la sentencia dictada el 25 de abril de 2011, 8h35, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, conforme se ha explicado en los considerandos séptimo, octavo y noveno de esta sentencia, al haberse constatado que la misma ha dado a una acción de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, basada en el artículo 20 de la Constitución Política anterior, un tratamiento de proceso declarativo puro cuando debía ciertamente darle el tratamiento de proceso de condena, sin motivar de ninguna manera en la parte resolutiva final de la sentencia anulada, que: *"Para fijar el monto indemnizatorio por cuerda separada y en la vía verbal sumaria se establecerá el quantum a pagar una vez ejecutoriado este fallo."*, lo cual es absolutamente incorrecto, y deviene en que la y los jueces distritales que suscriben la sentencia en realidad no habrían cumplido con su obligación legal de sentenciar, conforme la jurisdicción y competencia que les otorga la ley.

Se devuelve todo el proceso al Tribunal Distrital de origen para que, de manera inmediata y dando preferencia al mismo teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, se sortee un nuevo tribunal de juezas y jueces distritales para que dicten la sentencia que corresponda. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo JUEZ NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera JUEZA NACIONAL.

II

Resolución nro. 0173-2015
Juicio nro. 587-2012

Juicio contencioso administrativo propuesto por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE, contra el representante legal de la Compañía demandada LA FABRIL S.A.

SÍNTESIS

El representante legal de la Compañía demandada LA FABRIL S.A., deduce recurso de casación respecto del fallo expedido por el Tribunal Distrital N° 4 de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, que declara con lugar la demanda propuesta por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE en contra de la Compañía recurrente, en razón de lo que prescribe el artículo 23 letra d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y artículo 38 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y, considera válido el acto administrativo de declaratoria de lesividad, al tiempo que deja sin efecto la resolución que dispone la devolución de valores a favor de la Compañía demandada.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al considerar que las alegaciones formuladas al amparo de la causal 3ª del artículo 3 de la Ley de Casación carecen de fundamento, y que la acción de lesividad no ha caducado en los términos del artículo 168 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, niega el recurso de casación interpuesto y no casa la sentencia materia de impugnación.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juez Ponente: Dr. Gerardo Caicedo Barragán

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ. TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 4 CON SEDE EN PORTOVIEJO. Portoviejo, martes 7 de agosto del 2012, las 09h04. (2009-00..) (sic).

VISTOS: ECONOMISTA SANTIAGO EFRAIN LEÓN ABAD, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, comparece ante este Tribunal y propone acción de lesividad en contra de Carlos Esteban González Artigas Loor, por los derechos que representa de la compañía LA FABRIL S.A. El actor sostiene los siguientes hechos: 1.- Que mediante resolución No. GGN-DRR-RE-0065 del 16 de enero de 2006, dictada por el Ec. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dispuso se devuelva a la compañía La Fabril S.A., la suma de $ 1'611.292,60, más los intereses de ley, según el siguiente desglose: por la Gerencia Distrital de Guayaquil: $ 1'010.600,00; por la Gerencia Distrital de Manta: $ 588.152,31; por la Gerencia Distrital de Quito: $ 4.247,47; y, por la Gerencia Distrital de Tulcán: $ 8.322,90. 2.- Que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, del 16 de enero del 2006, cuya lesividad se demanda, constituye un acto administrativo emitido por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en ejercicio de sus atribuciones, por lo que, por la naturaleza jurídica de dicho acto, la competencia corresponde a este Tribunal; 3.- Que en el mes de febrero del 2003, la compañía La Fabril S.A., solicitó a los Gerentes Distritales de Guayaquil, Quito, Tulcán y Manta, le sean devueltos los valores indicados anteriormente, lo cual fue negado mediante las resoluciones: No. GER-0859 de marzo 19 del 2003 por la Gerencia Distrital de Guayaquil; resolución sin número de 19 de marzo del 2003 dictada por la Gerencia Distrital de Quito; resolución sin número del 4 de abril del 2003 dictada por la Gerencia Distrital de Manta; y, resolución sin número de 31 de marzo del 2003 dictada por la Gerencia Distrital de Tulcán. 4.- Ante la negativa de la Autoridad Administrativa Aduanera, la compañía La Fabril S.A., planteó la Acción de Amparo Constitucional

ante el Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil de Guayaquil, en contra de los Gerentes Distritales de la Corporación Aduanera Ecuatoriana de: Guayaquil, Manta, Quito y Tulcán, la misma que fue concedida y se ordena que se emitan las notas de crédito a favor de La Fabril S.A., por los valores reclamados. 5.- En cumplimiento de lo ordenado judicialmente, la Gerencia Distrital de Manta emitió la nota de crédito No. 005727 el 28 de mayo del 2004, a favor de La Fabril S.A., por un millón cuarenta y seis mil quinientos veinte dólares de los Estados Unidos de América con treinta y un centavos ($ 1'046.520,31) más los intereses, cuyo informe aprobado por la Contraloría General del Estado con el número 053-DR1-UAI-2008. 6.- La resolución del Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil de Guayaquil que concede el Amparo Constitucional a favor de La Fabril S.A., fue apelada ante el Tribunal Constitucional, éste organismo, dictó la resolución No. 348-2003-RA de fecha 18 de mayo del 2004, publicada en el Registro Oficial No. 478, del 9 de diciembre de 2004, que revoca la resolución del Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil de Guayaquil y desecha el amparo constitucional, propuesto por la compañía La Fabril S.A., en contra de los Gerentes Distritales de Guayaquil, Manta, Quito y Tulcán. 7.- Posteriormente con fecha 22 de diciembre del 2004, la empresa La Fabril S.A., presenta recurso de revisión ante la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, trámite signado con número 340-2004, dentro del cual se dicta la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, suscrita por el Ec. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en la que se declara con lugar las pretensiones de la compañía La Fabril S.A., sin considerar la resolución del Tribunal Constitucional; 8.- Los Gerentes Distritales, solicitaron al Gerente General de la CAE, que de conformidad con el art. 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ratifique o rectifique lo dispuesta en la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006. 9.- La empresa La Fabril S.A., sustentó sus reclamaciones en la sentencia dictada dentro del proceso No. 07-AI-98, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 10.- Entre los años 1997 y 2000, la empresa La Fabril S.A., canceló al Estado Ecuatoriano valores en cumplimiento de normas jurídicas que posteriormente fueron derogadas por disposición de la sentencia dictada, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que la empresa reclamante, plantea que son de cumplimiento obligatorio y que da lugar a la indemnización de perjuicios por parte del Estado incumplido; 11.- Que en relación a lo expuesto señala que la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la sentencia dictada dentro del proceso No. 07-AI-98, por el tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se pronunció en sentencia No. 30-2005 publicada en el R.O. No. 398 de noviembre 16 del 2006, en el sentido que: "SÉPTIMO. Si bien las normas emitidas por los organismos de la Comunidad Andina de Naciones son de directa aplicación y prevalecen sobre la legislación interna, su alcance es el que fluye de sus propio texto (sic). La sentencia en cuestión dispuso que el Ecuador derogue medidas de orden interno contraria al Arancel Externo Común, más, de ninguna manera tuvo el resultado de dejarlas sin efecto. Hasta tanto la Administración Aduanera estaba en la obligación de aplicar las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 1207, Registro Oficial No. 285 del 27 de marzo de 1998 y No. 609 Registro Oficial No. 140 de 3 de marzo de 1999, que el Presidente de la República, en atención a la crisis económica y la situación de emergencia nacional, declarada mediante el Decreto No. 928, R.O. No. 218 de 18 de diciembre de 1997, dictó el Arancel Nacional de Importaciones, estableciendo un aumento en las tarifas de *ad valorem*. 13.- Que a través del Decreto No. 609 se deroga, los incrementos a las tarifas de derechos arancelarios dispuestas mediante el Decreto No. 1207 y se establece una cláusula de salvaguardia, respecto de todas las partidas del universo arancelario con excepción de las importaciones diplomáticas, sustentado en el art. 107 del Acuerdo Cartagena, vigente a esa fecha, Decisión No. 406 de junio 25 de 1997, que facultaba establecer cláusulas de salvaguardia, para corregir el desequilibrio en la balanza de pagos, Decisión No. 389 que instituyó el Reglamento de Aplicación de las Salvaguardias. 14.- Que en aras de garantizar la seguridad jurídica y en virtud de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la vía correcta para que la administración obtenga la anulación de un acto administrativo que reconoce derechos de los administrados es la acción de lesividad. 15.- La CAE, por considerar lesivo al interés público, el acto administrativo contenido en la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, emitido por la Gerencia General de la CAE, dicta la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-021 de

enero 13 del 2009, tal como consta en la resolución. 16.- Fundamenta la acción en los arts. 23 letra d) y 24 letra b) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa en concordancia con los arts. 27, 29, 65, 77, 1 y el tercer inciso del art. 3 *ibídem*. 17.- Las pretensiones del actor son: que con los argumentos expuestos, en sentencia motivada se declare que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006 es contraria a derecho y en consecuencia se anule la misma, por cuanto es lesiva para el interés público, al ordenar la ilegal devolución de $ 1'611.292,60, valor que se ha multiplicado si se suma los intereses que la misma resolución ordena pagar. Con la acción de lesividad propuesta, por el Eco. León Santiago Abad, Gerente General de la CAE, en contra de la empresa LA FABRIL S.A., en la persona de su responsabilidad legal, Carlos Esteban González-Artigas Loor. Por reunir los requisitos de admisibilidad, se ha aceptado a trámite, disponiéndose que se cite con copia de la misma y el auto recaído, conforme lo señalado en la demanda, mediante providencia que consta de fojas 71 del proceso. Citado legalmente por medio de Comisión al Juez Duodécimo de lo Civil del cantón Montecristi, la empresa LA FABRIL S.A., comparece a juicio por intermedio de la Dra. Rosa Gilces Pisco, ofreciendo poder o ratificación de gestiones de la compañía LA FABRIL S.A., en escritos de fechas 26 las 09:00 y 29 de junio del 2009, las 17:50 que constan de fojas 77 a 89 de los autos, con siete fojas adjuntas, quien ratifica sus gestiones mediante escrito que consta de fojas 77 del proceso, contesta la demanda, señala casillero y plantea las excepciones; en lo principal: 1.- Inexistencia de la resolución cuya nulidad se pretende, pues aquella corresponde el No. GGN-DRR-RE-0065, es de fecha 12 de enero del 2006 y no del 16 de enero de dicho año como equivocadamente afirma en ente actor. Al respecto, de fojas 142 a 144 y vuelta del proceso consta copia certificada de la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, es de fecha 12 de enero de 2006, las 15h30, suscrita con fecha 16 de enero de 2006, por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, Ec. Carlos Banchón Villamar, en la que: "... declara con lugar, el recurso de revisión No. 340-2004, insinuado por Carlos González Artigas Loor, por los derechos que representa de la empresa compañía LA FABRIL S.A. y como consecuencia jurídica, la invalidez de los actos administrativos contenidos en las resoluciones dictadas el 20 de febrero de 2003, por el Gerente Distrital de la Aduana de Quito; el 10 de febrero de 2003, por el Gerente Distrital de Guayaquil, en el reclamo administrativo 0070-2003, 21 de febrero del 2003 por el Gerente Distrital de la Aduana de Manta, y el 26 de febrero del 2003 por la Aduana de Tulcán", lo cual desvirtúa la excepción de inexistencia de dicha resolución; 2.- Improcedencia de la acción de lesividad, tano la declaratoria como la acción, impulsadas por la Gerencia de la Corporación Aduanera, son improcedentes, según nuestra legislación únicamente cabe contra actos anulables en razón de la legitimidad y no de la oportunidad. La misma Gerencia en el apartado IV de la demanda señala que su pretensión es que se declare la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de 16 de enero del 2006, es contraria a derecho y pide que se anule la misma por ser lesiva al interés público, no está establecido en la normativa ecuatoriana. Según el art. 168 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, podrán ser declarados lesivos los actos anulables y el art. 130 del mismo cuerpo normativo, declara que son anulables aquellos actos que no sean nulos de pleno derecho o radicales; 3.- Validez de la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de 12 de enero del 2006, aclarada en providencia No. 151 del 16 de enero del 2006 y notificada a LA FABRIL S.A., el 23 de enero del mismo año, la que al tenor a los arts. 5 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y 82 del Código Tributario causó estado; 4.- No es susceptible de recurso administrativo alguno y goza de presunción de legitimidad, al haber sido dictada por la autoridad y el órgano competente cumpliendo con los requisitos de la Ley de Aduanas, en ejercicio de las atribuciones que le confiere en razón de la materia y tiempo, privilegiando la norma constitucional en primer lugar y la andina en segundo lugar; 5.- La resolución No. GGN-DRR-RE-0065 no puede ser declarada lesiva, no corresponde a los actos anulables, conforme al art. 130 del ERJAFE, tampoco viola norma constitucional o legal alguna, en aras de la adecuada y efectiva tutela de las garantías y derechos de las personas, con el irrestricto y permanente apego a los principios esenciales; 6.- Incapacidad de la administración aduanera para revisar un acto perfecto, tal como aparece de las facultades regladas de la Gerencia General, así como art. 23 literal d) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, pueden demandar que no es conforme a derecho una actuación del órgano público, entre

otros, el órgano autor que no lo pudiere anular o revocar por sí mismo; 7.- Del expediente administrativo No. 340-2004 impulsado por la compañía, en pleno ejercicio de la facultad de auto-tutela, aparece que, la Gerencia General de la Cae resolvió aceptar las impugnaciones contra diversas resoluciones dictadas por varias Gerencias Distritales, revocándolas y aceptando el reclamo planteado por LA FABRIL S.A., respecto de la salvaguardia arancelaria; 8.- La Gerencia General, en la resolución GGN-DRR-RE-0065 de 12 de enero del 2006, notificada el 16 del mismo mes y año, reconoció la naturaleza de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones dentro de la acción de incumplimiento No. 007-Al-98, que según el art. 30 de la Decisión No. 472 que codifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, es título suficiente, para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios por el ilegítimo cobro de las salvaguardias arancelarias le causó, por lo que aceptó el recurso de revisión propuesto por la compañía que representa; 9.- Incapacidad de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para ejercer la facultad de declarar la lesividad de actos administrativos. La Gerencia General invocó para dictar la declaratoria de lesividad antecedente de esta acción lo determinado en el art. 23 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en una apreciación sesgada. Cabe afirmar que los reglamentos orgánico funcionales, los que guardan relación con las leyes que los rigen y en cuanto fueren aplicables, con las disposiciones de este estatuto; 10.- Nulidad de la declaratoria de lesividad y violación del debido proceso, la declaratoria de lesividad No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, dictada dentro del trámite 018-2008, pese a que se refiere a una resolución inexistente, es nula por cuanto viola la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República, desarrollada normativamente en el mismo Estatuto que por decisión propia la Gerencia General utilizó como marco de su actuación; 11.- El art. 147 numeral 4 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece de forma imperativa la apertura de un período de prueba, cuando lo solicite el interesado y el numeral 2, determina que dicho período no puede ser menor a 10 ni mayor a 20 días, disposiciones que fueron quebrantadas por la Gerencia General de la CAE, cuando sin conceder dicho término de prueba, dictó apuradamente el 13 de enero del 2009 la resolución No. GGn-GAJ-DRR-RE-0053 de marras y notificada el 14 de enero del mismo mes y año; 12.- Posteriormente, el 16 de enero del 2009 LA FABRIL S.A. pidió la revocatoria de la resolución, la que fue negada en providencia No. 0139 de 29 de enero del 2009, las 09h50 y notificada el 30 de enero del 2009, que según el art. 170 del ERJAFE debía emitir; 13.- Sostiene que la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, en sentencia dictada el 30 de agosto de 1983 dentro del juicio seguido por TEXACO Petroleum Company y Gulf Oil (sic) señala que la falta de concesión del mencionado término probatorio, causa indefensión y genera nulidad y que llama la atención que el argumento, improcedente, inconstitucional, ilegítimo e ilegal que utilizó la Gerencia General que incoa esta acción, para negar la revocatoria y que el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, prevé que iniciadas las acciones judiciales, quedan insubsistentes los reclamos planteados en sede administrativa; 14.- Esta regla hace alusión al hecho de que el administrado decida directamente accionar judicialmente contra el poder público sin agotar la vía administrativa, lo que constituye una prerrogativa de aquel, más no los entes del Estado, por ello es ilegítima la conducta de la administración aduanera cuando niega la revocatoria solicitada; 15.- Pretensión imperfecta. La pretensión de la Gerencia General accionante es imperfecta, pues se refiere a la solicitud expresa de que se declare como no ajustada a derecho una resolución inexistente, es imperfecta también por cuanto en ella no solicita ni redime la validez de la declaratoria de lesividad que consta en la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, que es lo que en derecho procede, sino que solicita se anule la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de 12 de enero del 2006, notificada el 16 de enero del 2006; 16.- Como pretensión, solicita al Tribunal que consideradas las excepciones planteadas y razones esgrimidas que en sentencia motivada se resuelva: Desechar la demanda propuesta por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, declarar al tenor del art. 424 de la Constitución de la República les impone hacer, que la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, adolece de ineficacia jurídica y es nula de pleno derecho y que al declarar la nulidad disponga que se deje sin

efecto todas las actuaciones administrativas de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana desde el 13 de enero del 2009 y posteriores debiendo reponerse el expediente administrativo No. 018-2008 al Estado de concederse el término de prueba solicitado dentro del mismo. La Procuraduría General del Estado, comparece a juicio por intermedio del Dr. Jaime Andrés Robles Cedeño, Director Regional No. 3 de la Procuraduría General del estado para Manabí y Esmeraldas, mediante escrito que consta de foja 66 del proceso, manifiesta que dentro del ámbito de competencia de la Procuraduría General del Estado, se encuentra la de "Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o 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", así lo manda el literal c) del art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, solicita que se dé cumplimiento al art. 1007 del Código de Procedimiento Civil, a efecto de que se anexe a las providencias que le correspondan a la Procuraduría General del Estado, las copias que presentan las partes, en cumplimiento del mandato legal al que se ha referido, señala el casillero judicial No. 168 para sus notificaciones sin plantear excepciones y autoriza al Abg. José Coveña Román, como su abogado defensor. Abierta la causa a prueba, por el término de diez días, mediante providencia de fecha 2 de julio del 2009, las 08h3020 (sic) que consta a fojas 96 de los autos. En la etapa probatoria, se han solicitado, ordenado y practicado pruebas documentales que constan integradas al proceso que han sido analizadas y valoradas en su conjunto, en forma detenida por el Tribunal. Encontrándose la causa en estado de resolver, el Tribunal considera: **PRIMERO.-** De conformidad con los artículos 173 de la Constitución de la República de 2008; concordante con el artículo 38, inciso primero de la Ley de Modernización del Estado, art. 1, 3, 10, 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en armonía con el art. 97 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE); se declara la competencia de este Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, para conocer y resolver esta causa; **SEGUNDO.-** De acuerdo al art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al tiempo de expedir la sentencia, el tribunal debe examinar conjuntamente los vicios de nulidad y la cuestión o cuestiones controvertidas, examinado el proceso se encuentra que no existe omisión de solemnidad sustancial que incida en la sentencia, por lo que se declara la validez del proceso; **TERCERO.-** Las pretensiones de la entidad accionante, Corporación Aduanera Ecuatoriana son; que con los argumentos expuestos, en sentencia motivada se declare que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006 es contraria a derecho y en consecuencia se anule la misma, por cuanto es lesiva para el interés público, al ordenar la ilegal devolución de $1'611.292,60, valor que se ha multiplicado si se suma los intereses que la misma resolución ordena pagar; **CUARTO.-** La CAE sostiene que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de 12 de enero del 2006, fue aclarada y resuelta por el Econ. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la CAE, mediante resolución No. 0151 de fecha 16 de enero del 2006 y notificada a LA FABRIL S.A., el 23 de enero del 2006, según consta en copia certificada de foja 142 a 145 de los autos; **QUINTO.-** En la especie, el acto declarado lesivo, por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, es la resolución No. GGG-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, suscrito por el Eco. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la CAE, de la época, que consta de fojas 142 a 144 y vuelta del proceso, en la que se dispone devolver la cantidad de $1'611.322,47, más los intereses de ley contemplados en el art. 21 del Código Tributario, a LA FABRIL S.A., por los valores indebidamente pagados, la entidad accionante, por considerar lesivo al interés nacional, para lo cual dicta la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 de enero de 2009, las 13h00, que consta en autos de fojas 40 a 44 y vuelta del proceso, adjuntada a la demanda y reproducida como prueba en la etapa probatoria; **SEXTO.-** LA FABRIL S.A., manifiesta y sostiene la inexistencia de la resolución cuya nulidad se pretende, pues aquella corresponde el No. GGN-DRR-RE-0065, es de fecha 12 de enero del 2006 y no del 16 de enero de dicho año. Al respecto, de fojas 57 a 59 y vuelta del proceso, al igual que de fojas 142 a 144 y vuelta de los autos, consta en copias certificadas, la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de fecha 12 de enero del 2006, las 15h30 y notificada el 16 de enero del 2006, suscrita por el Econ. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del recurso de revisión No. 340-2004, presentado por el señor Carlos González Artigas-Díaz,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

representante de la compañía LA FABRIL S.A., notificada el 23 de enero del mismo año; resolución que LA FABRIL S.A. sostiene que causó estado, al tenor de los arts. 5 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y 82 del Código Tributario; **SÉPTIMO.-** Ante los argumentos de la Corporación Aduanera Ecuatoriana expresados en la demanda y las excepciones planteadas, por la entidad demandada LA FABRIL S.A., de conformidad a los arts. 1, 3, 10 y 23, d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde al Tribunal, observar, analizar, verificar la procedencia o no de las excepciones, la legitimidad y legalidad de los actos emanados por la administración pública; **OCTAVO.-** En el caso que nos ocupa, de la revisión de los recaudos procesales, se establece que: 1.- La Corporación Aduanera Ecuatoriana, es una persona jurídica de derecho público, creada mediante ley, encargada de la planificación y ejecución de la política aduanera, dictada por el Poder Ejecutivo; 2.- El Ecuador es miembro de la Comunidad Andina, por lo tanto, tiene el compromiso de mantener un arancel externo común para, determinadas mercancías y faculta a los países miembros la imposición de cláusulas de salvaguardias como medidas de emergencia, para corregir el desequilibrio en su balanza de pagos, cuando la necesidad de los países así lo ameriten; el Ecuador es parte también de la Organización Mundial de Comercio desde 1995, en el que se reconoce que los acuerdos internacionales sobre salvaguardas, de los países en situaciones de emergencia pueden imponer medidas para luego acudir a los organismos internacionales a justificar dicha decisión; 3.- La CAE en su demanda, señala que el acto impugnado es la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, dictada por el Econ. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la CAE en aquella época, quién dispuso la devolución de $ 1'611.292,60 a la compañía LA FABRIL S.A.; 4.- Consta de autos el oficio No. GAJ-DRR-OF-0156-2009, de fecha 10 de enero del 2009 suscrito por la Abg. María Gabriela Uquillas Iturralde y Abg. Víctor Ángel Murillo Ordoñez, Gerente de Asesoría Jurídica de la CAE y Funcionario del Departamento de Reclamos y Recursos, quienes recomiendan a la Gerencia General, que se declare lesivo para el interés público la resolución No. GGG-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, dictada dentro del Recurso de Revisión No. 340-2004, propuesto por la empresa LA FABRIL S.A. y que se prosiga con las acciones correspondientes en sede judicial, tendientes a conseguir la anulación de digo acto; 5.- El Gerente General de la CAE y Funcionario del Departamento de Reclamos y Recurso y emite la Resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, que declara la lesividad para el interés público, de la resolución No. GGG-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, que consta de fojas 851 a 855 y vuelta del proceso y dispone que se plantee la correspondiente acción judicial de lesividad ante el Tribunal Contencioso Administrativo No. 4 de Portoviejo; 6.- De fojas 40 a 44 y vuelta del proceso, consta la resolución No. GGN-DRR-RE-0053, en copias certificadas de la declaratoria de lesividad en sede administrativa, de fecha enero 13 del 2009, por considerar que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006 es lesiva para el interés público, por lo que se dispone que se plantee la correspondiente acción judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo correspondiente; 7.- La entidad accionante, pretende que éste tribunal, declare la anulación de la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, dictada por el Eco. Carlos Banchón Villamar, Ex Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por considerar que ha incurrido en flagrantes violaciones al ordenamiento jurídico, por cuanto "Dispone devolver por segunda vez, por parte de la Gerencia Distrital de Manta de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, valores que ha habían sido reintegrados a la empresa La Fabril S.A., mediante la emisión de la Nota de Crédito No. 005727 de 28 de mayo del 2004, por US$ 1'046.528,31 (Un millón cuarenta mil quinientos veintiocho dólares de los Estados Unidos de América con treinta y un centavos) (sic) y se dispone que se notifique a las Gerencias Distritales de Guayaquil, Manta, Quito, Tulcán y demás gerencias distritales del país; y, a la empresa LA FABRIL S.A., en la casilla judicial 981 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil; 8.- La actora dice también que: "… la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en el caso que nos ocupa"; 9.- La presente acción fundamenta en los arts. 23. d) y 24. b) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en concordancia con los arts. 1, 3 tercer inciso, 27, 29, 65 y 77 ibídem. **NOVENO.-** En la especie, el acto administrativo declarado lesivo, por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, es la resolución No. GGG-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero, suscrito por el Eco. Carlos

Banchón Villamar, Gerente General de la CAE, de la época, que consta de fojas 142 a 144 y vuelta del proceso, que dispone devolver la cantidad de $ 1'611.322,47, más los interés de ley contemplados en el art. 21 del Código Tributario, a LA FABRIL S.A., por valores indebidamente pagados, por considerar lesivo para el interés público, mediante la resolución No. GG-GJ-DR-RE-0053, de fecha 13 de enero de 2009, las 13h00, consta de fojas 40 a 44 y vuelta del proceso, la misma que fuera adjuntada a la demanda y reproducida como prueba en la etapa probatoria; **DÉCIMO.-** Por el principio de la seguridad jurídica, los actos administrativos dictados por la administración pública, a través de los funcionarios y servidores, dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia y que no pueden ser anulados por ella misma y para garantizar dicha seguridad jurídica, la vía correcta para que la administración obtenga la anulación de un acto administrativo que reconoce derechos de los administrados, es la acción de lesividad, mediante el proceso contencioso administrativo de lesividad, conforme el criterio del Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, editorial, Andrade & Asociados, 2007, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, pág. 216, acápite IV, quien dice: "... Entre las potestades con las que cuenta la administración se encuentra la que permite eliminar o retirar del mundo jurídico a los actos administrativos, sea por razones de oportunidad, sea por razones de legitimidad. Ésta facultad revocatoria, como toda facultad administrativa, solo puede ejercerse lícitamente cuando el ordenamiento jurídico la ha previsto expresamente, y siempre dentro de la media legal...", siendo la previsión de la ley, la primera limitación que debe observar, dado que éste tipo de actos, revocatorios por sí misma, la administración pública no puede revocarlos; **UNDÉCIMO.-** Ante la excepción de caducidad de la acción de lesividad, que ha sido propuesta por el demandado, hay que determinar si existe o no caducidad de la acción de la lesividad, al respecto la resolución de lesividad tiene fecha de 13 de enero del 2009 y la demanda propuesta en este Tribunal, que consta de fojas 35 a 38 del proceso, fue ingresada con fecha 15 de enero del 2009 a las 14h30; de lo cual, se colige que ha sido propuesta dentro del término previsto en el art. 97 inciso tercero del ERJAFE que dice: "La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad"; concordante con lo dispuesto en el art. 168 ibídem numeral tres que expresa: "3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad"; lo que desvirtúa la excepción de caducidad planteada por la entidad demandada; **DUODÉCIMO.-** La acción de lesividad está contemplada en nuestra legislación en el art. 23 literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; el mismo que dice: "Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer...d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo."; en el Estatuto de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, sobre la acción de lesividad se establece en el art. 68 la legitimidad y ejecutividad de los actos de la administración pública y que "deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto"; en el art. 96 dispone que: "ACTOS PROPIOS. Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúan cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado" en el art. 97 dice: "LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

lesividad" y el art. 168 "Declaración de lesividad de actos anulables. 1. El Presidente de la República, los ministros de estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. 2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo. 3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad"; **DÉCIMO TERCERO.-** La doctrina jurídica, de prestigiosos tratadistas como: Eduardo García de Enterría, Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1999, tomo 1, p. 499. La declaración de lesividad, se sustenta, como derecho de la administración en el principio fundamental del derecho administrativo de autotutela, en virtud del cual la administración, en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial, (sic) criterio de autotutela sostiene que está capacitada como sujeto de derecho para (sic) por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones (sic) *statu quo,* eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás (sic) recabar una tutela judicial; es decir, la acción de lesividad deja de lado las (sic) autotutela de la administración pública y le obliga a recurrir a la instancia (sic). **DÉCIMO CUARTO.-** En efecto, la acción de lesividad es aquella que tienen los (sic) administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos, acudir ante los tribunales, a fin de que sean éstos los (sic) resuelvan lo conveniente"; lo cual es limitante, que garantiza la estabilidad de los (sic) administrativos; estabilidad que constituye una característica del acto (sic) íntimamente relacionada con el principio de seguridad jurídica, garantizados por la Constitución de la República, previsto en el art. 82; es decir, "El recurso de (sic) la revocación de los actos favorables", la Acción de Lesividad. Es una acción (sic) administrativa que habilita a la Administración para impugnar, ante el órgano (sic) competente, un acto administrativo irrevocable. Conforma un proceso (sic) entablado por la propia administración, en demanda de que se anule un (sic) administrativo que declaró derechos a favor de un particular, pero que es, además (sic) ilegal, lesivo a los intereses de la Administración", lo que desvirtúa la excepción de la empresa LA FABRIL S.A., de que la CAE no podía declarar, nulidad de la declaratoria de lesividad y violación del debido proceso, la declaratoria de lesividad No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, dictada dentro del trámite 018-2008 con lo que se desvirtúan las excepciones planteadas por la empresa LA FABRIL S.A. de improcedencia de la acción de lesividad, que no es susceptible de recurso administrativo, la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 no puede ser declarada lesiva, por no corresponder a los actos anulables e incapacidad de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para revisar y ejercer la facultad de declarar la lesividad de los actos administrativos; **DÉCIMO QUINTO.-** La Corporación Aduanera Ecuatoriana, previo a la declaratoria de lesividad para el interés público, mediante la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 de enero de 2009, las 13h00, ha tramitado el expediente administrativo No. 18-2008 (por lesividad), que consta de fojas 40 a 44 y vuelta del proceso, donde la entidad demandada LA FABRIL S.A., ha sido legalmente citada, ha comparecido dentro del trámite de revisión, ha teniendo la oportunidad de hacer uso del derecho a la defensa, se ha seguido el debido proceso que concluye con la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 de enero de 2009, las 13h00, la misma que está contenida en siete considerandos y una parte declarativa, en la que se expresa, las razones y fundamentos, que llevaron a tomar tal decisión, en lo principal, ha considerado el Decreto Ejecutivo No. 833-A, Registro Oficial 185 del 6 de mayo de 1999, que elimina la cláusula de salvaguardia al Comercio Regional Andino, complementado posteriormente con los Decretos Ejecutivos nos. 1040 y 1065-A, Registros Oficiales nos. 225 y 236 del 15 de diciembre del 2000 y 3 de enero del 2001, que elimina la tarifa arancelaria; **DÉCIMO SEXTO.-** En cuanto a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 7-AI-98, ésta dispone que el Ecuador derogue los decretos ejecutivos 1201, R.O. No. 285 de marzo 27 de 1998 y nros. 609 R.O No. 140 de marzo 3 de 1999, lo

cual fue acatada por el Ecuador, con la expedición de los Decretos Ejecutivos No. 833-A, R.O. No. 185 de 6 de mayo del 1999 No. 1040, R.O. No. 225 del 15 de diciembre del 2000 y No. 1065-A, R.O. No. 236 de enero 03 del 2001. Normas que no tuvieron efecto retroactivo, sino para lo posterior las mismas que han sido dictadas por el Presidente de la República, autoridad competente, para fijar o modificar las tasas arancelarias de aduana, conforme lo previsto en los arts. 163 y 272 de la Constitución de 1998 vigente a la época; **DÉCIMO SÉPTIMO.-** En la especie, ha quedado demostrado que, la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 de enero de 2009, las 13h00, dictada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE actora en este juicio, ha sido tomada en sede administrativa, dentro del expediente No. 018-2008, la resolución No. GGN-DRR-RE-0053, que consta de fojas 40 a 44 y vuelta del proceso, por considerar: "a)... Que la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero de 2006, es lesiva para el interés público; b) Como consecuencia jurídica de lo anterior, se dispone que, se plantee la correspondiente acción judicial de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, a fin de obtener la anulación de la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero de 2006", en éste Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, para Manabí y Esmeraldas, situación que se ha dado, cuando la entidad accionante a través de su representante legal el Eco. Santiago León Abad, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, comparece y propone demanda contencioso administrativa en contra de la empresa LA FABRIL S.A. en la persona de su Gerente Carlos Esteban González Artigas Loor, según la fe de presentación inserta por la secretaria relatora, de este Tribunal que consta de fojas 38 del proceso, 15 de enero del 2009, las 14h30, con 34 fojas adjuntas; la compañía LA FABRIL S.A., presentó los reclamos de pago indebido en febrero del 2003, cuando había prescrito; tanto la acción tributaria para cobrar por parte de la CAE, como la acción por pago indebido del contribuyente La Fabril S.A., contemplada en el art. 23 de la Ley Orgánica de Aduanas, tal como manifiesta la CAE en el Romano III.5 de su demanda y en el numeral 9 de su escrito de prueba de fecha 17 de julio del 2009, las 15h05, que consta de fojas 171 y 172; en el que reitera que el acto administrativo contenido en la resolución GGN-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero del 2006 ha incurrido en flagrante violación al ordenamiento jurídico, puesto que: "(...) Se dispuso devolver valores por concepto de pago indebido cuando las acciones para reclamar dichos valores ya habían prescrito, por cuanto se presentaron los reclamos pasados los tres años desde la fecha de pago (...)"; **DÉCIMO OCTAVO.-** La Corporación Aduanera Ecuatoriana, para declarar la lesividad, ha seguido el procedimiento previsto en la ley, ha sido dictada por la autoridad competente, haciendo uso de las facultades que establece la ley, para dejar sin efecto un acto administrativo, que por sí, la administración no puede dejar anularlo o dejarlo sin efecto, sino que ha tenido que recurrir, ante este Tribunal, con la acción de lesividad; **DÉCIMO NOVENO.-** Por las consideraciones expuestas, en atención a las pruebas aportadas por las partes, analizadas en su conjunto y guiados por las reglas de la sana crítica, este tribunal **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR** (sic) declara con lugar la demanda propuesta por el Eco. SANTIAGO LEÓN ABAD, Gerente General de la CAE, en contra de la empresa LA FABRIL S.A., en razón de lo que prescribe el artículo 23 de la Ley Orgánica de Aduanas, art. 23 literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y art. 68 del Estatuto de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva y se considera válida el acto administrativo de la declaratoria de lesividad contenido en la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 enero del 2009, las 13h00, dentro del expediente administrativo No. 18-2008, dejando sin efecto, la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero del 2006, dictada por la CAE. Actúe en esta causa el Ab. Washington Vivero Loor, Conjuez, según Acción de Personal No. 2427-UP-CJM-12-WAHC y el Ab. Sebastián Ruiz Reyes, Secretario Relator, encargado, según Acción de Personal No. 1840-UP-CJM-12-WAHC. Sin costas, **Notifíquese.**

f) Dr. Antonio Hualpa Bello, Juez, Dr. Gerardo Caicedo Barragán Juez y Ab. Washington Vivero Loor Conjuez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Conjuez Ponente: Ab. Washington Vivero Loor

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ.- TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 4 CON SEDE EN PORTOVIEJO. Portoviejo, jueves 9 de agosto del 2012, las 10h51. (005-2009)
VISTOS: De conformidad al art. 282 del Código de Procedimiento Civil, por ser evidente que la formula inserta en la sentencia dictada con fecha 7 de agosto del 2012, las 09h04, que prevé el art. 138 del Código Orgánico de la Función Judicial está incompleta, al haber hecho constar "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR declara...". De oficio se completa la formula, que debe usarse por ley disponiéndose que, se haga constar: **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA".** En lo demás estese la sentencia dictada el 7 de agosto de 2012, a las 09h04. **Cúmplase. Notifíquese.**
f) Ab. Washington Vivero Loor, Conjuez; Gerardo Caicedo Barragán, Juez; y, Dr. Antonio Hualpa Bello, Juez.
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ. TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 4 CON SEDE EN PORTOVIEJO. Portoviejo, viernes 31 de agosto del 2012, las 10h53. **(2009-05-10c).**
VISTOS: Incorpórense a los autos los escritos presentados por: Ab. Tamarita Mendoza Macías, Procuradora Fiscal del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, (Ex Corporación Aduanera Ecuatoriana) de fecha 22 de agosto del 2012, las 15h33 y el escrito de la Procuraduría General del Estado, por intermedio del Dr. Jaime Andrés Robles Cedeño, Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, del 23 de agosto de 2012, a las 16h29, los mismos que contienen, los pronunciamientos sobre el pedido de ampliación y aclaración hecho por la entidad demandada, sobre la sentencia dictada. Proveyendo, el Tribunal observa y analiza: 1.- Que con fecha 07 de agosto del 2013, las 09h04, se dictó la sentencia que consta de fojas 990 a 995 y vuelta de los autos; posteriormente con fecha 09 de agosto del 2012, las 10h51, el Tribunal de oficio y conforme al art. 282 del Código de Procedimiento Civil, por ser evidente que la fórmula prevista en el art. 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, inserta en la sentencia estaba incompleta, dispuso, que se complete y que se haga constar: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA".* En lo demás, estése a la sentencia dictada; 2.- La demandada, compañía LA FABRIL S.A., en escrito de 09 de agosto del 2012, las 13h20, solicita que se amplié la sentencia, por considerar que: 1. No se han resuelto los puntos controvertidos que fueran motivos de las excepciones propuestas: 1.1. Nulidad de la declaratoria de lesividad de la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero de 2009, que se refiere a una resolución inexistente; por lo que debe motivarse y explicarse; 1.2. Inexistencia de procedimiento previamente establecido. El art. 76 #3 de la Constitución de la República, determina que una de las garantías fundamentales, a favor de los administrados, es la existencia de un procedimiento previamente establecido y si en el expediente No. 18-2088, la actora Corporación Aduanera Ecuatoriana, cumplió con las reglas del debido proceso, según el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que pide que se amplié de manera motivada; 1.3. Indefensión, por considerar que en el expediente administrativo de lesividad No. 018-2008, adjuntado al proceso, que la FABRIL S.A., solicitó se señale término para la actuación de pruebas, en conformidad al artículo 147 #4 de ERJAFE; por lo que solicita se amplié la sentencia; pues, no existe pronunciamiento alguno del Tribunal; 1.4. Interposición de la decisión 452 de la Comunidad Andina. Que se amplié en forma motivada en el sentido de expresar cual es la interpretación que este Tribunal da, a los arts. 25 y 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, texto que aparece en la decisión 472, norma supranacional de obligatoria aplicación en el Ecuador; 1.5. Caducidad de la potestad del ente para declarar la lesividad, que se amplié y se explique, si había caducado o no la facultad del ente actor para declarar la lesividad; 1.6. Prescripción. La entidad accionante ha manifestado, según consta en el ordinal

12 de la demanda y en el escrito de prueba que había prescrito; por lo que pide se amplié, motivando si había prescrito o no esa facultad de la administración y si podría declarar la lesividad aludida; 2. Que se aclare los considerando 16 a 18, por existir inconsistencias; 3. Aclárese si al resolver, a lo dispuesto en el artículo 188 de la Función Judicial, formula que en el (sic) pide aclarar se encuentra mutilada; 3. En respuesta al pedido de (sic) aclaración de la demandada, la parte actora, a través de la Ab. (sic) Mendoza Macías, Procuradora Fiscal del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, (Ex Corporación Aduanera Ecuatoriana), se opone al (sic) aclaración y dice: *"... el mismo no tiene fundamento legal, toda vez que (sic) reúne los requisitos de Ley, es totalmente clara y ha resuelto los (sic) controvertidos, por lo que es improcedente, razón por la cual solicito se (sic) el mismo";* **4.** La Procuraduría General del Estado, por intermedio del (sic) Andrés Robles Cedeño, Director Regional para Manabí, luego de (sic) 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, manifiesta *La sentencia dictada por el Tribunal es absolutamente clara y resolvió los (sic) puntos controvertidos, declarando con lugar la demanda de lesividad (sic) por la CAE, por lo que el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia tiene ningún fundamento legal y, por tanto, debe ser rechazado";* 5. (sic) atención, a lo que manifiesta la demanda, el Tribunal expresa: **5.1.** (sic) Tribunal no se ha pronunciado, sobre la nulidad de la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero de 2009, que declara la lesividad puesto que es una resolución inexistente. Esta situación, fue explicada (sic) considerando octavo, numerales del 4 al 7 de la sentencia dictada; 5.2. Sobre (sic) inexistencia de procedimiento previamente establecido, para la declaratoria (sic) lesividad y que la demandada, ha quedado en la indefensión. Procesalmente (sic) quedado demostrado que la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0053, de fecha (sic) de enero de 2009, las 13h00, dictada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE, ha sido tomada en sede administrativa, dentro del expediente No. 018-(sic) ha seguido el debido proceso donde la demandada ha tenido oportunidad de hacer uso el derecho a la defensa, resolución que consta de fojas 40 a (sic) vuelta del proceso, la misma que en su parte resolutiva dice: *"a)... que en Resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero de 2006, es lesivo para el interés público; b) Como consecuencia jurídica de lo anterior, se dispone que, se plantee la correspondiente acción judicial de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente..."* lo cual fue explicado en los considerandos del décimo quinto, décimo séptimo y décimo octavo de la sentencia; **5.3.** Sobre la interpretación de la decisión 472 de la Comunidad Andina que la demandada considera que no ha sido expresada en la sentencia. Esta situación se encuentra explicada en el considerando décimo sexto de la sentencia; **5.4.** En cuanto, a que había prescrito la facultad que tenía el ente público para declarar la lesividad. En la sentencia ha quedado demostrado que el acto administrativo declarado nulo, es la resolución No. GGG-GAJ-DRR-RE-0065 de fecha 16 de enero del 2006, suscrito por el Eco. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la CAE, de la época y que la resolución No. GGN-DRR-RE-0053, que declara la lesividad, se tomó el 13 de enero de 2009, las 13h00; es decir, ha sido tomada dentro del tiempo previsto en el art. 168, numeral 2 del ERJAFE, de tres años, los cual desvirtúa la excepción de la demandada; **5.5.** La declaratoria de lesividad, dictada por la CAE en la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, se fundamenta en: *"los artículos 23 letra "d" y 24 letra "b" de la Ley la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y supletoriamente en el art. 23 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva..."*, por considerar que la resolución No. GG-GJ-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero de 2006, es lesiva para el interés público, y que había prescrito el derecho de la demandada, para reclamar valores indebidamente pagados; así como, el derecho de la CAE, para cobrar, lo cual ha sido manifestado por la entidad actora en la demanda y lo ha retirado durante el desarrollo del proceso conforme consta en el informe en derecho constante de fojas 902 a 907 del proceso**; 6.** El art. 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prohíbe: *"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";* **7.** "Art. 48.- 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"; **8.** En la sentencia, se han resuelto todos los puntos controvertidos, de modo claro, entendible, no se ha utilizafo (sic) frases ambiguas que pudiere dar lugar a malas interpretaciones, ha sido fundamentada y explicada, tal como consta en los considerándos noveno al

décimo noveno de la sentencia, sin que se ajuste a la normativa previstas en el art. 48 *Ibídem*. **9.** De éste modo queda aclarada la petición de la entidad demandada y se niega el pedido de ampliación. **Notifíquese.**

f) Dr. Gerardo Caicedo Barragán, Juez Ponente; Dr. Antonio Hualpa Bello, Juez; y, Ab. Washington Vivero Loor, Conjuez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 14 de mayo de 2015, a las 14h38.

VISTOS: En virtud de que: **a)** El doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución Nº. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución Nº. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; y por la Resolución Nº. 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la que se resolvió la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia. **b)** El 23 de enero del 2014 se sorteó el Tribunal de jueces para la causa No. 587-2012, quedando conformado por la doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia y por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Juan Gonzalo Montero Chávez, éste último en calidad de Juez ponente. **c)** El 19 de enero de 2015 el doctor Juan Montero Chávez dispuso que pasen los autos para resolver. **d)** Del acta de sorteo de 29 de enero de 2015 se desprende que las causas que se encontraban en conocimiento del doctor Juan Montero Chávez como Juez ponente encargado, corresponden su conocimiento al doctor Pablo Tinajero Delgado en la misma calidad que tenía el Juez saliente, por lo que avocamos conocimiento de la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 7 de agosto de 2012 por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Portoviejo, dentro de la acción de lesividad No. 005-2009 seguido por el Gerente General de la entonces Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), actual Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en contra del representante legal de la compañía La Fabril S.A., se resolvió: *"declara con lugar la demanda propuesta por el Eco. SANTIAGO LEÓN ABAD; Gerente General de la CAE, en contra de la empresa LA FABRIL S.A., en razón de lo que prescribe el artículo 23 de la Ley Orgánica de Aduanas, Art. 23 literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Art. 38 del Estatuto de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva y se considera válido el acto administrativo de la declaratoria de lesividad contenido en la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053, de fecha 13 de enero del 2009, las 13:00, dentro del expediente administrativo No. 18-2008, dejando sin efecto, la resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de fecha 16 de enero del 2006, dictada par la CAE".* El Tribunal basa su motivación señalando que la CAE, previo a la declaratoria de lesividad para el interés público, ha tramitado el expediente administrativo No. 18-2008 en el que la entidad demandada ha sido legalmente citada, ha comparecido dentro del trámite de revisión, ha tenido la oportunidad de defenderse y se ha seguido el debido proceso que concluyó con la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero del 2009, la misma que está contenida en 7 considerandos y una parte declarativa, en la que se expresa las razones y fundamentos que llevaron a la decisión de declarar a la Resolución Nº. GGN-DRR-RE-0065 de 16 de enero de 2006 lesiva al interés público. Agrega el Tribunal de instancia que en cuanto a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el

proceso 7-AI-98, ésta dispone que el Ecuador derogue los decretos ejecutivos 1201 publicado en el Registro Oficia1 285 de 27 de marzo de 1998, y 609 publicado en el Registro Oficial 140 de 3 de marzo de 1999, lo cual fue acatado por el Ecuador con la expedición de los decretos ejecutivos Nos. 833-A publicado en el Registro Oficial 185 de 6 de mayo de 1999, 1040 publicado en el Registro Oficial 225 de 15 de diciembre del 2000, y 1065-A publicado en el Registro Oficial 236 de 3 de enero de 2001, que eliminan la tarifa arancelaria, mencionándose en la sentencia que dichas normas no tuvieron efecto retroactivo sino para lo posterior, las mismas que fueron dictadas por autoridad competente para fijar o modificar las tasas arancelarias de aduana. Se señala también en la sentencia que la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero de 2009 fue emitida por la CAE al considerar que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de 16 de enero del 2006, mediante la cual se dispuso la devolución de valores a favor de la compañía La Fabril S.A., es lesiva al interés público y como consecuencia de ello se dispuso que se plantee la correspondiente acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a fin de obtener la anulación de la citada resolución No. GGN-DRR-RE-0065, acción que fue planteada el 15 de enero de 2009. Consta también en la sentencia que la compañía La Fabril S.A. presentó reclamos de pago indebido en febrero de 2003, cuando había prescrito, tanto la acción tributaria de la CAE para cobrar, como la acción de pago indebido intentada por la compañía La Fabril S.A., tal como lo manifiesta la CAE en su demanda y en su escrito de prueba, en los que se reitera el hecho de que la resolución No. GGN-DRR-RE-0065 ha incurrido en flagrante violación al ordenamiento jurídico al haber dispuesto devolver valores a favor de la compañía La Fabril S.A. a pesar de que la acción había prescrito, por cuanto se presentó el reclamo pasado los tres años.

1.2.- El representante legal de la compañía La Fabril S.A. solicitó la ampliación y aclaración de la citada sentencia. Una vez que se corrió traslado con este pedido a la contraparte, en auto de 31 de agosto de 2012 el Tribunal aclaró la solicitud de la demandada y negó el pedido de ampliación.

1.3.- El 7 de septiembre de 2012 el representante legal de la compañía La Fabril S.A. presentó recurso de casación fundamentándose en las causales primera, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- Con auto de 17 de septiembre de 2012 el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo con sede en Portoviejo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

1.5.- El Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 16 de enero de 2014, inadmitió el recurso de casación en relación a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por cuanto no basta mencionar en forma general el supuesto vicio en que ha incurrido la sentencia recurrida, sino que se debe especificarse las causas o razones por las cuales se afirma que se ha producido falta de aplicación de las normas de derecho. Respecto a la causal tercera, el Tribunal de Conjueces consideró que se han cumplido con los requisitos formales del artículo 6 de la Ley de Casación, procediendo a admitir el recurso en este extremo. En lo referente a la causal cuarta, el Tribunal de Conjueces señala que el recurrente debía precisar con claridad cuál es el asunto controvertido que no se ha resuelto en la sentencia, o cuáles son los asuntos resueltos que son ajenos a la controversia, o de qué manera se ha resuelto más allá de la materia de la controversia, situación que en este recurso no se observa, por lo que se inadmitió el referido recurso en lo referente a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia emitida el 7 de agosto de 2012 por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Portoviejo, con la que se declaró la lesividad del acto administrativo contenido en la Resolución No. GGN-DRR-RE-0065, adolece de causales para declarar su ilegalidad y/o nulidad por el error acusado por el recurrente, esto es la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo referente a la falta de aplicación de los artículos 115 y 176 del Código de Procedimiento Civil, lo que conllevaría a una falta de aplicación indirecta de los

numerales 2 y 3 del artículo 168 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

TERCERO.- La tercera causal del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a la violación indirecta de la norma sustantiva, por medio del errar en la valoración de la prueba. Esta causal opera en función de que exista un error, consistente en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos que se aplican en la valoración de la prueba y que a la vez son determinantes para errar en la aplicación de normas de derecho en la sentencia.

CUARTO.- 4.1.- Respecto a la causal tercera, el recurrente manifiesta que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación del juez de valorar a través de la sana crítica todas las pruebas actuadas dentro del proceso, y que en el fallo impugnado no se hace ni una sola alusión a los medios probatorios pedidos y actuados por el recurrente, agregando que si se hubiera analizado dicha prueba se habría llegado a un resultado favorable a su persona. Agrega el casacionista que esta situación impidió que se analice el numeral 2 del artículo 168 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) que dispone que la declaratoria de lesividad no puede adoptarse transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo, manifestando además que no se analizó el numeral 3 del artículo 168 del ERJAFE que establece la caducidad de este procedimiento si transcurridos tres meses desde su inicio, no se lo declara; y, que en la sentencia no se analizó que en el procedimiento administrativo de lesividad no se abrió el correspondiente período probatorio.

4.2.- El recurrente fundamenta su recurso señalando también que de conformidad al artículo 176 del Código de Procedimiento Civil la fuerza probatoria de un instrumento es indivisible, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra, *"más en esta sentencia, respecto del pronunciamiento dictado por el Tribunal Constitucional, aparece que no se considera que el acto administrativo cuya lesividad se declaró, fue dictado por el entonces Gerente General, dentro del recurso de revisión 340-2004, en uso de sus potestades. Esta autorización del máximo ente constitucional de esa época, es lo que no se considera en la sentencia".*

QUINTO.- 5.1.- Se verifica que dentro de la acción de lesividad No. 005-2009 sustanciada ante el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, en escrito presentado el 16 de julio de 2009 y que consta a fojas 99 y 100, el representante legal de la compañía La Fabril S.A. solicitó la práctica de 23 diligencias probatorias, las mismas que fueron proveídas con decreto de 17 de julio de 2009 y que obra a fojas 801 del expediente. Entre las pruebas solicitadas y practicadas por el recurrente consta la reproducción de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones dentro de la acción de incumplimiento No. 7-AI-98, la Decisión No. 472 que contiene la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el oficio No. 27508 de 17 de diciembre de 2002 que contiene el dictamen emitido por el Procurador General del Estado en materia de reclamos por salvaguardia, las providencias dictadas por la CAE en el recurso de revisión No. 340-2004 así como los escritos presentados por la compañía La Fabril S.A. en dicho recurso, el trámite de lesividad No. 018-2008 sustanciado por la CAE, y las resoluciones que el ex Tribunal Constitucional emitió en casos similares.

Todos estos documentos fueron oportunamente incorporados al expediente y al momento de dictar sentencia, el Tribunal de instancia los consideró, como se desprende de lo expuesto en los numerales 6 y 7 del considerando octavo de la referida sentencia, así como en los considerandos décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo, en los que de manera expresa el Tribunal de instancia se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en la acción de incumplimiento 7-AI-98, refiriéndose además a las diferentes providencias dictadas en el recurso de revisión No. 340-2004 que culminó con la Resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de 16 de enero del 2006, así como las actuaciones procesales desarrolladas en el trámite administrativo de lesividad No. 018-2008 que culminó con la expedición de la resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053.

Respecto a la Decisión No. 472 que contiene la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, es menester mencionar que en los artículos 23 y siguientes de dicho Tratado se regula la acción de incumplimiento, y en la sentencia materia de este recurso se analiza la acción de incumplimiento No. 7-AI-98, especialmente en el numeral 2 del considerando octavo y en el considerando décimo sexto en que se examina los efectos jurídicos de dicha acción, al señalar que los decretos ejecutivos con

los que se derogaron las salvaguardias no tuvieron efecto retroactivo.

En lo referente al oficio No. 27508 de 17 de diciembre de 2002 que contiene el dictamen emitido por el Procurador General del Estado en materia de reclamos por salvaguardia, es necesario mencionar que en el numeral 6.3 de la Resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053, que es valorada en los considerándos octavo, décimo quinto y décimo séptimo de la sentencia materia de este recurso, se hace el respectivo análisis de dicho oficio al mencionar lo siguiente: *"La propia administrada presenta como prueba el pronunciamiento emitido por el señor Procurador General del Estado mediante oficio No. 27508 de fecha 17 de diciembre del 2002, pero lo cita solo parcialmente, y lo propio se hace en la Resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0065, con lo que no se comprende el alcance de dicho criterio jurídico vinculante. En relación a lo manifestado vale revisar el pronunciamiento antes referido, el cual empieza por analizar el proceso 07-AI-98 exponiendo que el Ecuador argumentó en su defensa que los ajustes en las tarifas arancelarias se realizaron dentro de los límites para el Nivel de Consolidación de Aranceles que permite la OMC y como justificativo se propone que existía una situación de fuerza mayor por la aguda crisis económica que atravesaba el país (...) Si bien es cierto que se expidió una sentencia en contra de la República del Ecuador, en su calidad de País Miembro, la misma se limitó, como no podría ser de otra manera, de acuerdo a las competencias y atribuciones del Tribunal Andino de Justicia, a declarar contrario al ordenamiento comunitario a las normas jurídicas antes citadas. Vale especificar, que los procesos judiciales comunitarios revisten un carácter 'sui generis', pues luego de expedido el fallo que contiene exclusivamente la disposición mandatoria de extinción de la norma contraventora, de no producirse la derogatoria correspondiente, tal como sucedió en el proceso 7-AI-98, se abre la etapa de Proceso Sumarial de incumplimiento, con el cual se condiciona el revertimiento de eventuales sanciones de tipo comercial a ser impuestas al país reincidente, a que efectivamente justifique en forma documentada el cumplimiento del fallo, el cual se restringe o limita a compeler al demandado, a que deje sin efecto la norma contravertora, aspecto último que efectivamente se produjo...".*

En lo relacionado a las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en casos similares, cabe indicar que la Resolución No. GGN-DRR-RE-0065 que fue declarada lesiva al interés público, se fundamentó en las resoluciones dictadas en las apelaciones a las acciones de protección Nos. 759-2001-RA planteada por la empresa Comercio de Productos Agropecuarios CORPCOM (fs. 157 y 158), 901-2001-RA planteada por la compañía INDEPAX (fs. 160 y 161), y 151-03-RA planteada por la compañía Negocios Industriales Nirsa S.A. (fs. 164 a 168). Cabe mencionar que en dichas resoluciones se dispone que la CAE encuadre sus resoluciones y actuaciones al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; y, si bien es cierto que en la sentencia materia de este recurso no se las menciona de manera expresa, no es menos cierto que en ninguna de estas resoluciones del Tribunal Constitucional ordena la devolución de valor alguno a favor de las empresas accionantes.

En la sentencia emitida por el Tribunal de instancia se señala: *"En la etapa probatoria, se han solicitado, ordenado y practicado pruebas documentales que constan integradas al proceso que han sido analizadas y valoradas en su conjunto, en forma detenida por el Tribunal".*

Con lo expuesto queda evidenciado que el argumento del casacionista de que en el fallo impugnado no se hace ni una sola alusión a los medios probatorios pedidos y actuados por el recurrente y que si se hubiera analizado dicha prueba se habría llegado a un resultado favorable a su persona, carece de fundamento; y, en consecuencia, en la sentencia materia de este recurso no se ha dejado de aplicar el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que establece la obligación del juez de valorar todas las pruebas actuadas dentro del proceso.

5.2.- El casacionista en su recurso argumenta que la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil conllevó a una falta de aplicación indirecta de los numerales 2 y 3 del artículo 168 del ERJAFE, que establecen: a) que la declaración de lesividad no puede adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo; y, b) que trascurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. Sobre el particular es necesario mencionar que el recurrente no ha determinado con precisión de qué manera la supuesta falta de aplicación de la primera norma mencionada conllevó a la falta de aplicación indirecta de la segunda norma citada, ya que las mismas regulan aspectos jurídicos totalmente diferentes, pues el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación del juzgador de valorar todas las pruebas producidas, y

el artículo 168 del ERJAFE regula los plazos de prescripción y de caducidad de la acción de lesividad. De todas maneras, se debe señalar que el acto administrativo que fue declarado lesivo al interés público es la Resolución No. GGN-DRR-RE-0065 de 12 de enero de 2006, notificada el 16 del mismo mes y año (fs. 57 a 60), y la demanda de lesividad fue presentada ante el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo el 15 de enero de 2009, esto es, dentro del plazo de tres años previsto en el numeral 2 del artículo 168 del ERJAFE, debiéndose aclarar que el artículo 66 del citado cuerpo legal establece que los actos administrativos para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación; y, el numeral 2 del artículo 118 ibídem señala que si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación.

Por su parte, el expediente administrativo de lesividad No. 18-2008 inició con providencia No. GGN-GAJ-DRR-RE-1517 de 5 de noviembre de 2008, notificado el 7 de los mismos mes y año (fs. 806 y 807), y culminó con la expedición de la Resolución No. GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero de 2009, notificada el 14 de los mismos mes y año (fs. 851 - 856), esto es dentro del plazo de tres meses previsto en el numeral 3 del artículo 168 del ERJAFE, concluyéndose así que la acción de lesividad no ha prescrito ni ha caducado.

Sobre el particular, en el numeral sexto de la sentencia materia de este recurso, el Tribunal de instancia manifiesta: *"LA FABRIL S.A. manifiesta y sostiene la inexistencia de la resolución cuya nulidad se pretende, pues aquella corresponde el No. GGN-DRR-RE-0065, es de fecha 12 de enero del 2006 y no del 16 de enero de dicho año. Al respecto, de fojas 57 a 59 y vuelta del proceso, al igual que de fojas 142 a 144 y vuelta de los autos, consta en capias certificadas, la Resolución No. GGN-DRR-RE-0065, de fecha 12 de enero del 2006, las 15h30 y notificada el 16 de enero del 2006, suscrita por el Econ. Carlos Banchón Villamar, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del recurso de revisión No. 340-2004".* Más adelante, en el considerando undécimo de la referida sentencia, el Tribunal de instancia manifiesta: *"Ante la excepción de caducidad de la acción de lesividad, que ha sido propuesta por el demandado, hay que determinar si existe o no caducidad de la acción de lesividad, al respecto la resolución de lesividad tiene fecha 13 de enero de 2009 y la demanda propuesta en este Tribunal, que consta de fojas 35 a 38 del proceso, fue ingresada con fecha 15 de enero del 2009 a las 14:30 (...) lo que desvirtúa la excepción de caducidad planteada por la entidad demandada".*

De esta manera queda evidenciado que en la sentencia materia de este recurso no existe una falta de aplicación indirecta de los numerales 2 y 3 del artículo 168 del ERJAFE como lo argumenta el casacionista en su recurso.

5.3.- El recurrente argumenta que en la sentencia no se analizó que en el procedimiento administrativo de lesividad no se abrió el correspondiente período probatorio. Al respecto, en providencia No. GGN-GAJ-DRR-RE-1517 de 5 de noviembre de 2008 (fs. 806), con la que se dispuso el inicio del expediente administrativo de lesividad No. 18-2008, en el considerando cuarto consta lo siguiente: *"En cumplimiento del artículo 168 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y a fin de garantizar el derecho a la defensa de los interesados, se convoca a una Audiencia para el día martes 11 de noviembre del 2008 a las 9h50 a realizarse en el despacho de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en la cual los administrados expondrán sus alegaciones y presentarán los documentos y justificaciones que estimen pertinentes"*. A continuación en el numeral quinto de dicha providencia se describe pormenorizadamente el procedimiento de la audiencia. A fojas 821 consta la providencia en la que el Gerente General de la CAE cita el numeral 1 del artículo 152 del ERJAFE que determina: *"Los actas de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales y profesionales",* por lo que señaló nuevos día y hora para la referida audiencia. A fojas 835 consta el acta de la audiencia que finalmente se llevó a cabo el 2 de diciembre de 2008, a la que comparecieron, entre otros, el abogado defensor de la empresa La Fabril S.A. En la parte final de la mencionada acta consta que *"los comparecientes esgrimen cuantos argumentos consideran pertinentes en defensa de sus intereses y presentan sus alegaciones por escrito".* A fojas 837 a 840 consta el alegato presentado por el abogado defensor de la empresa La Fabril S.A.; y, a fojas 843 se verifica el escrito suscrito por el Gerente General de dicha empresa con el que aprobó y ratificó la intervención de su abogado en la audiencia llevada a

cabo el 2 de diciembre de 2008. A fojas 845 a 847 consta un nuevo alegato presentado por el abogado defensor de la referida empresa.

Consecuentemente, la argumentación del casacionista de que en el expediente de lesividad No. 18-2008 no se abrió el correspondiente período probatorio, carece de fundamento, toda vez que se ha respetado el derecho a la defensa al permitirse al recurrente presentar sus argumentos y pruebas instrumentales en la audiencia prevista en el numeral 2 del artículo 168 del ERJAFE.

5.4.- Además, el recurrente manifiesta textualmente lo siguiente: *"El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil norma el que la fuerza probatoria (SIC) de un instrumento es indivisible y en consecuencia jamás se puede tomar solo la parte favorable y rechazarse la odiosa, más en esta sentencia, respecto del pronunciamiento dictado por el Tribunal Constitucional, aparece que no se considera que el acto administrativo cuya lesividad se declaró, fue dictado por el entonces Gerente General, dentro del recurso de revisión 340-2004, en uso de sus potestades. Esta autorización del máximo ente constitucional de esa época, es lo que no se considera en la sentencia".*

Al respecto, el casacionista no especifica en su recurso de qué manera en la sentencia recurrida se ha dividido el valor probatorio de un instrumento, ni siquiera menciona qué instrumento es el que supuestamente se ha divido, limitándose a señalar de manera genérica que no se ha considerado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sin que se haya determinado con precisión a que pronunciamiento se refiere.

Para el tratadista español Manuel de la Plaza *"El motivo de la casación es la razón que la ley señala como causa en que ha de fundarse la pretensión impugnatoria: la existencia de un determinado vicio o error en la sentencia contra la cual se recurre"* (Manuel de la Plaza y Jaime Guasp en Humberto Murcia Ballén, recurso de casación, 3era. Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1983). El procesalista argentino Fernando de la Rúa al respecto dice: *"La enunciación del motivo en base de los requisitos expuestos, debe ser clara y expresa, de modo que permita individualizar concretamente el vicio que justifique la impugnación"* (Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, 1968).

Por las consideraciones expuestas, 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,** niega el recurso de casación interpuesto y no se casa la sentencia expedida el 7 de agosto de 2012, a las 9h04, por el Tribunal Distrital Nº. 4 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Portoviejo. Actúe la doctora Natalia Guarnizo Condolo como Secretaria Relatora encargada, conforme la Acción de Personal No. 1046-DNTH-OQ de 10 de marzo de 2015. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, 8 de junio de 2015, a las 16h33.

VISTOS: El señor Carlos Esteban González-Artigas Loor, por los derechos que representa de la compañía La Fabril S.A., solicitó la ampliación de la sentencia dictada el 14 de mayo de 2015, a las 14h38, manifestando que *"... los artículos 32 y 33 de la Decisión 472 que codifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, manda imperativamente que cuando se debatan disposiciones de la normativa supranacional en un proceso incoado ante las Cortes de uno de los Países miembros, tales órganos jurisdiccionales deben consultar a aquel la interpretación prejudicial en dichos artículos reglada. Tanto en el expediente de instancia ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, como ante la actual SENAE mi representada solicitó tal interpretación, sin que haya sido tramitada.* ***Por lo expuesto, a fin de no causar nulidades o posteriores responsabilidades por parte de la República del Ecuador, sírvanse actuar en pertinencia a las disposiciones ut supra y consultar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina atendiendo la petición***

oportunamente efectuada por la compañía que represento." (El resaltado corresponde al texto original). Afirma el solicitante que además de la interpretación prejudicial mencionada, solicita que se amplíe la sentencia sobre los siguientes puntos controvertidos que, a su decir, no se han resuelto: 1) sobre la nulidad de la declaratoria de lesividad N° GGN-GAJ-DRR-RE 0053 de 13 de enero de 2009, puesto que la misma se refiere a una resolución inexistente, por lo que solicita que se amplíe la sentencia explicando cuál es el alcance de declarar válido un acto administrativo inexistente; 2) sobre la inexistencia de un procedimiento previamente establecido en una norma que cumpla con la garantía constitucional consagrada en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República; 3) sobre el estado de indefensión, en el sentido de determinar si la falta de otorgamiento del período de prueba solicitado por La Fabril S.A. implica o no violación al derecho a la defensa consagrado en el literal h) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República; 4) respecto al interés púbico aludido por la SENAE para declarar la lesividad. Con decreto de 20 de mayo de 2015 se corrió traslado a la parte contraria para que se pronuncie en el término de 48 horas sobre el referido pedido de ampliación. El 4 de junio de 2015 (fs. 41), esto es fuera del término concedido, la CAE, actual SENAE, se pronunció manifestando que se debe rechazar la solicitud formulada por el demandado. Encontrándose el proceso en estado de resolver el pedido de ampliación presentado por el representante de la empresa La Fabril S.A., se considera: **PRIMERO.-** De la revisión del proceso no aparece pedido alguno de interpretación prejudicial solicitada por La Fabril S.A. Es más, de acuerdo con el primer inciso del artículo 33 de la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el Juez deberá decidir el proceso." Es decir, la norma comunitaria citada es clara en señalar que en los procesos cuyas sentencias sean susceptibles de recursos en el derecho interno (como ocurre en el presente caso), los jueces "podrán" solicitar la interpretación prejudicial, sin que ello constituya un imperativo, como erradamente afirma el solicitante, quien además no indica cuáles son las supuestas normas comunitarias que en el caso "deban" ser interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente, sobre este mismo punto, es totalmente improcedente solicitar en un pedido de ampliación de sentencia que se realice la interpretación prejudicial a que se refiere la solicitante. **SEGUNDO.-** El expediente administrativo de lesividad N° 18-2008 inició con providencia N° GGN-GAJ-DRRRE-1517 de 5 de noviembre de 2008, notificada el 7 de los mismos mes y año (fs. 806 y 807), y culminó con la expedición de la Resolución N° GGN-GAJ-DRR-RE-0053 de 13 de enero de 2009, notificada el l4 de los mismos mes y año (fs. 851 -856), con la cual se declaró lesiva al interés público la Resolución N° GGN-DRR-RE-0065, tal como se explica en el considerando 5.2 de la sentencia, por lo que la afirmación del solicitante de que la declaratoria de lesividad se refiere a una resolución inexistente, está alejada de la realidad de los hechos y es por lo tanto improcedente, puesto que existe efectivamente un acto, que sirvió precisamente de antecedente para la presentación de la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Portoviejo. **TERCERO.-** Con auto de 16 de enero de 2014, el Tribunal de Conjueces admitió a trámite el recurso de casación únicamente por la causal tercera del articulo 3 de la Ley de Casación, y en la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la empresa La Fabril S.A. respecto a dicha causal, nada se dice respecto a la supuesta inexistencia de un procedimiento previamente establecido para la declaratoria de lesividad, por lo que solicitar una ampliación de la sentencia respecto a este tema resulta improcedente. **CUARTO.-** En el numeral 5.1 de la sentencia se enuncian las 23 diligencias probatorias solicitadas por la empresa La Fabril en la acción de lesividad N° 005-2009, las mismas que fueron proveídas por el Tribunal de instancia con decreto de 17 de julio de 2009, y que fueron incorporadas al proceso y consideradas por el Tribunal de instancia en su debida oportunidad, tal como se explica detalladamente en el referido numeral 5.1 de la sentencia de 14 de mayo de 2015. En el numeral 5.3 de la sentencia cuya aclaración se solicita, se analiza el argumento del casacionista que manifiesta que en el procedimiento administrativo de lesividad

supuestamente se ha lesionado su derecho a la defensa, enunciándose para el efecto el numeral 2 del articulo 168 y el numeral 1 del artículo 152 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que establecen la obligación de que se realice una audiencia de manera previa a la declaratoria de lesividad, y que los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados han de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos. Adicionalmente la sentencia consideró las providencias con las que el Gerente General de la CAE convocó a la respectiva audiencia y en las que se dispuso que en la misma los administrados presenten sus alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Se consideró también el acta de la audiencia desarrollada el 2 de diciembre de 2008 en la que el abogado defensor de la empresa La Fabril S.A. esgrimió los argumentos que consideró pertinentes y adicionalmente presentó sus alegaciones por escrito, siendo legitimada su intervención por el Gerente General de la empresa La Fabril S.A. con el escrito que consta a fojas 843, debiendo aclararse además que dicho abogado presentó un nuevo alegato en defensa de los intereses de dicha empresa, según consta a fojas 845 a 847. Por todas estas consideraciones, la sentencia señala que se ha respetado el derecho a la defensa, al permitirse al recurrente presentar libremente y sin obstáculo alguno, sus argumentos y pruebas instrumentales en la audiencia prevista en el numeral 2 del artículo 168 del ERJAFE. **QUINTA.-** Como se mencionó en el numeral tercero de este auto, el Tribunal de Conjueces admitió a trámite el recurso de casación únicamente por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y en la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la empresa La Fabril S.A. respecto a dicha causal, nada se dice respecto a la competencia de la CAE, actual SENAE, para declarar lesivo determinado acto, por lo que solicitar una ampliación de la sentencia respecto a este tema resulta improcedente. En consecuencia, al quedar evidenciado que la sentencia de 14 de mayo de 2015 dictada dentro de la causa N° 587-2012 resolvió todos los puntos que sustentaron el recurso de casación y que fueron admitidos por el Tribunal de Conjueces, torna al pedido de ampliación en improcedente, por lo que se niega el mismo. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- Notifíquese.-

f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III

Resolución nro. 691-2015
Juicio nro. 474-2013

Juicio contencioso administrativo propuesto por Homero Aurelio Torres Andrade procurador común del CONSORCIO YANUNCAY, contra el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP.- Declaratoria unilateral de terminación de contrato (construcción proyecto YANUNCAY)

SÍNTESIS

El Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca y el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP, deducen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca; fallo que, en lo principal, declara con lugar la demanda propuesta por Homero Aurelio Torres Andrade y Otros, integrantes del Consorcio Yanuncay, en contra de los recurrentes, y dispone que se proceda a la reparación del daño ocasionado a dicho Consorcio por los perjuicios económicos resultantes de la inscripción e inhabilitación como contratista incumplido, y por la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo que la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. pagó a petición de la parte demandada por la declaratoria de terminación unilateral del contrato celebrado entre los litigantes para la construcción del proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los planes maestros de agua potable para la ciudad de Cuenca; y, como se está reconociendo a los accionantes el derecho indemnizatorio, deberá descontarse de la indemnización el valor de la tubería que se encuentra en poder de los actores de la causa y el costo de su bodegaje lo asumirá ETAPA EP.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al considerar que existe ilegitimidad de personería activa que vicia el proceso de nulidad insanable, acepta la causal 2ª del artículo 3 de la Ley de Casación alegada por los recurrentes, casa y anula la sentencia impugnada, y dispone la remisión de la causa al Tribunal de origen que estará a lo dispuesto en su auto de 21 de junio de 2012 a las 15H00, que declaró la nulidad procesal.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 033- 2007

Juez Ponente: Dr. Pablo Cordero Díaz

PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 3 CON SEDE EN LA CIUDAD DE CUENCA.-

Cuenca, 11 de julio del 2013.- Las 08H53.-

VISTOS: Del auto expedido por el Tribunal, que declara la nulidad de la causa desde la demanda, par falta de personería, se formula petición de revocatoria, por parte del Ing. Homero Aurelio Torres Andrade y señala: "... a nombre del CONSORCIO YANUNCAY, en ejercicio de la facultad que me confiere **la cláusula cuarta del contrato** de asociación o consorcio a la que se hace mención en el auto en referencia y que se encuentra incorporado al escrito de la demanda y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359, 360 y 361 del Código <del> de Procedimiento Civil, **EXPRESAMENTE RATIFICO Y APRUEBA TODO LO ACTUADO POR QUIENES COMPARECEN DEMANDANDO EN ESTE JUICIO,** legitimando así la personería activa". A este enunciado traslada los preceptos contenidos en los artículos 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil y con estos antecedentes pide la revocatoria de la

providencia en la calidad con la que comparece y además como Procurador Común de los accionantes. Posteriormente presenta peticiones relacionadas con su pretensión y hace referencia a pronunciamientos formulados por la Corte Suprema. Mediante providencia se corrió traslado a la contraparte y el Señor Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP se pronuncia, invocando el Art. 43 del Código de Procedimiento Civil, que establece que en todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador, debiendo este legitimar su personería, desde que comparece en el juicio. De igual forma hace relación al Art. 344 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a las nulidades que dice producir la omisión de solemnidades sustanciales previstas en el Art. 346 numeral 3. Así mismo invoca los preceptos de los artículos 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil y acota que erróneamente se pretende sustentar la petición en dichos preceptos que dice no son aplicables. Señala además que en su apreciación no es pertinente la revocatoria solicitada, por lo que se opone a la ratificación ulterior. Para decidir en torno al tema, se hacen las siguientes consideraciones: UNO. El auto expedido par este Tribunal, está vinculado directamente con la validez de la causa y en concreto con el presupuesto de falta de personería que se alegó por parte de la Empresa ETAPA EP, respecto de la capacidad de la parte actora. DOS. El Ordenamiento Jurídico, para esta clase de situaciones establece regulaciones como la contenida en el Art. 359 del Código de Procedimiento Civil, que establece: "Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes par sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente". Este precepto, contiene la siguiente condición: **"si se legitima"**, es decir prevé una condición o circunstancia indispensable para que otra subsecuente pueda ocurrir. El primer acontecimiento, se presenta y como la consecuencia del primero, está previsto en la misma norma: "el proceso es válido". TRES. Es pertinente en este contexto anotar que si se llegó a solventar la causa que produce la nulidad, no tiene porqué subsistir, la declaratoria reclamada, tanto más que a las partes la que les interesa es obtener una resolución final que ponga fin a la controversia, par cuanto la declaratoria de nulidad solo procede cuando se afecta al proceso y una vez superada la deficiencia debe resolverse, tanto más que por previsión constitucional, las normas procesales, no constituyen un fin, sino medio para alcanzar el resultado que los litigantes, aspiran con una decisión judicial. CUATRO. Además no cabe duda que la intervención en el proceso par parte del compareciente legitimante, lo que hace es revelar que se admite que debió intervenir en la forma que hoy lo hace, para formar una contienda legal entre sujetos que deban solventar válidamente la disputa. Superada la dificultad, corresponde a este órgano judicial, dictar la resolución que corresponda, por ser este el estado de la causa y en esta virtud, para decidir se hacen las siguientes reflexiones: Este órgano de administración de justicia tiene la actual integración, por el proceso de designación de los nuevos señores jueces y la conformación con el Señor Conjuez, ante la excusa presentada y aceptada al Dr. Javier Cordero López, acontecimientos que han producido que no se pueda atender la causa oportunamente. El CONSORCIO YANUNCAY, integrado por los señores Ing. HOMERO AURELIO TORRES ANDRADE, en su calidad de Gerente General de la Compañía "Ing. Homero Torres Ochoa Cía. Ltda., Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado, Ing. Patricio Córdova Córdova y Haybor Fernando Molina Santos, en su calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Granite Contratistas Generales Cía. Ltda., con la intervención de su representante legal habilitado según el contrato y deducen la siguiente demanda, en contra de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca "ETAPA", en la persona de su Gerente General y corno tal representante legal de la misma Ing. Santiago López Guillen, piden se cuente con la Procuraduría General del Estado. **ACTO IMPUGNADO:** Señalan que el acto que mediante esta acción se impugna se encuentra contenido en la resolución 001 - PY-2006- GG, de 28 de noviembre de 2006, expedida por el Señor ingeniero Santiago López Guillen, Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA, acto notificado el 28 de noviembre de 2006, resolución mediante la cual se deciden los siguientes aspectos: **1. <u>Declarar anticipada y unilateralmente terminado el contrato</u>** para la "Construcción del Proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la ciudad de Cuenca, "Grupo II: Líneas de conducción de agua

tratada..., conforme a las especificaciones identificantes del contrato, el que fue celebrado el 30 de agosto de 2005, con el CONSORCIO YANUNCAY, en virtud de que el contratista ha incurrido en las causales contempladas en la letra a) y f) del artículo 104 de la Ley de Contratación Pública y en la cláusula vigésima segunda del contrato, numero 22. 03 letras a) y h (;**2.** Notificar con esta resolución al Ing. Homero Torres, Representante Legal del Consorcio Yanuncay; **3.** Dispone que la Gerencia de Agua Potable, Saneamiento y Gestión Ambiental y sus dependencias, proceda a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable; **4.** Comunicar de esta resolución a la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, debiendo para el caso de la Contraloría General acompañarse los documentos probatorios de los incumplimientos contractuales para que, conforme lo dispone el Art. 112 de la Codificación de Ley de Contratación Pública, se efectúe el registro correspondiente del Consorcio Yanuncay, y sus integrantes; **5.** Disponer al Señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del ***anticipo entregado***. **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:** En cuanto a los **hechos**, señalan: **uno**. Que se celebró el contrato, cuya terminación unilateral ha sido resuelta par el Señor Gerente de ETAPA; **dos**. Que mediante oficio 2006-4124-GG, de seis de noviembre de 2006, el Señor Gerente de ETAPA, se dirige al representante del Consorcio Yanuncay, le notifica y le hace conocer que es decisión de la Entidad Contratante, proceder a dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato celebrado el 30 de agosto de 2005; **tres**. Que mediante oficio 325 CCY de 21 de noviembre de 2006, en acatamiento a lo dispuesto en el Art. 105 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública y en el cuarto inciso del Art. 115 del Reglamento General de dicha Ley, el Consorcio contratista, da contestación al oficio del Señor Gerente General del ETAPA; **cuatro**. Que mediante resolución 001 -PY-2006-GG, adoptada el 28 de noviembre de 2006, por el Señor Gerente de ETAPA, notificado el mismo día, se resuelve dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato; **cinco**. Que en el Registro Oficial No. 6 de 23 de enero de 2007, se publica que se ha procedido a inscribir al Consorcio Yanuncay y a sus miembros en el Registro de Contratistas lncumplidos y Adjudicatarios Fallidos de la Contraloría General del Estado. En cuanto al ***derecho***, señalan que la resolución adoptada por el Señor Gerente de ETAPA, constituye un acto ilegítimo, arbitrario, contrario a derecho, que se encuentra viciado de ilegitimidad, por violar mandamientos constitucionales, legales, reglamentarios y estipulaciones contractuales y para el efecto luego de trasladar el texto del Art. 4 de la Resolución sin número del Tribunal Constitucional publicada en el Registro Oficial 559 de 19 de abril de 2002, que determina que: "Un acto de autoridad es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación" señalan que se han violado preceptos constitucionales, relativos a la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la libertad de contratación, al habérseles inscrito en el Registro de Contratistas incumplidos; Señalan también que se viola el derecho al debido proceso garantizado en el numeral 27 del Art. 23 de la Constitución, la seguridad jurídica, prevista en el numeral 26 del artículo 23 de la misma Carta Política y, a la motivación de los actos, conforme al numeral 13 del Art. 24 del mismo cuerpo legal supremo, y al respecto dicen que de la simple lectura de la resolución adoptada, se demuestra fehacientemente la flagrante violación a las disposiciones mencionadas, toda vez que no existe motivación en los términos previstos en la Constitución y la Ley, por cuanto en la resolución no se enuncian normas, ni principios jurídicos en que se haya fundado y peor que se explique la pertinencia de su aplicación de dichas normas a los antecedentes de hecho a los que dice referirse. Que en el considerando segundo de la resolución impugnada, se remite a un informe técnico, que se dice se encuentra contenido en el oficio 2006- 1131 -DUEP y al respecto destaca: "del cual, igualmente se dice"... se tuvo claros indicios que llevaron a establecer que la contratista habría incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que en él se detallan". Así mismo señalan que en el considerando tercero, de la resolución, se remite a unos informes de la Dirección Financiera y de la Dirección de Asesoría Jurídica; que en el considerando séptimo, no se encuentra que se haga mención a presupuesto o circunstancia de hecho alguno, que justifique o fundamente la misma, haciéndose referencia a un pronunciamiento el jurídico; que en la parte dispositiva de la resolución que se impugna, en el

numeral 1, en el que se declara anticipada y unilateralmente terminado el contrato, en su parte final se manifiesta que en virtud de que el contratista ha incurrido en las causales contempladas en las letras a) y f) del Art. 104 de la Ley de Contratación Pública y en la cláusula vigésima segunda del contrato número 22. 03, letras a y h.- Agregan que los literales a) y f) del Art. 104 de la Ley de Contrataci6n Publica, al que se remite el numeral 1 de la parte dispositiva de la Resolución impugnada, se refieren a dos de los causas por los cuales la entidad contratante puede declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos, y ellos son a) Par incumplimiento del contrato y f) En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza. De otra parte señalan que la cláusula vigésima segunda del contrato, en el número 22.03, letras a y h, a la que se remite la resolución en la parte dispositiva, establecen como casas de terminación unilateral y anticipada del contrato, a) el incumplimiento del contratista; y h) Si el contratista no cumpliera reiteradamente las disposiciones del fiscalizador, especialmente relacionadas con el personal técnico, equipo, maquinaria o materiales necesarios para la ejecución de la obra. En este contexto señalan que no encuentran en la parte dispositiva de la resolución, que se explique la pertinencia de la aplicación de las normas legales en ella enunciadas, a los antecedente de hecho, siendo así que no se precisan cuáles han sido los incumplimientos del Consorcio, ni cuales, hayan sido las disposiciones del fiscalizador, que en forma reiterada, hayan sido incumplidas y que de acuerdo a lo anotado, encuentran que en la resoluci6n materia de la impugnación, existen remisiones a informes, los cuales ni siquiera se incorporan como parte integrante de la misma, por lo que resulta sorprendente, por decir lo menos, que se sostenga, como se lo hace en el considerando segundo, que lo que habría existido es, claros indicios, que han llevado a establecer que la contratista habría incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y que no puede ser, que no teniendo sustento jurídico alguno, por simples indicios, se adopte una resolución como la que se ha adoptado y aún más que no se precisen cuales supuestamente, son los incumplimientos contractuales, que esos indicios, llevan a establecer que se habría cometido. Que el verba ***habría*** denota claramente falta de convicción y la evidente duda con las que el resolutor se manifiesta y en torno al tema hacen un estudio de la motivación, cuestionando la resolución. En relación a la Ley de Contratación Pública, señala que la resolución impugnada viola el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública, par cuanto en el inciso segundo prescribe "La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el Art. 1595 del Código Civil <1568> y que la norma referida determina que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple par su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos. Que en el presente caso ETAPA, ha incumplido con sus obligaciones legales y contractuales, desde el inicio mismo de la ejecución de las obras contratadas, encontrándose en consecuencia flagrantemente en la situación prevista en la norma del Código Civil, incumplimientos que dicen obligaron a los integrantes del Consorcio a presentar con fecha 30 de octubre de 2006, una demanda en contra de ETAPA en este Tribunal, exigiendo que se declare terminado el contrato en forma anticipada, por causas imputables a la contratante y se le condene al pago de los daños y perjuicios y que la demandada se encuentra legalmente citada.- Afirman que los incumplimientos contractuales, la mora en la que se encuentra la contratante ETAPA, se justifica con los documentos que se incorporan a la demanda y que es más han sido flagrantemente aceptados en el oficio 2006 - 4124 - GG de 6 de noviembre de 2006, suscrito por el Señor Gerente de ETAPA, **(fojas 154 segundo cuaderno), (a fojas 159, se establece con oficio de 1 de noviembre de 2006, 1131 - DUEP, que: "debido a que al momento de ejecutarse las obras previstas para la construcción de los centros de reserva Baños y Narancay, las comunidades de los sectores aledaños optaron por una actitud violenta y agresiva para manifestar su desacuerdo con el desarrollo de estas obras, ETAPA se vio imposibilitada de entregar los terrenos, lo que determinó que se deba optar por la búsqueda de nuevos sitios de implantación y la consecuente realización de nuevos trámites de expropiación que se alargaron por la dificultad de conocer oportunamente la identidad de los propietarios de los terrenos")**. Que el oficio en el que se hace mención en el numeral 2 de los antecedentes de hecho y al que se incorporan entre otros, el informe técnico, en el que al referirse a "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO", señala paladinamente que el estado de avance de los trabajos contratados no corresponde a lo programado y que entre las razones para

tal situación, deja constancia de los incumplimientos de ETAPA, en lo relacionado con la entrega de los terrenos previstos para la construcción de los centros de reserva; del replanteo de la distribución del caudal proveniente de la, planta de tratamiento del proyecto, que fue necesario efectuarlo, por los problemas señalados anteriormente; que la entrega de los terrenos recién se cumple el 4 de agosto de 2006; y que en consideración al retraso se ha concedido ampliación del plazo contractual de 233 días. Así mismo agregan que con relación a los incumplimientos contractuales por parte de la demandada, se establece con claridad en el borrador de informe del examen especial de ingeniería practicado a la construcción de las obras, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2006, practicado por la Contraloría General del Estado. De otra parte señala, luego de la cita del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que establece que la declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y si fuera del caso, en la parte que corresponda, la garantía de los anticipos entregados. Agrega que el numeral 5 de la parte dispositiva de la resoluci6n se dice: "5 Disponer al Señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo entregado", es decir ilegítimamente, se ha dispuesto antes de establecer la liquidación financiera y contable del contrato, conforme manda la norma citada, que se ejecute la garantía del anticipo, sin previamente determinar el manto amortizado, violándose, lo dispuesto en el tercer inciso del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública y lo que es más el mandamiento constitucional, del Art. 119 de la Carta Magna, cuyo texto traslada a la demanda. Que en cuanto al trámite previsto en el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que dispone: "La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en el que ha incurrido el contratista.... ", y agrega que en la notificación contendida en el oficio de 6 de noviembre de 2006, no se señala ni el incumplimiento, ni la mora en la que supuestamente ha incurrido el Consorcio Yanuncay y que en el mismo se hace referencia a informes a los cuales se remite, incumpliéndose de esta forma, la norma citada. En cuanto al Reglamento a la Ley de Contratación Pública, se menciona el Art. 115 y señala que la disposición reglamentaria ha sido infringida, por cuando no existe prueba alguna y peor documental de los supuestos incumplimientos del Consorcio y que más aún se dejó constancia de la falta de motivación.

PRETENSIÓN PROCESAL: Con los antecedentes que se dejan señalados, pretende que en sentencia se declare que el acto impugnado es contrario a derecho y su consecuente nulidad; que se condene a la entidad demandada, a la reparación del daño ocasionado y que para la valoración se considere: Los perjuicios económicos que les ocasiona la inscripción como contratistas incumplidos; los perjuicios económicos que les ocasiona la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo y destacan que la compañía aseguradora CONFIANZA S. A. a petición de la entidad demandada, ha procedido a cancelar a ETAPA, la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO DOLARES, por la garantía de fiel cumplimiento y por la de buen uso del anticipo dos millones doscientos treinta y ocho mil trescientos ochenta y dos dólares. Piden se tenga en cuenta el contenido del Art. 20 de la Constitución, cuyo texto trasladan a la demanda. Aceptada a trámite la demanda, se dispone la citación a la parte accionada. ***CONTESTACIONES A LA DEMANDA: PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO:*** Comparece en juicio el Señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado y contestando la demanda a fojas 694, hace relación a la resolución de terminación del contrato y que quienes conforman el Consorcio, ha presentado la demanda, con la pretensión de que se declare la nulidad y hace narra los aspectos destacados de la demanda y propone las siguientes excepciones: 1, Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho de derecho de la demanda; 2. Litis pendencia; 3. Falta de legitimación activa; 4. Plus petitio; 5. Falta de derecho de los actores en los términos planteados; 6. Improcedencia de la acción, por cuanto afirma que la resolución en la que se decide la terminación anticipada y unilateral del contrato, ha sido adoptada por autoridad competente, observando los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y con la suficiente motivación. Pide que las excepciones se las considere subsidiariamente. ***ETAPA***: El Señor Ing. Santiago López Guillen, en su calidad de Gerente y representante legal de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA, manifiesta: Que se suscribió el

contrato referido por la parte actora; que del objeto del contrato se desprende que las obras a ejecutarse resultan ser de fundamental importancia para atender las necesidades de agua potable a una población aproximadamente de ciento veinte mil habitantes de las nuevas áreas de la ciudad y que para la provisión de este vital servicio público y como ha sido ya la norma de conducta de ETAPA, las construcción de estas obras siempre se las ha planificado considerando que el servicio a prestarse tiene que ser de mejor calidad, poniendo fuera de toda duda la óptima calidad del líquido a suministrarse, pues no en forma gratuita en la ciudad, la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento ambiental tienen un invaluable prestigio reconocido a nivel nacional e internacional, por lo que las obras no pueden quedar bajo ningún tipo de riesgo susceptible de proveerse y evitarse. Que las obras ejecutadas venían realizándose por parte del Consorcio Yanuncay, bajo la fiscalización de la Consultora "CAMINOS Y CANALES CAMINOSCA CIA. LTDA.", y la supervisión de ETAPA, a través de la Unidad Ejecutora del Proyecto, obras que por su magnitud no están exentas de problemas, en general y superables, pero que cuando pudieran poner en riesgo su calidad constructiva o peor todavía, la del líquido a proveerse, no puede admitirse ninguna "tolerancia", ya que como lo registra la historia de ETAPA, el servicio de agua potable ha sido prestado siempre a través de plantas y conducciones seguras, acordes con las mejores tecnologías y materiales, característica que, indudablemente siempre ha de mantenerse, más aún cuando así lo imponen los principios y garantías fundamentales y universales, recogidas como normas de inmediata aplicación en la Constitución. Que lamentablemente, hoy registran por primera vez la aplicación de los actos previstos para interrumpir la ejecución del proyecto de esta naturaleza, por cuanto circunstancias y actos exclusivamente atribuibles al contratista, dan lugar a que la Fiscalización, en ejercicio de las obligaciones que el contrato le impone, advierta a ETAPA de aquellas obligaciones que el contratista no las cumple y que comunicadas a esta para su conocimiento, justificación o rectificación, no merecen sino evasivas y argumentaciones que sólo confirman los incumplimientos y hasta revelan otros, situación ante la cual, en el marco de unas normas legales y de un contrato legalmente suscrito, los funcionarios públicos, en ejercicio de sus obligaciones inexcusables y dentro de los límites y respeto a los derechos del Contratista que la Constitución y la ley imponen, deben proceder con el trámite pactado para los casas en que los incumplimientos contractuales son de tal gravedad, que no pueden ya ser subsanados. Que mediante oficio 2006 - 4124 - GG, de 6 de noviembre de 2006, notifico al Ing. Homero Torres Andrade la decisión de proceder a dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato celebrado y como lo manda la Ley y el contrato, conjuntamente con ella se remitieron al contratista los informes técnico, económico y jurídico, sustento de la decisión y cumpliendo con lo que ordena el Art. 105 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que también se advirtió que de no remediar los incumplimientos en el término de quince días se dará por terminado el contrato. Que del informe técnico constan los antecedentes del contrato existente entre las partes, que se relatan las actividades planificadas, las obras ejecutadas, las inversiones efectuadas, los problemas presentados y se citan cada uno de los incumplimientos atribuibles al contratista, comenzando con el relativo a la provisión de una **tubería que no cumple con las bases** del proceso, que incumple con el contrato, con las especificaciones técnicas y que se señalan de manera concreta y precisa cada párrafo, cada cláusula y cada especificación incumplidas y finalmente, se menciona el incumplimiento de la arden emanada de la Fiscalización para que el contratista cumpla con la obligación contractual y su expreso compromiso de presentar la documentación de respaldo de la tubería debidamente legalizada, lo cual tampoco ocurre. Que así mismo en este informe técnico se menciona, con cita expresa de la cláusula contractual, el incumplimiento del contratista al no suscribir el nuevo cronograma por la ampliación de plaza y que por si ella no fuera suficiente, se da cuenta de la burda e innegable indebida utilización del anticipo, cuyo único fin era la inversión en la obra contratada y no la inversión financista ni el pago de obligaciones a ex socios, con la correlativa cita de la cláusula contractual incumplida. Que del informe económico se da cuenta del cumplimiento de las obligaciones de pago del anticipo, de su reajuste, del pago de planillas y su reajuste y de todas las obras ejecutadas, en consecuencia, nada se le adeuda al Contratista y que finalmente del informe jurídico se aprecia que los actos descritos determinan la existencia de los debidos fundamentos legales que permiten proceder como se lo ha hecho y que no existen impedimentos para ello. Que una

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

vez notificado el contratista para que remedie o justifique los incumplimientos y por tanto advertido de las consecuencias de no hacerlo, ejerce su derecho a la defensa y lo hace mediante oficio de 21 de noviembre de 2006, suscrito por su representante legal, quien manifiesta su inconformidad con el acto de notificación, impugna la utilización del término decisión, al que dice confundir con resolución, que refiere el incumplimiento de algunas garantías constitucionales y que no las precisa, que expresa la incompetencia de la autoridad de la que emana la notificación, pero dice que no la justifica y que la notificación y los informes adjuntos son para el contratista ilegales, ilegítimos, lo que demuestra su pleno conocimiento de la notificaci6n, de los informes, en suma el cabal ejercicio del derecho a la defensa, pero que al mismo tiempo deja ver claramente que respecto de los incumplimientos que sustentan la notificación no existe justificación ni defensa alguna, ya que al respecto se opta por el silencio. Que se procedió a analizar la contestación, determinándose que sus argumentos son puramente legalistas y que en nada invalida la notificación, así como la ausencia de argumentos que desvirtúen los incumplimientos contractuales atribuibles exclusivamente al Contratista, a consecuencia de lo cual procedió a emitir la resolución impugnada en la que citando el vínculo contractual, los informes técnico, económico y jurídico pertinente, se declaró, ante la evidencia de los hechos, la terminación anticipada y unilateral del contrato citado y se dispuso, en consecuencia, se proceda a cumplir con los efectos que de tal acto se derivan. Que en su demanda los integrantes del Consorcio, demuestran conocer claramente el verdadero sentido y sustento de la Resolución, a pesar de que para fines argumentativos se esfuercen por mostrarse confundidos y que en tal sentido se dice que con la Resolución de terminación del contrato se han violado los derechos constitucionales relativos a la libertad de empresa, libertad de trabajo y libertad de contratación, afirmación que la califica traída de los cabellos, ya que en aplicación de todos esos principios, es que el Consorcio Yanuncay celebró el contrato y que lo que ocurre es que, cuando se incumplen otros principios como el de no "cumplir" la palabra empeñada, la propia Constitución y la Ley establecen sanciones y acota que se dice que se viola el debido proceso, cuando en la propia demanda hacen mención de haber conocido el trámite de terminación unilateral y anticipada del contrato y de haber ejercido plenamente su derecho a la defensa y que dicen que se viola el principio de seguridad jurídica, sin mencionar, como en el caso anterior, fundamento alguno. Así mismo señalan que sustentan su argumentación en la supuesta falta de motivación de la resolución y sin embargo, en su propia argumentación mencionan cada uno de sus incumplimientos, así como las disposiciones legales y contractuales en la que se encasillan y que con toda claridad y debido razonamiento constan en la Resolución; **que alegan la violación del artículo 1568 del Código Civil, por el cambio de ubicación de las obras correspondientes a dos tanques**, particular que dice fue en todo memento de conocimiento del contratista y por lo cual no hubo reclamo y menos requerimiento judicial en tal sentido y que todo lo contrario una vez superado este problema, se hicieron los cambios pertinentes en los planos y el Consorcio Yanuncay inició los trabajos en los nuevos sitios, presentó las planillas y se realizaron los pagos correspondientes y que sin embargo hoy ante la falta de argumentos válidos se acude a este, inclusive para fundamentar también otra demanda, lo cual como se verá, solo sale a relucir una vez más los incumplimientos contractuales atribuibles únicamente al contratista, que le obligan a buscar argumentos de este tipo, aunque carentes de fundamento. Que también alegan existir violaciones a las normas de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, a pesar de que el trámite de terminación unilateral cita y se sustenta en forma precisa en las disposiciones de estos cuerpos legales, por lo que esta argumentación resulta también insustancial, ante la completa legalidad de la resolución contenida un acto administrativo perfecto. Que ante la petición de resarcimiento de perjuicios derivados de la inscripción de los demandantes en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios fallidos, ello **no** es atribuible a ETAPA, sino al cumplimiento de mandatos expresos de la ley, mediante los cuales se impone a la Contraloría General del Estado la obligación de incluir en dicho registro a quienes incumplen contratos con las instituciones del Estado, como en el presente caso, cuando se pretendió entregar materiales de origen incierto, incumpliendo las estipulaciones contractuales y especificaciones técnicas, especialmente acordadas por las partes, así como dando mal usa al anticipo entregado y la suscripción del nuevo cronograma. Que sostener como lo hacen los demandantes, que se les ha perjudicado con la efectivización de las garantías, es querer que sea la institución

pública y por ende la ciudadanía la que responda por incumplimientos contractuales que no le son atribuibles. Que tuvieron los reclamantes conforme a los principios constitucionales, la libertad de trabajo, empresa y contratación, la oportunidad y responsabilidad de ejecutar correctamente y de buena fe un contrato de tan elevado monto e importancia que no son más que los comprobados incumplimientos del contratista, los únicos actos que dan lugar a la ejecución de las garantías, acto también ordenado por la misma Ley y de aplicaci6n obligatoria y no discrecional. ***Excepciones***: Con los antecedentes expuestos, proponen las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2. Litis pendencia; 3. Ilegitimidad de personería activa y falta de legítimo contradictor en la persona de los accionantes; 4. Plus Petitio; 5. Falta de derecho de los actores para proponer esta acción por estar claramente establecidos sus incumplimientos contractuales; 6. Improcedencia de la acción. Pide que las excepciones se las considere subsidiariamente. Una vez entablada la controversia con las contestaciones a la demanda, con auto expedido el seis de junio del año 2007, por el Señor Juez de sustanciación se recibe la causa a prueba y en esta etapa procesal se actúan las solicitadas por las partes, siendo el momento procesal el de dictar la sentencia que en derecho corresponda, para el efecto se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA**.- La competencia del Tribunal, para conocer y resolver la controversia no se ha puesto en duda y por mandato del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, la competencia esta atribuida a este Tribunal, así como por lo previsto en el Art. 109 de la Ley de Contratación Pública, que establece que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilara ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, aplicando para ella la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que será competente para conocer el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co contratante. Se aclara que la pretensión procesal está dirigida a cuestionar la validez y legitimidad de la resolución de terminación unilateral, por lo que la competencia del Tribunal se encuentra asegurada.- **SEGUNDA**.- Superado como se encuentra el asunto relacionado con la validez del proceso por la falta de personería, es el momento de pronunciarse sobre los otros presupuestos de validez de la causa y como en la tramitación del proceso se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de juicios sin omisión alguna que pueda afectar, se declara la validez de la causa y como consecuencia se desestima toda alegación que en torno al tema se haya enunciado.- **TERCERA**.- La excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no tiene otra trascendencia que la de trasladar la carga de la prueba a la contraparte, conforme a lo prescrito en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, no teniendo en esta controversia un protagonismo decisorio, por cuanto la celebración del contrato, la terminación unilateral del mismo y las consecuencias que ella se derivan no han sido siquiera discutidos, sino más bien por el contrario admitidos, por lo que esta excepción no es pertinente.- **CUARTA**.- La Procuraduría General del Estado, propone también la excepción de Litis Pendencia. Para el estudio de la misma, se hacen las siguientes precisiones: El Art. 108 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del Art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estable que se decretara la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, en los casos siguientes: 1. Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada; 2. Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido; 3. Cuando haya un juicio de concurso al que se hallen sujetos los asuntos que versen los procesos cuya acumulación se pida; y, 4. Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.- Entre las partes procesales, se mantienen dos disputas legales, la presente que tiene por objeto el control de legalidad del acto administrativo y la consecuente declaratoria de ilegalidad y nulidad del mismo, en tanto que el pleito identificado con el No. 230- 2006, tiene como propósito que en sentencia se declare terminado por resolución el contrato celebrado mediante escritura pública, ende los contendores, situación que pone en evidencia que son aspiraciones diferentes, las que Je encuentran en disputa, lo que significa que ninguno de las casas previstos en la norma para la litis pendencia, tienen encuentro en las pretensiones procesales, aunque las partes en litigio sean las mismas, por lo que no es pertinente la excepción deducida.- **QUINTA**.- En cuanto a la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

excepción número tres, que propone la Procuraduría General del Estado, por la cual sostiene que existe falta de legitimación activa, se debe señalar que el tema de esta alegación fue analizado en la primera parte de esta resolución, en la que se llega a decidir sobre la competencia, (entendida como la capacidad legal de ser sujeto procesal) por la expresa ratificación que formula el representante legal del Consorcio, por lo que no es necesario volver a tratar el tema que se encuentra ya decidido.- **SEXTA**.- En cuanto a la excepción de plus petición, se señala que esta alegación es pertinente, cuando la pretensión procesal propuesta, no guarda relación de proporcionalidad con lo que el ordenamiento jurídico, prevé como derecho reclamable, situación que no es pertinente examinarla, sin que exista previa pronunciamiento en la resolución de la existencia del derecho y la no pertinencia de las otras excepciones, en cuyo escenario corresponde determinar de lo reclamado tiene sustento jurídico y que las aspiraciones sean enmarcadas en el mismo, por lo que no puede hacerse un pronunciamiento previo.- **SÉPTIMA**.- En cuanto a la excepción de falta de derecho en los términos planteados, es necesario señalar que esta excepción debe ser dilucidada, una vez que se hayan analizado todas las excepciones dilatorias que se han formulado y que también las propone la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, siendo además necesario señalar por el momento que también esta excepci6n es parte de la oposición a la demanda.- **OCTAVA**.- La excepción de improcedencia que viene formulando la Procuraduría General del Estado, por cuanto afirma que la resolución en la que se decide la terminación unilateral del contrato ha sido adoptada por autoridad competente, igualmente se determina que debe examinarse conjuntamente con las demás excepciones que se sintonizan con esta misma, por parte de ETAPA EP. **NOVENA**.- En cuanto a las excepciones deducidas por la Empresa demandada, ETAPA, esto es: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2. Litis pendencia; 3. Ilegitimidad de personería activa y falta de legítimo contradictor; 4. Plus petitio, son temas que se han abordado con ocasión del análisis de las excepciones propuestas por la Procuraduría, por lo que no es pertinente volverlas a tratar.- **DÉCIMA**.- Entrando en el análisis de los demás aspectos que se encuentran pendientes de dilucidación, se precisa señalar que uno de los cuestionamientos formulados en la demanda, es el relacionado con la falta de motivación del acto, en cuanto no se cumple con los presupuestos previstos para los actas administrativos, <el de terminación anticipada y unilateral del contrato>, en la Constitución vigente a la fecha de los acontecimientos, esto es sobre la motivaci6n. AI respecto se debe señalar que sobre este tema el Tribunal se encuentra impedido de abordar el asunto, por cuanto éste ya fue materia de controversia jurídica entre las partes, situación que se ventiló ante la Segunda Sala del la Corte Provincial de Justicia, la que rechazó la demanda y luego por recurso de apelación, fue materia de pronunciamiento jurídico por parte de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, órgano de justicia que establece en la consideración tercera: "... como tampoco se ha encontrado falta de motivación, al contrario, las razones de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio Yanuncay, son múltiples, ***asunto que no es de competencia de esta Sala analizarlo"***. <lo resaltado es intencional, para evidenciar por una parte que se ha resuelto sobre la alegación de falta de motivación y por otro, que sobre los demás aspectos, no se ha decidido>. Se aclara que en todos los casos en los que este Tribunal Contencioso ha abordado estos temas y ha encontrado pronunciamiento en materia constitucional, no ha entrada a resolver estos aspectos, por cuanto, esto afectaría a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada, siendo evidente este asunto, cuando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la disposición transitoria cuarta, se establece: "Las decisiones judiciales, dictámenes, sentencias ejecutoriadas y demás resoluciones expedidas o que se expidan por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los efectos generados por aquellas, tendrán validez y carácter de definitivos". De la norma trascrita, se establece, que el legislador se pronunció normativamente, sobre aspectos producidos y que se produzcan, esto es (en pasado y en presente), respecto de: 1. Decisiones judiciales. 2. Dictámenes, 3. Sentencias; y, 4. Demás resoluciones. Por tanto no es pertinente volver a decidir sobre lo que tiene pronunciamiento.- Sin embargo se hace hincapié que sobre los otros aspectos de la controversia, al no haberse resuelto, por cuanto como queda resaltado, el Tribunal Constitucional, no se ha pronunciado, esto será materia de estudio y decisión en el desarrollo de esta sentencia.- **UNDÉCIMA**.- La causa también encuentra controversia en lo atinente al

contenido del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que establece en lo principal: "... La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación del artículo 1595 (actual 1568) del Código Civil". AI respecto la entidad demandada, sostiene: "Alega la violación del Art. 1568 del Código Civil, por el cambia de ubicación de las obras correspondientes a dos tanques". AI respecto se tiene que no existe discusión respecto del cambio de ubicación de los tanques, tanto más que es la propia entidad la que en el folio 159, establece que: "debido a que al momento de ejecutarse las obras previstas para la construcción de los centros de reserva Baños y Narancay, las comunidades de los sectores aledaños optaron por una actitud violenta y agresiva para manifestar su desacuerdo con el desarrollo de estas obras, ETAPA se vio imposibilitada de entregar los terrenos, lo que determinó que se deba optar por la búsqueda de nuevos sitios de implantación y la consecuente realización de nuevos trámites de expropiación que se alargaron por la dificultad de conocer oportunamente la identidad de los propietarios de los terrenos". Se debe señalar que esto ocasionó que se amplíe el plazo en **233 días calendario** en el plazo total, (fojas 159). AI respecto la entidad demandada alega que del particular fue en todo momento de conocimiento del contratista y por lo cual no hubo reclamo y menos requerimiento judicial en tal sentido y que todo lo contrario una vez superado este problema, se hicieron los cambios pertinentes en los planos y el Consorcio Yanuncay inició los trabajos en los nuevos sitios, presentó las planillas y se realizaron los pagos correspondientes y que sin embargo hoy ante la falta de argumentos válidos se acude a éste, inclusive para fundamentar también otra demanda, lo cual como se verá, solo sale a relucir una vez más los incumplimientos contractuales atribuibles únicamente al contratista, que le obligan a buscar argumentos de este tipo, aunque carentes de fundamento. En relación a la Ley de Contratación Pública, señala que la resolución impugnada viola el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública, por cuanto en el inciso segundo prescribe "La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el Art. 1595 del C6digo Civil <1568> y que la norma referida determina que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes, está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos. Que en el presente caso ETAPA, ha incumplido con sus obligaciones legales y contractuales, desde el inicio mismo de la ejecución de las obras contratadas, encontrándose en consecuencia flagrantemente en la situación prevista en la norma del Código Civil, incumplimientos que dicen obligaron a los integrantes del Consorcio a presentar con fecha 30 de octubre de 2006, una demanda en contra de ETAPA en éste Tribunal, exigiendo que se declare terminado el contrato en forma anticipada, por causas imputables a la contratante y se le condene al pago de los daños y perjuicios y que la demandada se encuentra legalmente citada.- Afirman que los incumplimientos contractuales, la mora en la que se encuentra la contratante ETAPA, se justifica con los documentos que se incorporan a la demanda y que es más han sido flagrantemente aceptados en el oficio 2006 - 4124 - GG de 6 de noviembre de 2006, suscrito por el Señor Gerente de ETAPA, oficio en el que se hace mención en el numeral 2 de los antecedentes de hecho y al que se incorporan entre otros, el informe técnico, en el que al referirse a "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO", señala paladinamente que el estado de avance de los trabajos contratados no corresponde a lo programado y que entre las razones para tal situación, deja constancia de los incumplimientos de ETAPA, en lo relacionado con la entrega de los terrenos previstos para la construcción de los centros de reserva; del replanteo de la distribución del caudal proveniente de la planta de tratamiento del proyecto, que fue necesario efectuarlo, por los problemas señalados; que la entrega de los terrenos recién se cumple y que en consideración al retraso se ha concedido ampliación del plazo contractual de 233 días. Así mismo agregan que con relación a los incumplimientos contractuales por parte de la demandada, se establece con claridad en el borrador de informe del examen especial de ingeniería practicado a la construcción de las obras, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2006, practicado por la Contraloría General del Estado y que obra de fojas 8651 a 8665, en el que el organismo técnico de control señala que se desvanece la responsabilidad administrativa 242 de 11 de diciembre de 2007, que fue en una primera instancia determinada.- **DUODÉCIMA.-** Otra confrontación tiene esta disputa legal y es la relacionada con la ***competencia de la autoridad*** para expedir el acto administrativo de terminación unilateral del contrato que liga a las contendores. Por parte de ETAPA, se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

sostiene: UNO. Que el Gerente, tiene competencia, de acuerdo con lo previsto en la Ordenanza en el artículo 18, que establece que el Gerente General, es su representante legal, judicial y extrajudicial de la empresa ETAPA. DOS. Agrega que el Art. 21 de la Ordenanza establece los deberes y atribuciones que ejerce el Gerente y que en la letra f) dice: "Controlar la ejecución de proyectos y la prestación de servicios, dar cuenta de ello al Directorio y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de los objetivos y metas de ETAPA. ***En contraste***, **el CONSORCIO,** ._ sostiene lo siguiente: UNO. Que no está en duda que el Gerente es el representante legal de la entidad demandada, pero que es necesario para el efecto remitirse a la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, que en el Art. 105 y 115, respectivamente, establece que esta atribución corresponde a la **máxima autoridad** y que no se refiere al representante legal. DOS. Que para determinar **cuál es Ia máxima autoridad de ETAPA**, se debe acudir a la Ordenanza que regula su organización y funcionamiento y que en el título I capitulo II, regula las atribuciones del Directorio y detalla cuales son las mismas y en el Art. 11 de la Ordenanza se establece, entre otras las siguientes: UNO. **Es el órgano que determina las políticas y programas de ETAPA, fija los objetivos y metas para cada una de las ramas de actividad de la misa e imparte las instrucciones necesarias, para que tales políticas y programas sean aplicados y dichas metas y objetivos sean alcanzados**. Esta atribución del Directorio, debe ser analizada haciendo contraste con la atribución que la tiene el Gerente y para ella en el Art. 21, encontramos en el literal a), la siguiente: "Cumplir y hacer cumplir las leyes, ordenanzas, reglamentos y otras normas aplicables a ETAPA, **así como los acuerdos, resoluciones y políticas dictados por el Directorio"**. Del estudio de la atribución asignada al Directorio y al Gerente, se puede establecer que sin dejar de ser el Gerente el representante judicial y extrajudicial, no es la máxima autoridad, por cuanto sus actuaciones se encuentran supeditadas a las que establezca el Directorio y en este contexto se debe señalar que obra del proceso el contrato que vincula a los litigantes en esta causa, en la que consta que el Señor Gerente General y representante legal, ***actúa debidamente autorizado por el Directorio en sesión de cuatro de agosto de 2005***, como consta de fojas treinta y dos vuelta de los autos. De igual forma se debe señalar que en el oficio de 11 de abril de 2005, suscrito por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado, se establece que en la cláusula primera, Comparecientes, numeral 1.01, ***se hará constar la fecha de la sesión en la que el Directorio de la empresa autoriza la suscripción del contrato*** (fojas 71 vuelta). DOS. Para continuar con el análisis es preciso destacar que es atribución del Directorio nombrar y remover a los Gerentes de área, a los Directores y más funcionarios cuya designación no corresponda al I. Concejo Cantonal o al Gerente, sabiendo que para el nombramiento de los funcionarios, el Gerente debe presentar las correspondientes ternas; (literal j del Art. 11, que sériala las atribuciones del Directorio). **TRES**. La designaci6n de gerencias de área y las direcciones son de atribución del Directorio. En contraste con lo señalado, se debe destacar que con la nueva Ordenanza reformatoria, en el Art. 27 se establece que los mismos funcionarios son de libre nombramiento y remoción por parte del Gerente General. Estos, preceptos ponen de relieve cambios en la Ordenanza en estudio y permiten vislumbrar que con el anterior ordenamiento normativo, se establecía que el Directorio es la máxima autoridad, en tanto que con la Ordenanza nueva, se producen cambios, que orientan a una nueva estructura. En el Art. 21 de la Ordenanza, que obra desde fojas 8876 a 8789, consta en el literal a) que son deberes y atribuciones del Gerente General, sin perjuicio de los que el Directorio le atribuya en forma extraordinaria, las siguientes..., expresión que de nota el grado de subordinación. En el literal p) se establece que es atribución del Gerente, dictar en caso de emergencia, medidas de carácter urgente y transitorias; y dar cuenta de ellas al Directorio. En esta trama del estudio es pertinente destacar que la resolución impugnada, esto es la del 28 de noviembre de 2006, se produce con la vigencia de la Ordenanza cuyos preceptos se dejan enunciados. El Art. 130 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha de los acontecimientos, establece: "Las ordenanzas entrarán a regir en todo el territorio del cantón, seis días después de promulgadas, salvo que en ellas se indique otra fecha de vigencia". La Reforma a la Ordenanza que regula la organización y funcionamiento de ETAPA, que corre desde fojas 8790, a la 8795, es publicada en el Registro Oficial el 27 de noviembre de 2006, en la que se dictan reformas que innovan, las atribuciones del Directorio como del Señor Gerente, como cuando establece que las atribuciones del Directorio como máxima autoridad, han sido

trastocadas y trasladadas al órgano unipersonal, como es el Gerente y se establece atribuciones al Directorio como las de Legislar y Fiscalizar la administración de la Empresa. Así como también describe cuales son las del Gerente, para sostener que cuando se expidió la resolución impugnada, esto es la del 28 de noviembre de 2006, destacando que la vigencia de la Ordenanza se regula, por el mandato del Art. 130 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que se encontraba vigente a la fecha de los acontecimientos de la reforma a la Ordenanza. Con la Reforma a la Ordenanza, se redujeron las competencias del Directorio, por la que dejó de ser la máxima autoridad, el Directorio y pase a ser el Gerente de la Empresa, por lo que esta situación deviene en incompetencia de la autoridad que tomo la decisión.- De lo expuesto se llega a la conclusión que la resolución materia de impugnación, se encuentra afectada en cuanto a su validez, por cuanto no es de atribución del Señor Gerente de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA, - ETAPA EP., tomar la decisión que ha tomado, por cuanto el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, establece: "Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia .... ". En el caso en estudio, se tiene que no es atribución del Señor Gerente, la declaratoria de terminación unilateral que ha tornado. Encontrándose por tanto el caso en estudio en lo previsto como causa de nulidad en el precepto regulador (Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa), porque se presenta la situación propuesta.- Continuando con el estudio de la causa se establece de otra parte el cuestionamiento a la actuación de la administración de ETAPA, es materia de objeción en cuanto se incumple con el ordenamiento jurídico, esto es con lo previsto en el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública, que en el inciso tercero establece: "La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, **si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos** entregados más los intereses fijados por el Director del Banco Central del Ecuador para los fondos de garantía depositadas en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, y demandar la indemnización de los daños y perjuicios". En el caso que nos ocupa se tiene que la resolución del Señor Gerente de ETAPA, de 6 de noviembre de 2006, decide en el numeral 5, lo siguiente: "Disponer al Señor Director Financiero, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo entregado". Lo que debió hacer el Gerente es proceder conforme a lo previsto en el precepto de la Ley de Contratación Pública, cuyo texto en el inciso tercero queda trasladado a esta sentencia, esto es proceder con la ejecución de fiel cumplimiento y en la parte que corresponda, si fuere el caso (condición determinada en la Ley de Contratación Pública), en la parte que corresponda la garantía por los anticipos. La ejecución de la garantía por anticipos, procede cuando se haya establecido la liquidación y contable del contrato, pero no antes, pues debió determinarse el manto amortizado del contrato. Por lo expuesto, se llega a la conclusión que el Señor Gerente de ETAPA, no observó si tenía atribuciones, para por sí mismo, proceder con la terminación unilateral del contrato, sabiendo que para la suscripción lo hizo con autorización del Directorio y por otra parte dispuso la ejecución de una garantía, que se encontraba supeditada a la determinación previa del monto amortizado. Inobservando consecuentemente el ordenamiento jurídico y produciendo la consecuencia prevista en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece: ... "Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia. b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión", CONSECUENTEMENTE **"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 como consecuencia la nulidad de la resolución impugnada y par tanto, se dispone que la entidad demandada, proceda a la reparación del daño ocasionado y para la valoración que se hará pericialmente se considere lo siguiente: UNO. Los perjuicios económicos que ocasionó la inscripción e inhabilitación como contratista incumplido al

CONSORCIO YANUNCAY para lo cual se considerará lo siguiente: el tiempo que pasó registrado como tal, los valores que dejó de percibir con ocasión del contrato, para lo cual el perito determinará la utilidad que podía haber obtenido, por el mismo. DOS. Los perjuicios económicos que les ocasionó la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo que la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. pagó a petición de la demandada, con intereses desde la ejecución de las garantías hasta la fecha del pago. En virtud de que la provisión de la tubería que se encuentra en poder de la parte actora, no puede quedar en su beneficia, por cuanto se está reconociendo el derecho indemnizatorio señalado y el manto de la misma debe ser descontado de la indemnización y para el efecto su precio en el ***mercado*** será determinado pericialmente, debiendo el costo de bodegaje ser asumido por la empresa demandada. Este valor se descontará de la liquidación. Sin costas. **Notifíquese.-**

f) Dr. Pablo Cordero Díaz, Juez Distrital; Dra. Natalia Larriva Calle, Jueza Distrital; Dr. Remigio Auquilla Lucero, Conjuez Permanente.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 033-2007

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. TRES: PRIMERA SALA: Cuenca, octubre 10 de 2013; las 08h30.- **Vistos:** Asumimos el conocimiento de la causa por haberse puesto para el despacho. Expedida la sentencia, la parte actora en este juicio comparece y pide ampliarse respecto de los danos y perjuicios en relación con los integrantes del Consorcio Yanuncay; de otra parte pide también se aclare respecto de la propiedad de la tubería de la accionante; y, por último que se aclare que el monto al que alcance el valor de la tubería, no corresponde al costo de bodegaje de los mismos. La Procuraduría General del Estado, a través de su Director Regional, pide se determine en que pieza procesal consta que los integrantes del Consorcio que presentaron la demanda hayan expresado que comparecen ofreciendo ratificación del señor representante legal del Consorcio Yanuncay. El Señor Gerente General y representante legal de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, pide ampliar la sentencia, respecto de la disposición legal que fundamenta la legitimación que se ha hecho en el presente proceso y como puede legitimarse una demanda que no ha sido presentada a nombre del Consorcio Yanuncay y tampoco dentro de la misma se ha ofrecido ratificaci6n por parte de los demandantes, quienes expresamente comparecieron por sus propios y personales derechos. En este contexto señala que el Art. 43 del C6digo de Procedimiento Civil, norma supletoria para este caso, prevé de manera clara que en todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador, debiendo este legitimar su personería desde que comparece en juicio, es decir desde el momento mismo en el que se presente la acción, se debe determinar cuál es el actor o actores y por lo tanto cual es la parte procesal que comparece como demandante, o en su defecto, si se lo hace a nombre de un tercero, se ofrecerá la legitimación o ratificación de su comparecencia. De otra parte pide se aclare la sentencia, por cuanto dice según las consideraciones, el Gerente General no sería, al momento en el que se emitió el acto materia de impugnación, la máxima autoridad de la Empresa ETAPA y por tanto no habría tenido competencia para resolver la terminación unilateral del contrato celebrado con el CONSORCIO YANUNCAY y que no obstante en la misma sentencia de manera discordante se manifiesta: "Lo que debió hacer el Gerente es proceder conforme a lo previsto en el precepto de la Ley de Contratación Publica, esto es proceder con la ejecución del fiel cumplimiento y en la parte que corresponda, si fuere el caso, en la parte que corresponda la garantía por los anticipos, entendiéndose por tanto que a criterio del Tribunal, el Gerente General para la ejecución de las Garantías si era la máxima autoridad de ETAPA, contradicción que solicita sea aclarada por cuanto genera oscuridad al momento de entender el contenido de la resolución emitida. La misma entidad demandada, pide también que el Tribunal se pronuncie sobre lo resuelto constitucionalmente y se explique la razón por la que respecto al procedimiento y competencia para emitir la resolución de terminación unilateral, no afecta la seguridad jurídica. Se corrió traslado con las peticiones y se han dado las respectivas contestaciones por la actora y

la empresa ETAPA EP. Para resolver sobre las peticiones formuladas, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA**.- El recurso de ampliación por prescripción del Art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa precede cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntas controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas, por lo que en el marco del precepto invocado, se procederá al análisis de lo solicitado.- **SEGUNDA**.- La primera aspiración tiene como propósito que se emita pronunciamiento respecto de daños y perjuicios en relación con los integrantes del Consorcio Yanuncay. AI respecto es necesario destacar que en la primera parte de la sentencia en el numeral CUATRO, <página dos>, se señala: "Además no cabe duda que la intervención en el proceso por parte del compareciente legitimante, lo que hace es revelar que se admite que debió intervenir en la forma que hoy lo hace, para formar una contienda legal entre sujetos que deban solventar válidamente la disputa." <lo resaltado es intencional en este auto>. Lo señalado pone en evidencia que el debate judicial se trabó y resolvió entre el CONSORCIO YANUNCAY Y LA EMPRESA ETAPA EP, por lo que no es pertinente la petición. **TERCERA**.- En cuanto a la propiedad de la tubería, se señala que la misma se encuentra en poder de la accionante. **CUARTA**.- En lo atinente al costa de bodegaje se hace presente que en la parte resolutiva de la sentencia se determina: "En virtud de que la provisión de la tubería que se encuentra en poder de la parte actora, no puede quedar en su beneficia, por cuanto se está reconociendo el derecho indemnizatorio señalado y el manto de la misma debe ser descontado de la indemnización y para el efecto su precio en el ***mercado*** será determinado pericialmente, debiendo el costo de bodegaje ser asumido por la empresa demandada. Este valor se descontara de la liquidación", lo cual explica la inquietud planteada.- **QUINTA**.- En lo que hace relación a la petición formulada por la Procuraduría General del Estado y que hace relación a que se determine en que pieza procesal consta que los integrantes del Consorcio que presentaron la demanda hayan expresado que comparecen ofreciendo ratificación del señor representante legal del Consorcio Yanuncay, se señala que en la sentencia <fojas 1 y 2>, se establece: "UNO. El auto expedido por este Tribunal, está vinculado directamente con la validez de la causa y en concreto con el presupuesto de falta de personería que se alegó por parte de la Empresa ETAPA EP, respecto de la capacidad de la parte actora. DOS. El Ordenamiento Jurídico, para esta clase de situaciones establece regulaciones como la contenida en el Art. 359 del Código de Procedimiento Civil, que establece: **"Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente"**. Este precepto, contiene la siguiente condición: "**si se legitima**", es decir prevé una condición o circunstancia indispensable para que otra subsecuente pueda ocurrir. El primer acontecimiento, se presenta y como la consecuencia del primero, está previsto en la misma norma: "el proceso es válido". TRES. Es pertinente en este contexto anotar que si se llegó a solventar la causa que produce la nulidad, no tiene por qué subsistir, la declaratoria reclamada, **tanto más que a las partes lo que les interesa es obtener una resolución final que ponga fin a la controversia, por cuanto la declaratoria de nulidad solo procede cuando se afecta al proceso y una vez superada la deficiencia debe resolverse, tanto más que por previsión constitucional, las normas procesales, no constituyen un fin, sino medio para alcanzar el resultado que los litigantes, aspiran con una decisión judicial.** CUATRO. Además no cabe duda que la intervención en el proceso por parte del compareciente legitimante, lo que hace es revelar que se admite que debió intervenir en la forma que hoy lo hace, para formar una contienda legal entre sujetos que deban solventar válidamente la disputa". <lo resaltado es intencional de este auto> y explica que no se trata de una de las tantas piezas procesales contenidas en los setenta y tres cuerpos que lo componen, sino en la previsión que se deja anotada y que corresponde al ordenamiento jurídico. **SEXTA**. En cuanto a la petición formulada por el Señor Gerente General y representante legal de la empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, en cuanto pide explicación respecto de la disposición legal que fundamenta la legitimación, se debe señalar que lo trasladado en el considerando quinto de este auto despeja la inquietud que se propone y que nuevamente se traslada para efectos de atender lo solicitado: "Art. 359 del Código de Procedimiento Civil, que establece: **"Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente"**. Este precepto, contiene la siguiente condición: "si

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

se legitima", es decir prevé una condición o circunstancia indispensable para que otra subsecuente pueda ocurrir. El primer acontecimiento, se presenta y como la consecuencia del primero, está previsto en la misma norma "el proceso es válido". **SÉPTIMA**.- En cuanto a la reclamación que se formula, en lo atinente a que el Gerente General no sería al momento en el que se emitió el acto materia de impugnación la máxima autoridad (para la declaratoria de terminación unilateral del contrato) y si para la ejecución de las garantías, es necesario destacar que las dos situaciones son aspectos que se han declarado afectan la validez, esto es tanto la terminación sin facultades, como la ejecución de las garantías, sin observarse el ordenamiento jurídico, por cuanto las dos actuaciones debían realizarse por quien tiene facultades para ello, pues las autoridades deben realizar solo aquello que se encuentra expresamente previsto en la Constitución y la Ley, y no otras, por cuanto afectan la validez de sus actuaciones. En este contexto, cabe destacar que en la sentencia, no es que se determina que para la terminación no tiene competencia, sino que tanto para esta como para la ejecución de las garantías debe hacerlo en ejercicio de facultades establecidas en el ordenamiento jurídico vigente a la época, sin que ni lo uno ni lo otro, tengan respaldo en la Ley, pues las dos situaciones ponen en evidencia que no se actuó respetando el ordenamiento legal. **OCTAVA**.- En lo atinente al cuestionamiento formulado respecto de lo resuelto en materia constitucional, se debe precisar que en la sentencia en la consideración décima se establece: "Entrando en el análisis de los demás aspectos que se encuentran pendientes de dilucidación, se precisa señalar que uno de los cuestionamientos formulados en la demanda, es el relacionado con la falta de motivación del acto, en cuanto no se cumple con los presupuestos previstos para los actos administrativos, <el de terminación anticipada y unilateral del contrato>, en la Constitución vigente a la fecha de los acontecimientos, esto es sobre la motivación. Al respecto se debe señalar que sobre este tema el Tribunal se encuentra impedido de abordar el asunto, por cuanto éste ya fue materia de controversia jurídica entre las partes, situación que se ventiló ante la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia, la que rechazó la demanda y luego por recurso de apelación, fue materia de pronunciamiento jurídico por parte de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, órgano de justicia que establece en la consideración tercera: " ... como tampoco se ha encontrado falta de motivación, al contrario, las razones de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio Yanuncay, son múltiples, ***asunto que no es de competencia de esta Sala analizarlo***". Del texto se evidencia que la Justicia Constitucional, no se pronunció sobre el particular y señala que no es de su competencia analizarlo y es por ello, que no se hizo pronunciamiento sobre la motivación, sino sobre los aspectos que el Tribunal Constitucional señala que no es de su competencia analizarlo. **Como se podrá observar la sentencia no se encuentra afectada de oscuridad y debe ser considerada en su integridad, como lo determina el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, inciso segundo, esto es debe tenerse en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma.** En estos términos se atiende lo solicitado.- **Notifíquese.-**

f) Dr. Pablo Cordero Díaz, Juez Distrital Ponente; Dra. Natalia Larriva Calle, Jueza Distrital; y, Dr. Remigio Auquilla Lucero, Conjuez Permanente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 26 de octubre del 2015, las 15h46.

VISTOS: En virtud de que: **A)** El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así

como el acta de sorteo de 2 de marzo de 2015 que consta en el proceso. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 11 de julio de 2013, 8h53, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, se dijo y resolvió que:

> "CONSECUENTEMENTE "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 como consecuencia la nulidad de la resolución impugnada y por tanto, se dispone que la entidad demandada, proceda a la reparación del daño ocasionado y para la valoración que se hará pericialmente se considere lo siguiente: UNO. Los perjuicios económicos que ocasionó la inscripción e inhabilitación como contratista incumplido al CONSORCIO YANUNCAY para lo cual se considerará lo siguiente: el tiempo que pasó registrado como tal, los valores que dejó de percibir con ocasión del contrato, para lo cual el perito determinará la utilidad que podía haber obtenido, por el mismo. DOS. Los perjuicios económicos que les ocasionó la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo que la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. pagó a petición de la demandada, con intereses desde la ejecución de las garantías hasta la fecha de pago. En virtud de que la provisión de la tubería que se encuentra en poder de la parte actora, no puede quedar en su beneficio, por cuanto se está reconociendo el derecho indemnizatorio señalado y el monto de la misma debe ser descontado de la indemnización y para el efecto su precio en el mercado será determinado pericialmente, debiendo el costo de bodegaje ser asumido por la empresa demandada. Éste valor se descontará de la liquidación. Sin costas. Notifíquese. f) Dr. Pablo Cordero Díaz; Dra. Natalia Larriva Calle; Dr. Remigio Auquilla Lucero".

SEGUNDO.- Mediante auto de 9 de febrero de 2015, 11h01, el Tribunal de Conjueces de esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite, **los recursos de casación interpuestos por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca (PGE)** por las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; **y, por el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca (ETAPA EP)** por las causales primera, segunda, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO.- 3.1.- Dentro de una correcta técnica de casación, es pertinente analizar primero la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación cuando ésta ha sido invocada; y en el presente proceso lo han hecho tanto la PGE como ETAPA EP. La segunda causal del artículo 3 de la Ley de Casación, hace referencia 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 hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente"*. Para posteriormente, en caso de ésta no ser aceptada, analizar las causales quinta, cuarta y primera.

3.2.- La PGE con relación a la causal segunda acusa aplicación indebida del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y falta de aplicación del artículo 273 del mismo cuerpo de normas. **La empresa pública ETAPA, con relación a la misma causal acusa** aplicación indebida del artículo 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos 2 de la Ley de Casación (LC), artículo 281 del Código de Procedimiento Civil y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). Las normas referidas dicen:

"Art. 359 CPC.- Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente.".

"Art. 273 CPC.- 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.".

"Art. 360 CPC.- Aún cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica o aprueba, el proceso será válido; y aún los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal.".

"Art. 361 CPC.- El poderdante, el apoderado, el guardador y todo representante legal, pueden ratificar en cualquier instancia, aún cuando

estuviese declarada la nulidad, siempre que la providencia que contenga tal declaración no estuviese ejecutoriada."

"Art. 2 LC.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado. (...).".

"Art. 281 CPC.- 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.".

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

3.3.- Corrido traslado con los recursos de casación admitidos, el Ing. Homero Aurelio Torres Andrade, en calidad de Procurador Común de Pablo Ochoa Maldonado, Guillermo Patricio Córdova Córdova, Haibor Fernando Molina Santos, a su nombre propio; y, a nombre del Consorcio "Yanuncay", dio contestación a los mismos dentro del término señalado.

CUARTO.- 4.1.- En lo fundamental, con respecto a la causal segunda, la PGE arguye que:

"En las contestaciones dadas a la demanda, tanto ETAPA, como la Procuraduría General del Estado, formularon como una de las excepciones la Ilegitimidad de Personería Activa.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 3, Primera Sala, en el AUTO dictado el 21 de junio del 2012, a las 15h00, en la consideración SEGUNDA, se dice: "En el estudio de la causa y para efectos de determinación de la validez de la misma... se debe abordar la excepción de ilegitimidad de personería activa y falta de legítimo contradictor en la persona de los accionantes, en cuya consideración TERCERA, en atención a lo expresado en líneas anteriores, se dice: "...corresponde, determinar si las controversias se entablan entre personas que puede mantener una contienda jurídica válida y para el efecto, es necesario destacar lo siguiente: 1. El contrato se celebró entre personas jurídicas, esto es, entre la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, "ETAPA" y el CONSORCIO YANUNCAY".

La demanda no la presenta el sujeto contractual, la parte contratada, sino por quienes lo integran al momento de presentar la demanda, es decir una persona jurídica diferente de los actores en la causa… por lo que en esta controversia existiría un vicio en cuanto a la demanda se presenta por quien no es la persona que contrató con la entidad demandada, acción que debió ser propuesta por el representante legal y al hacerlo quienes constituyeron una persona jurídica diferente, por lo tanto por quien no estaba legitimado para hacerlo, no es válida la controversia, porque para que se reconozca su validez, debe entablarse por quienes tiene capacidad legal de ser sujetos procesales".

QUINTO.- En lo principal, con respecto a la causal segunda, ETAPA EP arguye que:

"Solo se podrá legitimar la personería si la acción se interpone en nombre de quien tendría derecho para ejercerla, pudiendo por lo tanto esa acción oficiosa ser ratificada, legitimada, aprobada en cualquier momento, pero no permiten las normas en referencia que se cambie al actor a través de una legitimación o ratificación de lo actuado por terceros por derecho propio de estos últimos. Quien puede legitimar la personería debe tener la calidad de parte procesal, es decir, haber comparecido en el proceso acreditando su calidad, en la demanda presentada por el Ingeniero Homero Torres y otros, en contra de ETAPA EP, ninguno lo hace a nombre del "Consorcio Yanuncay" persona jurídica que como tal tiene su representante legal.

En consecuencia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo hace una aplicación indebida del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, al aceptar y convalidar la ratificación de todo lo actuado por quienes comparecen en calidad de actores dentro de esta causa, que perjudica gravemente a la parte demandada atentando inclusive a su seguridad jurídica. Indebidamente se sustenta en los artículos 360 y 361 del referido código, sin tomar en cuenta que para la aplicación de los mismos es necesario que se identifique claramente a la parte procesal, que en este caso no existe pues "Consorcio Yanuncay", como tal, es decir, como persona jurídica jamás interpone ningún tipo de acción ni los accionantes lo han hecho en su nombre,...

Señores Jueces es necesaria recordar que ETAPA EP se ha excepcionado sobre la legitimidad activa de los demandantes, es decir se trabó la Litis sobre la calidad: en la que presentaron su acción los demandantes; puesto que, quienes comparecieron como "actores" a demandar lo hicieron por sus propios y personales derechos, según así expresamente consta de la demanda, no encontramos en el texto de la misma ni en pieza procesal alguna, en la que conste que se haya presentado la acción en representación, a nombre u ofreciendo ratificación del CONSORCIO YANUNCAY.

Ha sido el propio Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, Primera Sala, el que se ha pronunciado en el sentido de que se trata de una persona distinta la de los participantes en el Consorcio y el Consorcio como tal; por lo tanto, la excepción presentada es totalmente procedente, esto por cuanto el contrato fue suscrito entre el Consorcio Yanuncay, como persona jurídica, a través de su representante legal y la Empresa ETAPA, así mismo a través de su representante legal, como consta del proceso; por lo que la presentación de la demanda a título personal de los accionantes conlleva la falta de legítimo contradictor dentro del presente juicio.

(...) Al respecto debemos tener en cuenta que el Artículo 43 del Código de Procedimiento Civil prevé que en todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador, debiendo éste legitimar su personería desde que comparece en el juicio, es decir al momento de deducir la acción; se determina en ese momento entonces quién o quiénes son la parte procesal que comparece como demandante o si lo hace a nombre de un tercero; para este último caso, la ley procesal prevé se legitime o ratifique esa comparecencia, pero no permite que se pueda cambiar de actor...".

SEXTO.- En lo fundamental, con respecto a la causal segunda, el Consorcio YANUNCAY arguye que:

"3.- se argumenta que en la sentencia recurrida se ha producido aplicación indebida de las normas procesales contenidas en los artículos 359, 360 y 361 del código de procedimiento civil.

Con relación a esta impugnación, es necesario previo a su análisis es necesario precisar algunos aspectos: a.- Debemos recordar que las normas que se sostiene han sido aplicadas indebidamente, son normas de derecho público y que, con relación a ellas no cabe interpretación extensiva. b.- De otro lado tenemos que por mandato del artículo 18 No. 1 del Código Civil: *"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.".*

En el recurso interpuesto, se pretende desviar el verdadero sentido de las normas que se dice han sido aplicadas indebidamente, procediéndose a una interpretación extensiva y arbitraria con el objeto de justificar la causal invocada. Las normas invocadas son claras y contundentes y nos llevan a la inequívoca conclusión de la procedencia de la legitimación de personería producida en este proceso y de que el Tribunal de instancia interpretó correctamente las mismas, con la única interpretación posible, la realizada por este Tribunal.

Se argumenta entre otras cosas que en la aplicación de las normas aludidas "sólo se podrá legitimar la personería si la acción se interpone en nombre de quien tendría derecho para ejercerlas"; igualmente se argumenta que, lo que se ha producido es un cambio o reforma de la demanda; argumentos que como lo veremos no tienen sustento jurídico de ninguna clase.

Si de acuerdo con la sentencia y de lo que la accionada viene sosteniendo, el consorcio es una persona jurídica y que, consecuentemente, es la parte procesal en este trámite, es esta parte procesal la que aparece ratificando la intervención de quienes demandaron en este juicio, por lo tanto, no cabe duda alguna sobre la procedencia de dicha ratificación...

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

De otro lado en el tratado del Dr. Carlos Puig Salazar, "Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano" encontramos que con relación al tema que se viene analizando se sostiene que la ratificación o convalidación puede ser incluso tácita, conforme a la resolución que consta en la Gaceta Judicial G.J. 122, tercera serie.

Como se desprende Señores Jueces, la ilegitimidad de personería es causa de nulidad del proceso siempre y cuando la misma no sea convalidada o subsanada; la ilegitimidad de personería puede ser convalidada en cualquier instancia; procede la convalidación de los actos realizados por quien carecía de capacidad para comparecer a juicio.".

SÉPTIMO.- Con relación a lo anterior este tribunal constata que la sentencia impugnada dice:

"JUEZ PONENTE: DR. PABLO CORDERO DÍAZ
Juicio 033–2007
TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 3.- PRIMERA SALA.-
Cuenca, 11 de julio del 2013.- Las 08H53.- VISTOS:

Del auto expedido por el Tribunal, que declara la nulidad de la causa desde la demanda, por falta de personería, se formula petición de revocatoria, por parte del Ing. Homero Aurelio Torres Andrade y señala: "...a nombre del CONSORCIO YANUNCAY, en ejercicio de la facultad que me confiere la cláusula cuarta del contrato de asociación o consorcio a la que se hace mención en el auto en referencia y que se encuentra incorporado al escrito de la demanda y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359, 360 y 361 del Código <del> de Procedimiento Civil, EXPRESAMENTE RATIFICO Y APRUEBA TODO LO ACTUADO POR QUIENES COMPARECEN DEMANDANDO EN ESTE JUICIO, legitimando así la personería activa". A este enunciado traslada los preceptos contenidos en los artículos 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil y con estos antecedentes pide la revocatoria de la providencia en la calidad con la que comparece y además como Procurador Común de los accionantes. Posteriormente presenta peticiones relacionadas con su pretensión y hace referencia a pronunciamientos formulados por la Corte Suprema.

Mediante providencia se corrió traslado a la contraparte y el Señor Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP se pronuncia, invocando el Art. 43 del Código de Procedimiento Civil, que establece que en todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador, debiendo éste legitimar su personería, desde que comparece en el juicio. De igual forma hace relación al Art. 344 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a las nulidades que dice producir la omisión de solemnidades sustanciales previstas en el Art. 346 numeral 3. Así mismo invoca los preceptos de los artículos 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil y acota que erróneamente se pretende sustentar la petición en dichos preceptos que dice no son aplicables. Señala además que en su apreciación no es pertinente la revocatoria solicitada, por lo que se opone a la ratificación ulterior.

Para decidir en torno al tema, se hacen las siguientes consideraciones:

UNO. El auto expedido por este Tribunal, está vinculado directamente con la validez de la causa y en concreto con el presupuesto de falta de personería que se alegó por parte de la Empresa ETAPA EP, respecto de la capacidad de la parte actora.

DOS. El Ordenamiento Jurídico, para esta clase de situaciones establece regulaciones como la contenida en el Art. 359 del Código de Procedimiento Civil, que establece: "Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente". Este precepto, contiene la siguiente condición: "si se legitima", es decir prevé una condición o circunstancia indispensable para que otra subsecuente pueda ocurrir. El primer acontecimiento, se presenta y como la consecuencia del primero, esta previsto en la misma norma: "el proceso es válido".

TRES. Es pertinente en este contexto anotar que si se llegó a solventar la causa que produce la nulidad, no tiene porqué subsistir, la declaratoria reclamada, tanto más que a las partes lo que les interesa es obtener una resolución final que ponga fin a la controversia, por cuanto la

declaratoria de nulidad solo procede cuando se afecta al proceso y una vez superada la deficiencia debe resolverse, tanto más que por previsión constitucional, las normas procesales, no constituyen un fin, sino medio para alcanzar el resultado que los litigantes, aspiran con una decisión judicial.

CUATRO. **Además no cabe duda que la intervención en el proceso por parte del compareciente legitimante, lo que hace** es revelar que se admite que debió intervenir en la forma que hoy lo hace, para formar una contienda legal entre sujetos que deban solventar válidamente la disputa.

Superada la dificultad, corresponde a este órgano judicial, dictar la resolución que corresponda, por ser este el estado de la causa y en esta virtud, para decidir se hacen las siguientes reflexiones: Éste órgano de administración de justicia tiene la actual integración, por el proceso de designación de los nuevos señores jueces y la conformación con el Señor Conjuez, ante la excusa presentada y aceptada al Dr. Javier Cordero López, acontecimientos que han producido que no se pueda atender la causa oportunamente. (...).

SEGUNDA.- Superado como se encuentra el asunto relacionado con la validez del proceso por la falta de personería, es el momento de pronunciarse sobre los otros presupuestos de validez de la causa y como en la tramitación del proceso se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de juicios sin omisión alguna que pueda afectar, se declara la validez de la causa y como consecuencia se desestima toda alegación que en torno al tema se haya enunciado.- (...).

DÉCIMA.- Entrando en el análisis de los demás aspectos que se encuentran pendientes de dilucidación, se precisa señalar que uno de los cuestionamientos formulados en la demanda, es el relacionado con la falta de motivación del acto, en cuanto no se cumple con los presupuestos previstos para los actos administrativos, <el de terminación anticipada y unilateral del contrato>, en la Constitución vigente a la fecha de los acontecimientos, esto es sobre la motivación.

Al respecto se debe señalar que sobre este tema el Tribunal se encuentra impedido de abordar el asunto, por cuanto éste ya fue materia de controversia jurídica entre las partes, situación que se ventiló ante la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia, la que rechazó la demanda y luego por recurso de apelación, fue materia de pronunciamiento jurídico por parte de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, órgano de justicia que establece en la consideración tercera: "... como tampoco se ha encontrado falta de motivación, al contrario, las razones de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio Yanuncay, son múltiples, *asunto que no es de competencia de esta Sala analizarlo*". <lo resaltado es intencional, para evidenciar por una parte que se ha resuelto sobre la alegación de falta de motivación y por otro, que sobre los demás aspectos, no se ha decidido>.

Se aclara que en todos los casos en los que éste Tribunal Contencioso ha abordado estos temas y ha encontrado pronunciamiento en materia constitucional, no ha entrado a resolver estos aspectos, por cuanto, esto afectaría a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada, siendo evidente este asunto, cuando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la disposición transitoria cuarta, se establece: "Las decisiones judiciales, dictámenes, sentencias ejecutoriadas y demás resoluciones expedidas o que se expidan por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los efectos generados por aquellas, tendrán validez y carácter de definitivos".

De la norma trascrita, se establece, que el legislador se pronunció normativamente, sobre aspectos producidos y que se produzcan, esto es (en pasado y en presente), respecto de: 1. Decisiones judiciales, 2. Dictámenes, 3. Sentencias; y, 4. Demás resoluciones, Por tanto no es pertinente volver a decidir sobre lo que tiene pronunciamiento.- Sin embargo se hace hincapié que sobre los otros aspectos de la controversia, al no haberse resuelto, por cuanto como queda resaltado, el Tribunal Constitucional, no se ha pronunciado, esto será materia de estudio y decisión en el desarrollo de esta sentencia.-". (Lo resaltado nos pertenece; lo resaltado y subrayado pertenece al original).

OCTAVO.- Aunque en la parte expositiva de la sentencia impugnada antes transcrita no se señala la fecha del auto de declaratoria de nulidad, el mismo consta de fojas 8821 a 8827 vuelta del proceso, y dispone:

"JUEZ PONENTE: Dr. Pablo Cordero Díaz.
JUICIO N°. 033-2007
TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N°. 3.-
Cuenca, 21 de junio del 2012.-Las 15H00.-Vistos:
Los señores Ing. HOMERO AURELIO **TORRES ANDRADE, en su calidad de Gerente General de la Compañía "Ing. Homero Torres Ochoa Cía. Ltda.**, Ing. Pablo Guillermo **Ochoa Maldonado**, Ing. Patricio Córdova Córdova y Haybor Fernando **Molina Santos, en su calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Granite Contratistas Generales Cía. Ltda.**, comparecen y señalan que **en las calidades mencionadas y como integrantes del Consorcio** "YANUNCAY", que tiene su domicilio en la ciudad de Cuenca, deducen la siguiente demanda, señalando para el efecto que **designan Procurador Común** al Ing. Homero Aurelio Torres Andrade; **y deducen la acción en contra de** la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca "ETAPA", en la persona de su Gerente General y como tal representante legal de la misma Ing. Santiago López Guillen, piden se cuente con la Procuraduría General del Estado.
ACTO IMPUGNADO: Señalan que el acto que mediante esta acción se impugna se encuentra contenido en la resolución 001 - PY - 2006 - GG, de 28 de noviembre de 2006, por el Señor Ingeniero Santiago López Guillen, Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA, acto notificado el 28 de noviembre de 2006, resolución mediante la cual se resuelven los siguientes aspectos: 1. Declarar anticipada y unilateralmente terminado el contrato para la "Construcción del Proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la ciudad de Cuenca, "Grupo II: Líneas de conducción de agua tratada...
Excepciones: Con los antecedentes expuestos, proponen las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2. Litis pendencia; **3. Ilegitimidad de personería activa** y falta de legítimo contradictor en la persona de los accionantes; 4. Plus Petitio; 5. Falta de derecho de los actores para proponer esta acción por estar claramente establecidos sus incumplimientos contractuales; 6. Improcedencia de la acción, Pide que las excepciones se las considere subsidiariamente. Una vez entablada la controversia con las contestaciones a la demanda, con auto expedido el seis de junio del año 2007, por el Señor Juez de sustanciación se recibe la causa a prueba y en esta etapa procesal se actúan las solicitadas por las partes, siendo el momento procesal el de dictar la sentencia que en derecho corresponda, para el efecto se hacen las siguientes consideraciones:
(...) SEGUNDA.- En el estudio de la causa y para efectos de determinación de validez de la misma, en el análisis de esta controversial disputa legal, se debe abordar la excepción de Ilegitimidad de personería activa y falta de legítimo contradictor en la persona de los accionantes, excepción, que deduce la empresa municipal ETAPA.
Para el efecto se debe determinar cuál es el alcance de la ilegitimidad de personería y para ello es preciso señalar, que el Consorcio Yanuncay, tiene su punto de partida, según instrumento público que obra a fojas seis de los autos, con ocasión de la convocatoria a la licitación 04 - 2004 - ETAPA, a personas naturales y jurídicas, nacionales y asociaciones de estas para que presenten sus ofertas para la Construcción del Proyecto Yanuncay, para la segunda etapa de los Planes Maestros de Agua Potable para la ciudad de Cuenca y es en esta virtud que las personas naturales y jurídicas: Ing. HOMERO AURELIO TORRES ANDRADE, en su calidad de Gerente General de la Compañía Ing. Homero Torres Ochoa Cía. Ltda., el Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado, por sus propios y personales derechos; el Ing. Derlis Rolando Palacios Guerrero, por sus propios y personales derechos, el Ing. Patricio Córdova Córdova, por sus propios y personales derechos y el Ing. Fernando Molina, debidamente autorizado por el Señor Ingeniero Mario Edmundo Fernández Tosi, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Granite Contratistas Generales Cía. Ltda., comparecen a la celebración del contrato de asociación o consorcio, al que según la cláusula cuarta lo denominan "CONSORCIO YANUNCAY", de nacionalidad ecuatoriana, con domicilio en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

Según la cláusula séptima del Contrato de Asociación, estipulan que el Consorcio tendrá vigencia y existencia legal desde la fecha de su constitución, hasta seis meses después de realizada la entrega - recepción definitiva de las obras objeto del contrato. En el mismo acuerdo, en la cláusula décimo sexta, se señala: "Representantes legal y representante técnico del Consorcio.- Los asociados de mutuo acuerdo, designan al Ingeniero Homero Torres Andrade como Representante Legal del Consorcio y al Ingeniero Patricio Córdova Córdova como representante técnico del Consorcio.- A fojas 32 del proceso consta el contrato de construcción, celebrado entre ETAPA y el CONSORCIO YANUNCAY, el treinta de agosto del año 2005, ante el Notario Cuarto del Cantón Cuenca. A la celebración de este convenio solemne, comparecen tanto el representante legal de ETAPA, Ing. Santiago López Guillen, como el señor Ingeniero Homero Aurelio Torres, en su calidad de **Representante legal** del CONSORCIO YANUNCAY, en el que se determina, que la representación legal "consta del documento que se insertará como habilitante".
En esta trama de ideas, es pertinente acudir al Código de Procedimiento Civil, cuerpo legal supletorio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en el Art. 33, establece, que no pueden comparecer en juicio ni como actores ni como demandados, entre otros: "2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal".
Establecidos estos antecedentes, es pertinente señalar: UNO. Que se conformó un consorcio, como queda señalado; DOS. Que la Empresa Pública Municipal ETAPA, contrató con el Consorcio Yanuncay; TRES. Que los actores en el presente juicio son los señores: Ing. HOMERO AURELIO TORRES ANDRADE, en su calidad de Gerente General de la Compañía "Ing. Homero Torres Ochoa Cía. Ltda., Ing. Pablo Guillermo Ochoa Maldonado, Ing. Patricio Córdova Córdova y Haybor Fernando Molina Santos, en su calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Granite Contratistas Generales Cía. Ltda., quienes son integrantes al momento de presentar la demanda del CONSORCIO YANUNCAY. CUATRO. **Con lo señalado, cabe la pregunta: ¿Los integrantes del Consorcio Yanuncay, formaron una persona jurídica distinta de los constituyentes?. Para encontrar respuesta a esta interrogante, es indispensable señalar, aspectos trascendentes en el orden jurídico: Que los constituyentes del Consorcio actuaron bajo el marco constitucional vigente a la época de conformación de la Asociación, que lo hicieron además amparados en la Ley y en la convocatoria y que esta forma de organización es lícita y legal y esta sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, conforme a lo previsto en el Art. 1957, inciso segundo del Código Civil.** <numeración actual>.-
TERCERA.- Determinados los antecedentes que quedan señalados en el considerando precedente corresponde, determinar si la controversia se entabla entre personas que pueden mantener una contienda jurídicamente válida y para el efecto, es necesario destacar lo siguiente: 1. El contrato se celebró entre personas jurídicas, esto es entre la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, "ETAPA" y el CONSORCIO YANUNCAY. **La demanda no la presenta el sujeto contractual, la parte contratada, sino por quienes lo integran al momento de presentar la demanda, es decir una persona jurídica diferente de los actores en la causa.** Al respecto, se tiene como precedente que en el Registro Oficial No. 414 de seis de septiembre de 2004, se publica la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, que gozaba de competencia para conocer de contratos públicos, de acuerdo con la legislación vigente a esa fecha y en esta sentencia se discute una situación similar a la del presente caso, pero con un componente diferente, en cuanto a que en esa controversia, quien presenta la demanda es un Consorcio a través de su representante legal y esto ocasionó que se cuestione la personería jurídica del Consorcio y la Sala de lo Civil de la Corte Superior (hoy Corte Provincial), haya declarado la nulidad. En la consideración sexta de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que casa la sentencia, se afirma lo siguiente: "Establecido que el **consorcio es una persona jurídica,** en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1984 <numeración anterior) del Código Civil, se vuelve impertinente la referencia que hace el Tribunal de instancia a los artículos 40 y

44 del Código de Procedimiento Civil...''. <Lo destacado es intencional del Tribunal>. De lo expuesto se establece que existe un precedente, por cual se determina que el Consorcio es una persona jurídica, **por lo que en esta controversia existiría un vicio en cuanto la demanda se presenta por quien no es la persona que contrató con la entidad demandada, acción que debió ser propuesta por el representante legal y al hacerlo quienes constituyeron una persona jurídica diferente, por tanto por quien no está legitimado para hacerlo, no es válida la controversia, porque para que se reconozca su validez, debe entablarse por quienes tienen la capacidad legal de ser sujetos procesales.**

CUARTA.- Con lo señalado se debe determinar si corresponde declarar la nulidad o rechazar la demanda en sentencia y para el efecto es preciso señalar: **1. El Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, determina que son solemnidades comunes a todos los juicios e instancias:** ***"3. Legitimidad de personería"***. Si se establece que la personería es presupuesto de validez de todos los juicios e instancias, se debe determinar cual es la consecuencia de esta situación que se encuentra prevista en la Ley y **para el efecto, se hace cita del Art. 349 del mismo Código Procesal invocado, que establece:** ***"Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6, y 7 del Art. 346, comunes a todos los juicios e instancias;*** *siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción".* Por lo expuesto teniendo determinado el destino de las causas en las que existe ilegitimidad de personería corresponde declarar su nulidad.

Se deja también constancia que en la misma sentencia en cita y en torno al tema se señala lo siguiente: "En forma terminante, el tratadista Juan Isaac Lovato afirma en su Programa Analítico de Derecho Procesal Civil ecuatoriano que ***"La ilegitimidad de personería produce la nulidad del juicio, puesto este no puede sostenerse sino entre personas capaces de intervenir en él"*** (Quito, 1962, Tomo V, página 180) Los fundamentos de este criterio consisten en que comprobada la ilegitimidad de personería de una de las partes, ha quedado establecido que falta uno de los presupuestos procesales, en este caso un presupuesto subjetivo de la acción, sin el cual no puede constituirse una relación procesal válida, y en tal caso el Juez no puede dar un pronunciamiento válido, favorable o desfavorable, sobre la demanda".

Por lo expuesto, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. Tres, con sede en la ciudad de Cuenca, teniendo en cuenta la fuerza normativa de las normas procesales invocadas, DECLARA LA NULIDAD DE LA CAUSA, DESDE LA DEMANDA. Sin costas.- Agréguese al proceso el escrito presentado por ETAPA.- Notifíquese. f) Dr. Pablo Cordero Díaz; Dr. Alejandro Peralta Pesántez; Dr. Hernán Monsalve Vintimilla". (Lo resaltado nos pertenece; lo resaltado y subrayado pertenece al original).

NOVENO.- Este Tribunal de Casación reflexiona respecto a la falta de legitimación activa, y al respecto constata que autorizada y actualizada doctrina administrativa, extranjera nos enseña que:

"La legitimación, en definitiva, nos indica quiénes son los sujetos cuya participación es necesaria para que la sentencia resulte eficaz. Pues si las partes carecen de legitimación para el caso concreto, el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el conflicto intersubjetivo que se ha querido heterocomponer mediante la intervención del juez. **En casos semejantes se hará estéril cualquier pro- nunciamiento judicial que intente solucionar el litigio, pues la falta de legitimación evidencia inequívocamente la inexistencia de relación jurídica alguna entre las partes procesales.**

Es probable que la posición que sustentamos en este apartado sea criticada por quienes entienden que la cuestión de la legitimación es inconducente, ya que como no se trata de un requisito procesal sino de admisibilidad de la pretensión, lo que se estaría haciendo es resolver ab initio una cuestión de fondo. Se parte muchas veces de un sofisma: se rechaza la cuestión sin entrar en el debate sustancial: si asiste o no razón en el fondo al actor. **Lo que se olvida es que, si no está legitimado, el juez no podrá entrar a resolver el fondo.** Si quien demanda no está casado, el juez no podrá divorciarlo. Y no resuelve la cuestión decidiendo si asiste o no razón en el fondo al actor, sino que no puede decidir nada acerca de la procedencia sustancial del divorcio...

Sobre la existencia y concurrencia de este requisito durante todo el trámite procesal se han planteado las cuestiones de si su falta puede ser subsanada y de su posibilidad de transmisión. a) Subsanación. Se admite con carácter general la posibilidad de subsanación de todo defecto procesal, pero requiere que el defecto sea susceptible de ello; no puede subsanarse lo que no es subsanable. **Si la legitimación depende de una determinada posición respecto a la pretensión, tal posición existirá o no al momento de iniciarse el proceso. Por eso, la exigencia de la legitimación activa ha de darse en el momento inicial del proceso y no puede subsanarse posteriormente."**. (Tomás Hutchinson, Derecho Procesal Administrativo, tomo II, (Buenos Aires: edit. Rubinzal-Culzoni, 2009), 247-48. (Lo resaltado nos pertenece).

DÉCIMO.- 10.1.- Igualmente, respecto a la falta de legitimación **activa tal como se cita en el propio auto de nulidad de 21 de junio de 2012,** señalado en el considerando octavo de esta sentencia, autorizada doctrina procesal nacional nos indica que:

"En forma terminante, el tratadista Juan Isaac Lovato afirma en su Programa Analítico de Derecho Procesal Civil ecuatoriano que "La ilegitimidad de personería produce la nulidad del juicio, puesto este no puede sostenerse sino entre personas capaces de intervenir en él" (Quito, 1962, Tomo V, página 180) Los fundamentos de este criterio consisten en que comprobada la ilegitimidad de personería de una de las partes, ha quedado establecido que falta uno de los presupuestos procesales, en este caso un presupuesto subjetivo de la acción, sin el cual no puede constituirse una relación procesal válida, y en tal caso el Juez no puede dar un pronunciamiento válido, favorable o desfavorable, sobre la demanda". (Lo resaltado nos pertenece).

10.2.- Y autorizada y actualizada doctrina administrativa nacional nos dice también que:

"Valorando la especial posición de la Administración en la configuración de situaciones jurídicas, bien vale citar el criterio de García de Enterría y Tomás Ramón - Fernández (2004) quienes enseñan, que para ser parte de un proceso contencioso, salvo en los casos excepcionales de acción popular se debe: *´estar legitimado activamente, es decir encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición ad-ministrativa, con una actuación activa o pasiva de la Administración que haga legítima la presencia de un determinado sujeto en el concreto proceso en el cual se impugna tal actuación o situación´* (p.627)… En este contexto, Enrique Véscovi, citado por Benalcázar Guerrón, define a la legitimación procesal como *´la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales en el proceso´*. Más adelante el propio Véscovi, conceptúa a la legitimación como: *´la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz´*. **La legitimación por tanto, constituye un elemento sustancial del proceso que se enlista dentro de los requisitos de admisibilidad administrativa.** Conforme acota Pablo Esteban Perrino (2003) *´la existencia de recaudos de admisibilidad en todo proceso obedece, según los casos a una adecuada ordenación y a razones de seguridad jurídica. Su concurrencia es necesaria para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y el juez puede dictar la sentencia de fondo´*. (p.265). **De manera que, para que el órgano administrativo o jurisdiccional en su caso, entre a analizar el fondo de la pretensión es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente en contra de la persona pasivamente legitimada."**. (Marco Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 495-97. (Lo resaltado nos pertenece).

10.3.- Lo anterior está relacionado con los artículos 27 de la LJCA, que dice: *"<u>Las partes</u> pueden comparecer por si mismas o por medio de un procurador que las represente y, en ambos casos, deberán estar patrocinados por un abogado; de lo contrario, no se dará curso a ningún escrito ni se aceptará intervención alguna."*; y con el **artículo 43 inciso primero del CPC** que dispone: ***"En todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador, debiendo éste legitimar su personería, desde que comparece en el juicio,*** *a menos que el juez, por graves motivos, conceda un término para presentar el poder, término que no excederá de quince días, si el representado estuviere en el Ecuador, ni de sesenta si se hallare en el exterior. No se concederá dicho término, cualquiera que sea la razón que invoque, si se presenta persona desconocida o sin responsabilidad."*, **el cual debe ser concordado con los artículos 359 y 360 del CPC, que respectivamente señalan:** *"Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el*

proceso será válido, sea que lo hagan ***las partes*** *por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente."; "Aún cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería,* ***si la parte*** *ratifica o aprueba, el proceso será válido; y aún los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal.".*

UNDÉCIMO.- 11.1.- Por tanto, por todo lo mencionado en los considerandos noveno y décimo de esta sentencia, este Tribunal de Casación está de acuerdo con lo que se menciona en los considerandos segundo, tercero y cuarto del auto de declaratoria de nulidad de 21 de junio de 2012, 15h00, expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3, transcrito en el considerando octavo de esta sentencia.

11.2.- Pero tal falta de legitimación activa no podía ser convalidada más de un año después, con los puntos dos, tres y cuatro en la página 1 y 1vuelta de la sentencia del 11 de julio de 2013, 8h53, transcritos en el considerando séptimo de esta sentencia, simplemente utilizando el artículo 359 del CPC.

11.3.- Respecto a tal punto dos, este Tribunal de Casación considera que tal artículo 359 conjuntamente con el 360 del CPC, que tienen como fundamento procesal los artículos 27 de la LJCA y 43 inciso primero del CPC, obviamente implican que "la parte" haya comparecido de inicio al juicio, ya sea personalmente o por medio de su representante legal o procurador, pues *si la legitimación depende de una determinada posición respecto a la pretensión, tal posición existirá o no al momento de iniciarse el proceso. Por eso, la exigencia de la legitimación activa ha de darse en el momento inicial del proceso y no puede subsanarse posteriormente (Hutchinson, 248), pues para que el órgano administrativo o jurisdiccional en su caso, entre a analizar el fondo de la pretensión es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente en contra de la persona pasivamente legitimada* (Morales, 497).

El Tribunal Distrital no puede dar una aplicación indebida al artículo 359 del CPC, como lo ha hecho en su sentencia de 11 de julio de 2013, 8h53, *pues para que el órgano jurisdiccional entre a analizar el fondo de la pretensión, es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente;* debe entenderse que **podría por ejemplo demandar a nombre de un tercero un representante legal o un procurador judicial, sin legitimar su personería al inicio del proceso, personería ésta que sí podría ser convalidada posteriormente conforme los artículos 359 y 360 del CPC; pero debe hacerlo "por la parte", esto es el tercero a nombre** de quien ellos comparecieron; no siendo dable la convalidación contraria, esto es que se pretenda que ésta se dé sin que ellos hayan comparecido a nombre de ningún tercero, sino a sus propios nombres, ya sea como personas naturales, socios, o representantes legales de otras empresas, **pues en tales casos no habría nada que convalidar posteriormente por el tercero, pues éste simplemente no fue parte en el proceso.**

11.4.- Además de que el Tribunal Distrital pretende, en el punto tres, minimizar en forma total el hecho de que la PGE y ETAPA EP durante todo el proceso arguyeron **la ilegitimidad de personería activa, precisamente como parte de su defensa institucional.**

11.5.- Y, resulta ilógico, por otra parte, que en el punto cuatro paladinamente se diga: *"que además* ***no cabe duda*** *que la intervención en el proceso por parte del compareciente legitimante, l****o que hace es revelar que se admite que debió intervenir en la forma que hoy lo hace, para formar una contienda legal entre sujetos que deban solventar válidamente la disputa"****,* preguntándose entonces este Tribunal de Casación porque, *si no cabe duda,* el tribunal distrital deja sin efecto sin más su auto de nulidad de 21 de junio de 2012 dando al artículo 359 del CPC un alcance que no tiene.

11.6.- Por tanto, tiene razón la PGE, cuando arguye que: **"la demanda no la presenta el sujeto contractual, la parte contratada, sino por quienes lo integran al momento de presentar la demanda, es decir una persona jurídica diferente de los actores en la causa...** Por lo que en esta controversia existiría un vicio en cuanto a la demanda se presenta por quien no es la persona que contrató con la entidad demandada, acción que debió ser propuesta por el representante legal y al hacerlo quienes constituyeron una persona jurídica diferente, por lo tanto por quien no estaba legitimado para hacerlo, no es válida la controversia, porque para que se reconozca su validez, debe entablarse por quienes tiene capacidad legal de ser sujetos procesales.".

11.7.- E igualmente tiene razón ETAPA EP, cuando arguye que: "por lo que **solo se podrá legitimar la personería si la acción se interpone en nombre de quien tendría derecho para ejercerla, pudiendo por lo tanto esa acción oficiosa ser ratificada,**

legitimada, aprobada en cualquier momento, pero no permiten las normas en referencia que se cambie al actor a través de una legitimación o ratificación de lo actuado por terceros por derecho propio de estos últimos. Quien puede legitimar la personería debe tener la calidad de parte procesal, es decir, haber comparecido en el proceso acreditando su calidad, en la demanda presentada por el Ingeniero Homero Torres y otros, en contra de ETAPA EP, ninguno lo hace a nombre del "Consorcio Yanuncay" persona jurídica que como tal tiene su representante legal... **En consecuencia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo hace una aplicación indebida del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, al aceptar y convalidar la ratificación de todo lo actuado por quienes comparecen en calidad de actores dentro de esta causa,** que perjudica gravemente a la parte demandada atentando inclusive a su seguridad jurídica... es necesario recordar que ETAPA EP se ha excepcionado sobre la legitimidad activa de los demandantes, es decir se trabó la litis sobre la calidad: en la que presentaron su acción los demandantes; puesto que, quienes comparecieron como "actores" a demandar lo hicieron por sus propios y personales derechos, según así expresamente consta de la demanda, no encontramos en el texto de la misma ni en pieza procesal alguna, en la que conste que se haya presentado la acción en representación, a nombre u ofreciendo ratificación del CONSORCIO YANUNCAY. **Ha sido el propio Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, Primera Sala, el que se ha pronunciado en el sentido de que se trata de una persona distinta la de los participantes en el Consorcio y el Consorcio como tal.".**

11.8.- Lo anterior no se enerva con lo contestado por el Consorcio YANUNCAY al argüir que: "3.- se argumenta que en la sentencia recurrida se ha producido aplicación indebida de las normas procesales contenidas en los artículos 359, 360 y 361 del código de procedimiento civil. Con relación a esta impugnación, es necesario previo a su análisis es necesario precisar algunos aspectos: a.- **Debemos recordar que las normas que se sostiene han sido aplicadas indebidamente, son normas de derecho público y que, con relación a ellas no cabe interpretación extensiva. b.- De otro lado tenemos que por mandato del artículo 18 No. 1 del Código Civil:** ***"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.".*** En el recurso interpuesto, se pretende desviar el verdadero sentido de las normas que se dice han sido aplicadas indebidamente, procediéndose a una interpretación extensiva y arbitraria con el objeto de justificar la causal invocada. Las normas invocadas son claras y contundentes y nos llevan a la inequívoca conclusión de la procedencia de la legitimación de personería producida en este proceso y de que el Tribunal de instancia interpreto correctamente las mismas, con la única interpretación posible, la realizada por este Tribunal.", pues precisamente porque son normas de derecho público el Tribunal Distrital no puede dar una aplicación indebida al artículo 359 del CPC, haciendo una especie de interpretación extensiva del mismo tal como se ha explicado en los considerandos noveno a undécimo de esta sentencia.

DUODÉCIMO.- 12.1.- Por otra parte, la PGE menciona también que: "En definitiva, en la sentencia recurrida, en la primera parte, se revoca un auto irrevocable, que puso fin al juicio, esto es el Auto, dictado hace aproximadamente un año atrás de la sentencia, **y curiosamente, se procede a dictar sentencia, situación extremadamente extraña, sui generis, rara, especial y sorprendente.";** **y ETAPA EP igualmente dice al respecto que:** "ha ejercido su derecho a la defensa en virtud al contenido de la demanda, proceder como lo ha hecho el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Primera Sala, aplicando indebidamente las disposiciones de los Art. 359, 360 y 361 del Código de Procedimiento Civil, afecta mi derecho constitucional a la defensa, a la seguridad jurídica, al debido proceso, al principio de oportunidad procesal, al principio de contradicción, ya que resulta que el accionante ha sido distinto de aquellos que presentaron la demanda, distinto de quienes nos defendimos durante todo el proceso provocando indefensión a ETAPA; con ello también se ha permitido reformar la demanda una vez dictado un auto definitivo que resolvía un problema de fondo de la Litis, **como lo es el auto de nulidad de fecha 21 de junio de 2012; el cual por cierto suponemos ha sido revocado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Primera Sala, ante la petición que hiciera el representante del Consorcio, pero que expresamente nada se dice**

en su resolución.".

12.2.- Efectivamente llama la atención a este Tribunal de Casación, que tal como lo mencionan los casacionistas, **de autos no se desprende que el**

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 haya "revocado oficial o expresamente" su auto de declaratoria de nulidad de 21 de junio de 2012, 15h00, y haya corrido traslado con su decisión a todas las partes procesales para los efectos de ley. (Parecería que el Tribunal Distrital quiere que tal "revocatoria" se la "infiera" de su sentencia de 11 de julio de 2013).

Resultando que el Tribunal Distrital corrió traslado para oír a las partes demandadas con la petición de revocatoria del Consorcio Yanuncay, lo cual es correcto, pero de manera extraña e irregular evita notificar la decisión de revocar el auto de nulidad en cuestión a Etapa EP y a la Procuraduría General del Estado, PGE; y más bien parecería que para evitar precisamente efectuar tal notificación se procede directamente a dictar sentencia, en una providencia híbrida que bien podría llamarse *"auto-sentencia"*; pues la sentencia empieza, en la primera página, en su parte expositiva, tal como se lo puede apreciar en el considerando séptimo de esta sentencia, no relatando los hechos materia de la litis, **sino como un auto revocatorio en sí mismo.**

Ello conlleva, por ejemplo, que en la sentencia extrañamente haya dos momentos resolutivos, el primero cuando en su página primera dice: ***"Para decidir en torno al tema, se hacen las siguientes consideraciones:*** *UNO. El auto expedido por este Tribunal, está vinculado directamente con la validez de la causa y en concreto con el presupuesto de falta de personería que se alegó por parte de la Empresa ETAPA EP, respecto de la capacidad de la parte actora. DOS. El Ordenamiento Jurídico, para esta clase de situaciones establece regulaciones como la contenida en el Art. 359 del Código de Procedimiento Civil, que establece:...",* ***para posteriormente en la última página de la misma resolver también:*** *"CONSECUENTEMENTE "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE...".*

Lo cual es procedimentalmente incorrecto, pues téngase en cuenta que se estaba revocando el 11 de julio del 2013, un auto de nulidad previo de 21 de junio del 2012 que declaró la nulidad de la causa desde la demanda, y que por tanto no se trataba de ningún incidente recién suscitado, sino de algo ya resuelto.

Lo relatado evidencia la incongruencia en la tramitación de la causa, lo que a su vez revela una actitud manifiestamente negligente de los jueces del tribunal de instancia.

DÉCIMO TERCERO.- 13.1.- Este Tribunal adicionalmente advierte que **lo afirmado en el considerando décimo de la sentencia distrital impugnada, transcrito en el considerando séptimo de esta sentencia, es procedimentalmente incorrecto.**

13.2.- Primeramente llama la atención que el Tribunal Distrital diga que se encuentra impedido de abordar el asunto de la motivación, por cuanto éste tema supuestamente ya fue materia de pronunciamiento jurídico por parte de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional; cuando de lo que se lee (y los propios jueza y jueces distritales curiosamente "resaltan"), es que la propia Segunda Sala del Tribunal Constitucional dice, precisamente, que ese asunto no es de competencia de dicha Sala Constitucional analizarlo.

13.3.- Debe tenerse muy en cuenta que la naturaleza de la extinta acción de amparo constitucional, prevista en la anterior Constitución Política de 1998 en su artículo 95, y en la derogada Ley de Control Constitucional, artículo 46, disponían en su parte pertinente que: *"Art. 95.- … Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave…". "Art. 46.- El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.".* **Por los textos antes transcritos siempre se consideró que la acción de amparo fue cautelar, y no definitiva**. De hecho, así lo entendió la Corte Suprema de Justicia, que en forma expresa lo determinó en la Resolución (de carácter general) de 27 de junio de 2001 (R.O. 378, 27-VII-2001), que en su artículo 1 define que la ***"acción de amparo es cautelar*** *y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas...".*

13.4.- Autorizada doctrina constitucional nacional, que compartimos, claramente señala que: *"Al ser concedido el amparo sea por el juez constitucional o por el Tribunal Constitucional se suspende definitivamente el acto impugnado. Esta denominación de suspensión definitiva, como se verá, no implica que sobre el acto no se puedan dar otras decisiones en sede jurisdiccional o en sede administrativa. La suspensión que se dicta al finalizar el proceso de amparo se denomina "definitiva" por la razón exclusiva de diferenciarla de la providencia de suspensión provisional que se puede adoptar al inicio del procedimiento. En consecuencia, si suspender quiere decir diferir o detener temporalmente una acción u obra, no puede, en estricto sentido literal, suspenderse algo "definitivamente". **En materia de amparo por la naturaleza del proceso, la suspensión es una medida cautelar, por lo que el acto se suspenderá hasta que se resuelva el fondo del asunto que se propone"*** (Oyarte, Rafael, "La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia Dogmática y Doctrina", Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2006, pág. 214). (*La negrilla nos corresponden*). Igualmente, en el derecho comparado la legislación colombiana sobre la acción de tutela, que es equiparable a lo que era nuestra acción de amparo, es totalmente clara al respecto, señalando que: *"El precepto constitucional según el cual la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **le otorga el carácter de subsidiaria, y niega la posibilidad de su manejo como un instrumento adicional o alternativo de la víctima, o sustitutivo de las acciones ordinarias** y especiales establecidas en los códigos procesales."* (Henao Hidrón, Javier, "Derecho Procesal Constitucional", Temis, 3ra. Ed., Bogotá, 2010. Pag. 38).

13.5.- Por tanto, al contrario de lo que se sostiene en el considerando décimo de la sentencia impugnada, el efecto de las resoluciones dictadas dentro de los recursos de amparo constitucional, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria, dada su naturaleza cautelar.

Por todo lo antes señalado, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, ni analizar las otras causales de casación alegadas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, A)** Casa la sentencia expedida el 11 de julio de 2013, 8h53, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca; aceptándose la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, alegada tanto por la Procuraduría General del Estado, PGE, como por la empresa Pública ETAPA EP, dado que como se ha explicado especialmente en los considerandos noveno a duodécimo, se ha viciado el proceso de nulidad insanable, lo cual ha influido en la decisión de la causa, sin que la nulidad haya quedado convalidada legalmente, pues la sentencia impugnada realizó una aplicación indebida del artículo 359 en particular, en correlación con el 360, del Código de Procedimiento Civil.

B) Se anula por tanto dicha sentencia distrital, disponiéndose que dentro del término de cinco días se remita el proceso al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, que estará a lo dispuesto en su auto dictado el 21 de junio del 2012 a las 15h00.

C) De conformidad a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dispone remitir copia certificada de esta sentencia al Consejo de la Judicatura, por lo señalado en la parte final del considerando duodécimo de esta sentencia.

Sin Costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL. Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

COPIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ACLARACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 17 de noviembre del 2015, las 15h50.-

VISTOS: 1.- Mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2015, se dice que: "Homero Aurelio Torres Andrade, en mi calidad de PROCURADOR COMÚN de los integrantes del Consorcio Yanuncay, en el juicio No. 17741-2013-0474 que seguimos en contra de la EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE CUENCA, ETAPA EP, y del señor Procurador General del Estado, a ustedes comedidamente digo: Dentro del término del Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, me permito solicitar a ustedes, con todo miramiento, se sirvan ampliar y aclarar su sentencia de 26 de octubre del 2015 a las 15h46, conforme a las siguientes consideraciones...". En lo principal señala que:

"5. El Art. 67 de la misma Ley [Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y no Ley Orgánica "del Servicio" Nacional de Contratación Pública] prevé: "En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, **pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado** - "Las escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley."

6. El Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, prescribe: "En todos los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo. - "***Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento.***

7. Al comparecer todos los conformantes del Consorcio a demandar, hicimos uso del derecho de cada una de las personas que lo conformamos, sin perjuicio de que nombráramos a un procurador común a los efectos del negocio jurídico que originó su conformación y conforme al contrato citado.

PETICIÓN.- Sobre tales presupuestos, sustentado en lo preceptuado por el Art. 76, ordinal 7, literales l) y m) de la Constitución de la República, Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, comedidamente les solicito que se dignen aclarar y ampliar la sentencia dictada por el Tribunal, en el sentido de saber sobre qué fundamento o norma legal o estipulación convencional, se llega a la suposición de que el Consorcio Yanuncay es una **persona jurídica** y que su representante legal, consecuencia de esa figura jurídica, es quien comparece, motivación sobre cuya base el fallo ha construido el silogismo procesa que *"...se ha viciado el proceso de nulidad insanable, lo cual ha influido en la decisión de la causa, sin que la nulidad haya quedado convalidada legalmente, pues la sentencia impugnada realizó una aplicación indebida del artículo 359 en particular, en correlación con el 360, del Código de Procedimiento Civil.".".*

2.- Corrido traslado con el pedido de aclaración y ampliación a la parte contraria, se ha dado contestación al mismo mediante escrito de 10 de noviembre de 2015, en el cual se menciona que:

"Contestando el traslado ordenado en providencia del 6 de noviembre de 2015, las 10h50, debo manifestar que no hay nada que aclarar ni ampliar al respecto, por cuanto en la sentencia dictada por este Tribunal, se ha hecho el análisis exhaustivo y debidamente motivado por el cual se casa la sentencia, garantizando con ello la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, que son el pilar fundamental del debido proceso.".

3.- En la sentencia en cuestión se resolvió que:

"Por todo lo antes señalado, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, ni analizar las otras causales de casación alegadas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA**

CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, A) Casa la sentencia expedida el 11 de julio de 2013, 8h53, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca; aceptándose la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, alegada tanto por la Procuraduría General del Estado, PGE, como por la empresa Pública ETAPA EP, dado que como se ha explicado especialmente en los considerandos noveno a duodécimo, se ha viciado el proceso de nulidad insanable, lo cual ha influido en la decisión de la causa, sin que la nulidad haya quedado convalidada legalmente, pues la sentencia impugnada realizó una aplicación indebida del artículo 359 en particular, en correlación con el 360, del Código de Procedimiento Civil.

B) Se anula por tanto dicha sentencia distrital, disponiéndose que dentro del término de cinco días se remita el proceso al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, que estará a lo dispuesto en su auto dictado el 21 de junio del 2012 a las 15h00.

C) De conformidad a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dispone remitir copia certificada de esta sentencia al Consejo de la Judicatura, por lo señalado en la parte final del considerando duodécimo de esta sentencia.

Sin Costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese."

4.- Por lo tanto, esta Sala para resolver considera:

4.1.- De conformidad con el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la aclaración es un remedio procesal que sólo procede en circunstancias en que la sentencia fuere obscura, y la ampliación procede en circunstancias en que no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas.

4.2.- El pedido de aclaración y ampliación es improcedente: Primeramente porque en su petición no distingue con precisión, sobre de qué parte de la sentencia se requiere aclaración, ni sobre cuál ampliación; tampoco determina cuál considerando o cuál parte de la sentencia sería supuestamente obscura; ni se dice qué punto controvertido supuestamente no se ha resuelto dentro de la causal segunda. Finalmente, a pretexto de una supuesta aclaración y ampliación se está intentando reformar la sentencia emitida con nuevos argumentos, que nada tienen que ver con lo resuelto dentro de la causal segunda indicada, pues como se puede apreciar nunca se especifica concretamente qué parte de la sentencia, especialmente de los considerandos noveno a duodécimo, o el décimo tercero, supuestamente adolecerían de obscuridad o serían incompletos.

4.3.- Además, revisada que ha sido la sentencia, este Tribunal de Casación encuentra que ella es muy clara, y se han resuelto también los puntos relevantes controvertidos, dentro de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Es decir se han contemplado los presupuestos fácticos y jurídicos que fueron sometidos a casación, dentro de la causal indicada, tal como se menciona en la parte resolutiva de la sentencia, que refiere a todo lo dicho en los considerandos noveno a duodécimo de la misma.

5.- Por todo lo anterior, la petición formulada carece de fundamento, y no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 48 de la LJCA, en concordancia con el artículo 282 del CPC alegado; **por tanto, se deniega la solicitud de aclaración y ampliación presentada. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV
Resolución nro. 373-2015
Juicio nro. 324-2010

Juicio contencioso administrativo propuesto por Juan Manuel Tagle Vera, contra del Director Provincial del IESS del Guayas.- Impugnación de declaratoria de afiliación fraudulenta

SÍNTESIS

El demandado Director Provincial del IESS del Guayas, con fundamento en la causal 3ª del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil que acoge la demanda propuesta por Juan Manuel Tagle Vera, y dispone que se le otorguen la prestación de jubilación por vejez y la liquidación y pago de las pensiones jubilares adeudadas desde que su derecho se hizo exigible, con los intereses de mora respectivos.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, luego de referirse a los presupuestos para la configuración de la causal denunciada, a la motivación de los actos administrativos y a la sana crítica, sostiene que las pruebas señaladas por el recurrente han sido debidamente estudiadas por el juez de instancia, así como lo han sido los alegatos de los accionantes y la documentación presentada en sede administrativa, por lo que rechaza el recurso interpuesto.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

TRIBUNAL DISTRITAL No. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL. Guayaquil, 8 de febrero del 2010, las 08h30.

VISTOS: El ciudadano **Juan Manuel Tagle Vera** con domicilio en la ciudad de Guayaquil concurre ante este órgano de la administración de justicia para demandar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS) en la persona de su Director General (E) doctor Gonzalo Donoso Vera impugnando los actos administrativos siguientes: Acuerdo No. 166-CPPC-07 expedido en Guayaquil el 26 de junio del 2007 y Acuerdo No. 070345 CP.NA. emitido en Quito el 26 de julio el mismo año y notificado el 3 de agosto también de ese año, el primero emanado de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas de la Dirección Regional del IESS que declaró como fraudulenta su afiliación y el segundo de la Comisión Nacional de Apelaciones que confirmó el acuerdo primeramente mencionado. Entre los fundamentos de su demanda sostiene: que su último ingreso al régimen de la seguridad social fue entre el 1 de enero al 30 de junio del 2006, es decir, con seis aportaciones finales, en total veintiséis años aportando como afiliado con 71 años de edad acogiéndose al derecho de jubilación por vejez para lo cual formuló su petición al IESS, que la relación de dependencia se justificó con el contrato de trabajo debidamente legalizado, así como, por los roles de pago, por lo que, la resolución adoptada por la Comisión de Apelación negándole el derecho a la prestación mencionada a la vez de vulnerar sus derechos transgrede las normas establecidas en los artículos 47, 54 y 55 Constitucionales así como la Ley de Seguridad Social en sus artículos 184 y 185. Exhibe como pretensión se declaren ilegales y nulos los acuerdos acusados, que se lo otorgue la prestación que solicitó y que se disponga la liquidación y pagos de las pensiones jubilares. Aceptada la demanda al trámite de ley (fojas 11) se dispuso citar a la autoridad administrativa demandada así como al señor Delegado Distrital de Procuraduría General del Estado, diligencias que efectivamente así se cumplieron (fojas 11 a 13 y 18 a 24 y 30 a 31). Al comparecer al proceso el doctor Ernesto Velazquez Baquerizo, Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado (fojas 15 a 17) opuso las excepciones siguientes: negativa se sus fundamentos, improcedencia de la misma, falta de determinación del recurso, legitimidad del acto administrativo impugnado, falta de derecho del actor, y oscuridad de la demanda. Al contestar la demanda la señora Directora Provincial del IESS Dra. Merly Solórzano

Ferlín formulo las excepciones siguiente (sic)**:** negativa de sus fundamentos por cuanto: ***"de acuerdo con solicitud de jubilación presentada por el accionante donde señalan como fecha de cese 30 de junio del 2006, constando que reingresa como afiliado activo como luego de 26 años de inactividad sin tener el patrono documentación alguna que determine la relación laboral en ola empresa Depósito de Madera El encofrado"*** (fojas 24 a 26), que las resoluciones espedidas (sic) son legítimas, falta de derecho por que: ***"el periodo de enero a julio del 2006 por no haberse comprobado fehacientemente la existencia de la relación de dependencia entre las partes",*** incompetencia del Tribunal; que, el actor: presentó solicitud de jubilación el 14 de septiembre de 2006 señalando como fecha de cese el 30 de junio del 2006 en patronal RUC 0900858663001 Depósito de Madera el Encofrado Alex Moreno Serrano, que de acuerdo con el informe del servicio social: ***"El señor Juan Manuel Tagle Vera reingrese como afiliado activo luego de 26 años de inactividad, al ser entrevistado el señor Alex Alberto Serrano representante de la empresa sostiene que no tiene documentación respecto al señor Tagle como su trabajador, para luego de tres presentar Contrato a Prueba de Trabajo, copia de rol de pago del afiliado, el patrono sostiene que ha pagado al afiliado $130.00 dólares de sueldo, pero en los roles se establece un sueldo de 160 dólares. así mismo el contrato de trabajo señala que las labores del afiliado era de auxiliar de servicio, cuando el trabajador manifiesta que sus funciones eran de mantenimiento de máquina de encofrado, llevando a concluir a la Comisión de Controversia del Guayas que debido al número de inconcurrencias no se ha demostrado la relación de dependencia del señor Tagle con el patronal RUC 0900858663001, por lo que se encuentra incurso en los numerales 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social, estableciéndose una afiliación fraudulenta"***, que el acuerdo No. 07 0345C.NA. del 26 de julio del 2007 considera que el art. 9 de la Ley de Seguridad Social establece: ***"el trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente y percibe un sueldo o salario, cualquiera que sea la naturaleza del servicio o la obra, lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento."*** , que a su vez, el artículo 925 que el Estatuto Codificado del IESS establece: ***"El IESS apreciará libremente las pruebas que le fueren presentada, o fueren recibida ante si o los funcionarios o personas particulares a quienes el comisionaré", que: "no se ha podido comprobar en forma fehaciente la existencia de relación de dependencia entre las partes en los términos establecido el la Ley de Seguridad y Estatuto Codificado del IESS de enero a junio desde el año / 2006 en razón de las evidentes contradicciones en las declaraciones de los interesados, y por cuanto documentos como roles de pago no cuentan con el respaldo contable que los respalde y han sido presentado luego de la verificación efectuado por el funcionario institucional, reingreso que efectuó el accionante Juan Manuel Tagle Vera al régimen de la Seguridad Social luego de 26 años de inactividad (no estar afiliado) aportando curiosamente seis meses con el ánimo de obtener de beneficiarse de los beneficio de la jubilación que concede el Instituto de Seguridad Social en perjuicio de los intereses de los afiliado que se acreditan honestamente este derecho."*** Por haber hechos sujetos a justificación la señora Magistrada de Sustanciación abrió la causa a prueba por el término de ley (fojas 34), durante ese lapso las partes han aportado las que consta en autos a fin de justificar su respectivas tesis jurídicas entre otros documentos la parte demandada ha acompañado expediente de jubilación y controversia laboral No. 134434022/2007 emanado del Departamento de Afiliación y Control Patronal. Ese expediente consta de fojas 86 a 398. El estado de la causa es el de resolver y para hacerlo se considera: **PRIMERO**.- La demanda fue aceptada al trámite de ley por cuanto la señora Magistrada de Sustanciación al examinarla determinó que satisfacía los recaudos de rigor establecidos en los artículos 30 y 31 de la ley rectora de esta jurisdicción. Si bien en cierto, que el actor no precisó el recurso contencioso administrativo que impugna eso no constituye un requisito *sine qua* non para la admisión al trámite de la demanda cuanto más que la potestad de calificar el recurso únicamente le corresponde al Tribunal juzgador y no a las partes, en este caso, el Tribunal considera que el recurso formulado es de plena jurisdicción o subjetivo puesto que, los actos administrativos acusados lesionan derechos subjetivos y patrimoniales del demandante, por lo que, carece de eficacia jurídica alguna la excepción que en ese sentido ha puesto el señor

representante legal del IESS. **SEGUNDO.-** El actor ha manifestado tener su domicilio en Guayaquil, territorio sobre el cual ejerce jurisdicción este Tribunal los actos administrativos impugnados son aquellos que de conformidad con los artículos 1, 3 y 10 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pueden ser tutelados por esta jurisdicción especializada, por lo que, el Tribunal goza de competencia para conocer y resolver esta causa tanto en función de la materia cuanto del territorio, por lo que, también carece de fundamentación jurídica alguna la excepción de incompetencia que ha puesto la autoridad administrativa demandada en su libelo de contestación a la demanda. **TERCERO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado todas y cada una de las reglas del debido proceso establecidas en el artículo 24 de la Constitución Política vigente a esa fecha además no se han omitido ninguna de las solemnidades sustanciales que para todos los juicios e instancias prevé el artículo 346 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, por lo que, se declara su validez. **CUARTO.-** La litis se centra entre dos posiciones jurídicas, a saber: la del actor quien sostiene que le asiste el derecho a obtener la prestación solicitada al IESS de jubilación por vejez y la otra la proveniente de la entidad demandada la cual considera que las últimas seis aportaciones que el actor efectuó a la seguridad social entre el 1 de enero el 2006 al 30 de junio del mismo año, es decir, por seis meses tienen el carácter de fraudulentas y así fue calificada, toda vez que, de la investigación practicada a la patronal conocida bajo la razón social: ***"Depósitos de Maderas el Encofrado",*** Alex Moreno Serrano no se ha determinado en forma fehaciente que haya existido relación laboral entre el patrono y el afiliado al estimar que existe contradicción entre el texto de una de las cláusulas del contrato de trabajo y lo manifestado por el afiliado, llegando la funcionario que hizo la investigación a la conclusión de que se trata de una afiliación fraudulenta por no haberse justificado la relación de dependencia. Dentro de ese contexto en el juicio constan el expediente de controversia laboral No. 022-2007 así como el expediente de jubilación No. 134434 de jubilación por vejez correspondiente al afiliado Manuel Tagle Vera. Es evidente, que tratándose de un juicio contencioso administrativo, esos expedientes revisten de excepcional importancia pues permitirá al Tribunal juzgador guiarlo respecto de la legalidad o ilegalidad con que el IESS actuó en este caso. Por consiguiente, el Tribunal al proceder al análisis del mismo llega a las conclusiones siguientes: **4.1.-** De fojas 155 a 171 consta la historia laboral correspondiente al afiliado Juan Manuel Tagle Vera desde 1964 hasta 1979 y sus aportaciones a la Seguridad Social, luego de haber transcurrido algunos años sin constar afiliación alguna reingresa a la Seguridad Social mediante seis aportes registrando un sueldo de USD 160 dólares por cada uno de los meses de enero a junio del 2006, su aviso de entrada última consta de fojas 153 bajo la dependencia del empleador Moreno Serrano Alex Alberto, con el sueldo ya mencionado como Auxiliar de Servicios y luego su aviso de salida (fojas 154) del mismo empleador es de fecha 30 de junio del 2006. **4.2.-** A su vez, su empleador consta registrado en el Servicio de Rentas Internas (fojas 148 a 149) como un contribuyente cuya actividad económica consiste en la venta al por menor de carbón y madera, registrado bajo el nombre de ***"El Encofrado"*** ubicado en las calles Coronel 1903 y Camilo Destruge, dichos datos son coincidentes por los aportados por el IESS (fojas 142 a 143) en que aparece identificado ese empleador como una persona natural, empresa unipersonal, pequeña industria con cinco trabajadores. 4.3.- De fojas 175 a 175 vta. consta el ***"CONTRATO DE TRABAJO A PRUEBA"*** de fecha 2 de enero del 2006 celebrado entre el empleador Alex Alberto Moreno Serrano como propietario del depósito ***"El Encofrado"*** y el actor en esta causa como trabajador, instrumento debidamente registrado ante el Inspector Provincial de Trabajo del Guayas abogado Pablo E. Moyano González; su cláusula segunda establece que: el trabajador tendrá la calidad de: ***"auxiliar de servicios"*** y la cláusula cuarta por su parte establece que el estipendio a recibir es la cantidad de USD. 160 dólares mensuales con un plazo de duración de 180 días y que el trabajo lo realizará en el depósito de madera ***"El Encofrado".*** Concomitantemente con ese contrato, constan de fojas 177 a 182 los roles de pago correspondiente a los meses de enero a junio del 2006 en los cuales figura como único trabajador el actor en esta causa. **4.4.-** El actor de acuerdo con sus datos constantes en el proceso (fojas 192) al año 2006 periodo en que laboró bajo su último empleador tenía la edad de setenta años, siendo así, era obligación del IESS tal como lo dispone la Resolución C.D. número 100 de febrero 21 del 2006 verificar su inscripción de afiliación obligatoria por reingreso. **4.5.-** Dentro de ese procedimiento de verificación, surgen en el IESS

dudas respecto a la legitimidad de la jubilación reclamada basándose para ello en apreciaciones de tipo subjetivo por parte de la funcionaria que actuó como inspectora del pedido de jubilación, fundamentada en el hecho de que el funcionario del IESS apreciará libremente las pruebas presentadas durante el expediente administrativo. **QUINTO.-** Respecto a la valoración de la prueba aportada que en forma libre efectúa el IESS de acuerdo con sus estatutos es menester precisar los aspectos siguientes: **5.1.-** El artículo 115 de la codificación del Código de Procedimiento Civil dispone ***"la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin prejuicio 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",*** es decir, a la administración le corresponde analizar todos y cada uno de los elementos de convicción introducidos al expediente, que en este caso son: el contrato de trabajo debidamente legalizado durante un periodo de seis meses entre el actor y su empleador, las aportaciones efectuadas en mérito a ese contrato al régimen de la seguridad social, la existencia de un establecimiento industrial y comercial de limitado alcance económico denominado ***"El Encofrado",*** la confirmación del titulas de ese establecimiento, el ciudadano Alex Moreno Serrano de que efectivamente el demandante laboró bajo su dependencia como auxiliar de servicios entre el 1 de enero al 30 de junio del 2006, es decir durante un lapso de 180 días, la falta de un registro documentario, por parte del empleador, la incoherencia del demandante durante el interrogatorio al que lo sometió la funcionaria encargada de la verificación, y el hecho de que el contrato establecía que la función del trabajador consistía en efectuar labores como ***"auxiliar de servicios"*** pero que en realidad consistía en mantener en operatividad las máquinas de encofrado. Todos los factores y elementos ya señalados era obligación del IESS ponderarlos en su justo alcance legal o sopesarlos en la balanza de la ley para luego de ello proceder a interpretar las normas legales relativas a su valoración. Siendo así es menester destacar el primer elemento, es decir a la existencia de un contrato de trabajo, siendo oportuno advertir que para que exista esa relación de trabajo deben cumplirse concomitantemente con la concurrencia de los elementos que exige el artículo 8 del Código de Trabajo: acuerdo de voluntades, prestación de servicios lícitos y personal, dependencia o subordinación y el pago de la remuneración, todos estos elementos se dieron al mismo tiempo, justificándose con él la existencia del vínculo laboral entre el empleador y el afiliado puesto que además en ningún momento se ha puesto entredicho la real existencia de un establecimiento comercial industrial que era el lugar de trabajo del demandante, con respecto a la mentada ***"incoherencia"*** entre el término constante en el contrato, constituye una mera apreciación carente de toda lógica y fundamento, pues es evidente que el auxiliar de servicios no es otra cosa que un asistente disponible en el lugar de trabajo, para cumplir determinadas actividades a fin de mantener en operación, una máquina de uso elemental, de ninguna manera contradice la labor a él encomendada en el contrato de trabajo, por otra parte de autos se desprende que el actor es una persona de la tercera edad, con un nivel de educación elemental, persona que al ser sometida a un interrogatorio probablemente de tipo acusatorio era muy difícil que conserve la estabilidad mental y física requerida para estos casos, por lo que se llega a la conclusión de que el IESS ha hecho una injusta y equivocada valoración de la prueba al considerar privilegiada la apreciación subjetiva de la actividad que efectuaba el actor contradiciendo y dándole una categoría inferior a la realidad jurídica de una relación de trabajo fehacientemente reconocida. **SEXTO.-** Las resoluciones impugnadas califican la filiación y aportación del afiliado Juan Manuel Tagle Vera como fraudulentas, es decir como contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete, tal como así consta en la definición del Diccionario de la Real Academia Española (página 994), cabiendo decir que no es otra cosa que la conducta en este caso dirigida a engañar al ente responsable de la seguridad social, equivalente al dolo definido en el inciso último del artículo 29 del Código Civil como la intención positiva de perjudicar a otra persona, implicando con ello de que el titular de este tipo de conducta debió estar consciente de su actitud in jurídica, entendiéndose como tal el común exigible en las personas de regular capacidad, de allí que el error, caso de haberse producido en el administrado excluye su culpabilidad dolosa y por tanto su ausencia de culpabilidad, esa intencionalidad de irrigar daño al sistema de seguridad social no puede ser atribuido al actor por el mero hecho de que este sostenga que su trabajo habitual consistía en el depósito de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

maderas en mantener entre otras cosas en operatividad una maquinaria destinada a procesos de encofrado y haya podido darle un significativo apropiado en razón de su elemental preparación y edad al término ***"auxiliar de servicios"*** concomitantemente tampoco se ha probado fehacientemente durante el trámite administrativo y menos aún en sede judicial esa intención dañosa por parte del demandante. **SÉPTIMO.-** La jubilación por vejez consiste en la protección que el sistema de seguridad social ha establecido a favor de los afiliados para cubrir sus riesgos de vejez en cuanto estos hallan cesado en el empleo o servicios y que hallan cumplido con los requisitos en la ley, y esos beneficios le son otorgados en base a las exigencias de edad y tiempo de imposiciones aun cuando estos sean interrumpidos o correspondan a servicios prestados a distintos empleadores. En el presente caso conforme lo reconoce la propia institución demandada el afiliado solicitante los ha cumplido a cabalidad, siendo los últimos seis meses de aportación los que en forma abusiva e ilegal han sido calificados como fraudulentos por el régimen de la seguridad social. **OCTAVO.-** El régimen de la seguridad social conforme a la Constitución Política del Estado vigente a la fecha de expedición de las resoluciones impugnadas establecía en su artículo 56 que la seguridad social se regirá por los principios de "solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficacia, subsidiariedad y suficiencia para la atención de las necesidades individuales y colectivas, en procura del bien común". Dentro de ese contexto, el principio de suficiencia que implica conceder las prestaciones requeridas en forma adecuada y oportuna ha sido transgredido por la institución demandad (sic) al negar por apreciaciones meramente subjetivas un derecho legalmente adquirido a favor del actor, transgrediendo con él las normas contenidas en el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social. Sin otras consideraciones este Tribunal el **TRIBUNAL DISTRITAL No. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA LEY Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acoge la demanda, declarando ilegal los Acuerdos números 166-CPPC-07 de 26 de junio y 070345 CNA de 26 de julio del 2007 emitidos en su orden, por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas y la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, disponiendo se le otorgue a favor del actor **Juan Manuel Tagle Vera** la prestación de jubilación por vejes (sic) así como la liquidación y pago de las pensiones jubilares adeudas desde la fecha que ese derecho se hizo exigible, con los intereses de mora correspondiente, valores que serán liquidados pericialmente una vez ejecutoriado este fallo. Por no haberse justificado que IESS halla litigado con temeridad no procede el pago de los honorarios profesionales demandados. **Notifíquese. f) Dr. Miguel Antepara Figueroa, Presidente; Dr. José Pincay Romero, Juez; Dra. Patricia Vintimilla N., Jueza.**

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 31 de julio de 2015; las 15h20.-

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados como jueces nacionales, el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 04-2012, de 25 de enero de 2012, y la Abg. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura No. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014; y, las Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, de integración de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.- El señor Director Provincial del IESS del Guayas, dentro del juicio contencioso administrativo seguido por el señor Juan Manuel Tagle Vera, signado en la Corte Nacional de Justicia con el No. 324-2010, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida el 8 de febrero de 2010, 08h30, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Guayaquil, que resolvió acoger la demanda, declarando ilegal los Acuerdos números 166-CPPC-07 de 26 de junio y 070345CNA de 26 de julio del

2007 emitidos en su orden, por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas y la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, disponiendo se le otorgue a favor del actor Juan Manuel Tagle Vera la prestación de jubilación por vejez así como la liquidación y pago de las pensiones jubilares adeudadas desde la fecha que ese derecho se hizo exigible, con los intereses de mora correspondiente. El recurrente fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social; 295 del Estatuto Codificado del IESS, Disposición General Segunda del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte; 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil; y, en lo principal, manifiesta que *"Con abundancia dentro de la etapa probatoria en el primer nivel mi representado demostró la improcedencia de la acción incoada en contra de la institución, por cuanto es la acción presentada por el demandante donde se prueba fehacientemente lo resuelto en el acuerdo No. 166-CPPC-07 emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas,... llevando a concluir a la Comisión de Prestaciones y Controversias del Guayas que debido al sinnúmero de incongruencias no se ha demostrado la relación de dependencia del señor Tagle con el patronal RUC 0900858663001, por lo que no se encuentra incurso en los numerales 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social, declarándose una afiliación fraudulenta."*. La Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 27 de diciembre de 2010, 17h37, resolvió admitir el recurso de casación interpuesto en los términos señalados en dicho auto. Pedidos los autos para resolver, 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.-** El Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, en la sentencia recurrida *"acoge la demanda, declarando ilegal los Acuerdos números 166-CPPC-07 de 26 de junio y 070345CNA de 26 de julio del 2007 emitidos en su orden, por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas y la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, disponiendo se le otorgue a favor del actor* ***Juan Manuel Tagle Vera*** *la prestación de jubilación por vejes (sic) así como la liquidación y pago de las pensiones jubilares adeudas desde la fecha que ese derecho se hizo exigible, con los interese (sic) de mora correspondiente, valores que serán liquidados pericialmente una vez ejecutoriado este fallo."*. **TERCERO.-** La Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, ha emitido reiterada jurisprudencia para remarcar, que el recurso de casación tiene un carácter estrictamente formalista y que por ésta naturaleza rígida, las causales en que se fundamenta deben ser adecuadamente justificadas, no siendo suficiente la sola mención de los artículos que contienen normas jurídicas vulneradas; esto, particularmente, en lo que respecta a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En varios fallos, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha dejado sentado el razonamiento de que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Para que prospere la casación por esta causal, el recurso debe cumplir estos requisitos recurrentes: 1) Identificar en forma precisa el medio de prueba que, a su juicio, ha sido erróneamente valorado en la sentencia; 2) Señalar, así mismo con precisión, la norma procesal sobre la valoración de la prueba que ha sido violada; 3) Demostrar con lógica jurídica en qué forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y, 4) Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por vía de consecuencia del yerro en la valoración probatoria. En este contexto, el escrito contentivo del recurso de casación se acusa entre otras disposiciones, la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que dispone: *"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 valides de ciertos actos. El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas"*. (Lo subrayado corresponde a la Sala). Las reglas de la sana crítica son reglas de la lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, la técnica y otras ciencias, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Este artículo no contiene en realidad, ninguna regla sobre la valoración de la prueba, sino un método para que el juzgador

determine el valor de la prueba. **CUARTO.-** Consta de autos que: tanto el accionante como en el expediente de controversia laboral No. 022-2007, así como del expediente de jubilación No. 134434, se aportaron varios medios de prueba con el objeto de comprobar la existencia de la relación de dependencia conforme los artículos 2 de la Ley de Seguridad Social que dice: "*art. 2.- Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a) El trabajador en relación de dependencia;...",* así como el artículo 9 ibídem que señala: *"Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio: a. Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento;...".* (Lo subrayado corresponde a la Sala). Sin embargo el IESS, también con fundamento en el artículo 295 del Estatuto Codificado del IESS vigente a la época establecía al Instituto, la facultad de apreciar libremente *"las pruebas que le fueren presentadas, tramitadas o recibidas ante si o ante los funcionarios o personas particulares a quienes el comisionare. Las actuadas ante los Jueces podrán ser aceptadas a criterio del IESS".* La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas, y la Comisión Nacional de Apelaciones consideró solo el criterio de la Inspectora Patronal, señora Econ. Teresa Peralta Andrade, que mediante informe No. 13100900. 183TPA de 2006.11.28 (fs. 1) comunicó que realizó una visita al lugar de labores del accionante y se entrevistó con el patrono Alex Moreno Serrano, con actividad económica venta al por menor de carbón y madera y que el patrono ha manifestado que al señor Juan Tagle Vera lo ha contratado para servicios varios, con un sueldo de $130 o $140 mensuales, y que no posee documentación alguna sobre el señor Tagle ni de los demás trabajadores razón por la cual no se ha comprobado el pago de remuneraciones, y que sin embargo el 23 de noviembre del señor Moreno patrono ha presentado el contrato de trabajo a prueba de ciento ochenta días y copias certificadas de los roles de pago de los meses de enero a junio de 2006 del señor Tagle Vera; así mismo se señala (fs. 2) que el: *"... 8 de mayo del 2007, me entrevisté es éstas oficinas con el afiliado Juan Manuel Tagle Vera, de 71 años de edad, quien vino acompañado con sus hija y manifiesta lo siguiente: trabajé con el señor Alex Moreno, por el contrato de seis meses, realizando mantenimiento de máquinas de encofrado, me pagaban quincenalmente, con el horario de 8 a.m. a 4 p.m. que consiguió trabajo y laboró durante ese tiempo, con el fin de que le aportaran para completar su derecho a la jubilación...",* circunstancias que le llevaron a deducir la existencia de la afiliación fraudulenta por no haber justificado la relación de dependencia conforme los presupuestos establecidos en los artículos 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social. Pero en este caso como bien lo señala el Tribunal inferior, *"4.5. Dentro de ese procedimiento de verificación, surgen en el IESS dudas respecto a la legitimidad de la jubilación reclamada basándose para ello en apreciaciones de tipo subjetivo por parte de la funcionaria que actuó como inspectora del pedido de jubilación, fundamentada en el hecho de que el funcionario del IESS apreciará libremente las pruebas presentadas durante el expediente administrativo."* **QUINTO.-** Entre los aspectos, el casacionista señala que en la sentencia de instancia existe falta de aplicación de lo dispuesto en los artículos 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social; falta de aplicación de lo dispuesto en la Disposición General Segunda del Reglamento Interno del Régimen del Transición del Seguro de Invalidez, vejez y muerte; así mismo señala que existe falta de aplicación de los dispuesto en el Art. 295 del Estatuto Codificado del IESS, y, falta de aplicación de los 115; 116; 117 del Código de Procedimiento Civil. Con relación a las disposiciones citadas por la institución recurrente, hay que indicar que para un acto administrativo se encuentre debidamente 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 decisión. La motivación señala Colomer, "es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme y ha sido adoptada con sujeción a la Ley". No basta entonces que se explique cuál ha sido el proceso psicológico o sociológico del caso, sino el proceso

lógico jurídico que conduce a una decisión administrativa o judicial. **SEXTO.-** Como ya lo tenemos señalado, este Tribunal de Casación al haber analizado sobre la motivación que no solo se trata de la justificación procesal, sino de la respectiva coherencia de decisión, acoge lo analizado por el Tribual A-quo respecto del Acuerdo No. 166-CPPC-07 de fecha 26 de junio del 2007 emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas, puesto que en su esencia, concluyen que el señor Juan Manuel Tagle Vera regresa a afiliado activo después de 26 años, y que las investigaciones realizadas al señor Alex Moreno como aparente empleador a la época, no fueron concordantes al rendir sus versiones, tomando en consideración en la investigación, las diferencias de sueldo, actividades y forma contractual del afiliado. La investigación administrativa de la Comisión aludida, no dice nada respecto de la legitimidad o no del empleador, y la existencia de la actividad comercial que desempeñaba como ente empleador. Que efectivamente es notorio que la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas actuó con valoración subjetiva al ponderar indebidamente, condiciones y requisitos del afiliado y del aportante patrono, con los elementos del que esta investida una relación laboral y que incluso esta se desdobla a la costumbre, a la ley, al contrato, tomando en consideración los principios de "Primacía de la Realidad" que fueron juzgados ilógicamente por la Comisión mencionada, y que efectivamente dieron como consecuencia la emisión del ACUERDO = 070345 C.N.A en que se ratifica la Declaración Fraudulenta, la afiliación y aportaciones a favor del señor Juan Manuel Tagle Vera. **SÉPTIMO.-** Es importante señalar que este Tribunal de Casación, ha analizado de manera diligente la decisión del Tribunal inferior en el presente caso, y destaca lo señalado en el "NUMERAL SEXTO" del fallo recurrido, puesto que efectivamente si la decisión de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Guayas y ratificada por la Comisión Nacional, fue de *"calificar la afiliación y aportación del afiliado Juan Manuel Tagle Vera como fraudulentas, es decir contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete, tal como así consta en la definición del Diccionario de la Real Academia Española (pág. 994), cabiendo decir que no es otra cosa que la conducta en este caso dirigida a engañar al ente responsable de la seguridad social, equivalente al dolo definido en el inciso último del artículo 29 del Código Civil como la intención positiva de perjudicar a otra persona, implicando con ello de que el titular de éste tipo de conducta debió estar consciente de su actitud in jurídica, entendiéndose como tal el común exigible en las personas de regular capacidad, de allí que el error, caso de haberse producido en el administrado excluye de culpabilidad dolosa y por tanto su ausencia de culpabilidad, esa intencionalidad de irrigar daño al sistema de seguridad social no puede ser atribuido al actor por el mero hecho de que este sostenga que su trabajo habitual consistía en el depósito de maderas en mantener entre otras cosas en operatividad una maquinaria destinada a procesos de encofrado y haya podido darle un significativo apropiado en razón de su elemental preparación y edad término* ***"auxiliar de servicios"*** *concomitantemente tampoco se ha probado fehacientemente durante el trámite administrativo y menos aún en sede judicial esa intención dañosa por parte del demandante".* **OCTAVO.-** Las pruebas señaladas por el recurrente han sido debidamente estudiadas y analizadas por el Tribunal "a quo", no solo las afirmaciones de las accionantes y de la documentación presentada en sede administrativa, razones por las que se estima que el Tribunal inferior no ha dejado de aplicar y de tomar en consideraciones las normas de derecho que el recurrente aduce se han infringido por parte del indicado Tribunal.

Por 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 NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza el recurso de casación interpuesto.- Actúa la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora, conforme acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio del 2015.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V
Resolución nro. 466-2015
Juicio nro. 406-2014

Juicio contencioso administrativo propuesto por Norma Ximena Baño Narváez, contra del Rector de la Universidad Central del Ecuador.- Destitución del cargo de docente del Colegio Universitario Manuel María Sánchez

SÍNTESIS

La actora de la causa Norma Ximena Baño Narváez y el demandado Rector de la Universidad Central de Ecuador deducen sendos recursos de casación respecto del fallo expedido por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, que acepta parcialmente la demanda, declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, y dispone la restitución de la actora al cargo que venía desempeñando o a otro de similar categoría y remuneración.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que el acto administrativo de destitución, materia del juicio, es un acto manifiestamente nulo de pleno derecho, por haber sido expedido por autoridad incompetente luego de un procedimiento administrativo totalmente distinto al establecido en la ley; en cuya virtud, desecha el recurso de la parte demandada por los extremos alegados y, aceptando el recurso de la accionante, declara la ilegalidad y nulidad del acto administrativo en mención y ordena la restitución al cargo, debiendo considerar para su liquidación los valores que como servidora pública haya percibido durante el tiempo de separación de sus funciones.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2013-5970

Juez Ponente: Dr. Pablo Castañeda

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 1. Quito, jueves 22 de mayo del 2014, las 10h49.

VISTOS: Norma Ximena Baño Narváez, formula recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra del Rector de la Universidad Central del Ecuador y Procurador General del Estado; LA ACTORA MANIFIESTA EN SU DEMANDA: Que la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, arrogándose funciones, competencias y jurisdicción, el 21 de abril del 2010 a las 08h30, emite la Resolución de Destitución. Sanción que se materializa en la Acción de Personal No . 697 de 10 de junio del 2010, suscrita por el Rector y Director de Recursos Humanos de la Universidad Central; Que esta Comisión no tiene facultad sancionadora, pues constitucionalmente está prohibida para hacerlo; Que en el numeral 2 de las conclusiones de la resolución de destitución, se refiere como prueba a la declaración de la Dra. Amparo Mosquera Villavicencio, quien firma la Resolución de destitución; Que su cargo es de profesora, por lo que, por su condición de docente universitaria, debían aplicarse los siguientes artículos del Estatuto Universitario de la Universidad Central: 111; 117; 169; 170; Que la Constitución en el art. 76 señala el derecho al debido proceso, que incluye las garantías básicas: "...3. ...solo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia de un trámite propio de cada procedimiento..."; Que el mismo art. 76. 7, establece como garantías: "... a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; ...k) Ser juzgado por una Jueza o Juez independiente..."; Que el día 17 de mayo de 2010, solicitó se declare la nulidad de todo lo actuado; sin embargo la "Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador", el día 02 de junio de 2010, niega su pedido y ratifica el acto administrativo de destitución; Que ni el Consejo Universitario, organismo de tercera instancia; ni la Comisión Académica, de segunda instancia; ni el Consejo Directivo de la Facultad a la cual pertenecía

la actora, de primera instancia, conocieron y menos resolvieron su destitución, conforme el art. 169 de Estatuto Universitario vigente a esa fecha; Que el sumario fue iniciado en contra de "Nora" Ximena Baño Narváez, persona diferente a la compareciente; Que el sumario lo dirige la Dirección de Recursos Humanos y no la Dirección General Administrativa, como era y es de competencia de dicha Dirección; Que la competencia se encuentra señalada en el art. 158 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador; Que, según el art. 171 del Estatuto mencionado, el expediente debía concluir en veinte días laborables con el mandato imperativo de que este término es improrrogable; Que operó la prescripción y caducidad que tenía la autoridad nominadora para resolver; Que las resoluciones que impugna son: Resolución de 21 de abril de 2010 dictada por la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, por la cual se le destituyó y Acción de Personal No. 697 de 10 de junio de 2010, de destitución; Que solicita la restitución a su cargo, cancelación de los valores dejados de percibir, los aportes al IESS, hasta su reincorporación al cargo de Profesora; CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES: El Dr. Edgar Samaniego Rojas, Rector de la Universidad Central del Ecuador, contesta la demanda y propone las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; 2.- Improcedencia de la acción; 3.- Violación de trámite y falta de legítimo contradictor, pues la accionante no demanda a la autoridad emanante del supuesto acto administrativo ilegítimo; 4.- Legalidad de los actos administrativos impugnados; 5.- Prescripción de la acción; 6.- Nulidad de lo actuado. Habiendo concluido la sustanciación del presente juicio y practicadas que han sido todas las diligencias probatorias solicitadas por las partes, estando la causa pendiente de Resolución para hacerlo se considera el siguiente ANÁLISIS JURÍDICO: **PRIMERO.-** El Tribunal tiene competencia para conocer y resolver la presente controversia, por así determinarlo la disposición legal contenida en el art. 173 de la Constitución de la República; arts. 216 y 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; 15 y 20 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; Arts. 1, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y por el Acta de Resorteo. **SEGUNDO.-** En la tramitación de la causa no se aprecia omisión de solemnidad alguna que pudiere influir en la decisión de la causa, consecuentemente se declara la validez del proceso. **TERCERO.-** La negativa de los fundamentos de hecho y de derecho formulado por los demandados obliga al actor a probar los hechos afirmados por su parte en la demanda. **CUARTO.-** El derecho del actor para proponer la demanda está consignado en el artículo 173 de la Constitución en concordancia con los artículos 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; por otro lado al calificar la demanda, el Juez de Sustanciación la encontró clara y completa. **QUINTO.-** En la causa existe legítimo contradictor, legitimidad de personería pasiva y configuración del sujeto pasivo de la relación procesal, conforme lo establecido en el literal a) del art. 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por cuanto las autoridades demandadas han comparecido, han dado debida contestación a la demanda, explicando la posición institucional.- Como se enuncio anteriormente, el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado confiere la competencia al Tribunal para pronunciarse sobre los actos y demás asuntos demandados. **SEXTO.-** En la causa existe legítimo contradictor, legitimidad de personería pasiva y configuración del sujeto pasivo de la relación procesal, conforme lo establecido en el literal a) del art. 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por cuanto las autoridades demandadas han comparecido, han dado debida contestación a la demanda, explicando la posición institucional. **SÉPTIMO.-** Los actos administrativos impugnados por la actora son los contenidos en la Resolución de 21 de abril de 2010 de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador y Acción de Personal No. 697 de 10 de junio de 2010, por los cuales se le destituye del cargo de profesora de dicha institución universitaria. Según corre a fojas 17 de autos; entre la fecha de emisión de la acción de personal impugnada 10 de junio del 2010 y su notificación en el lugar de trabajo de la hoy recurrente hasta el 24 de agosto de 2010, fecha de presentación de la demanda en el Tribunal, no ha vencido el termino determinado en el citado artículo 65 de la invocada Ley, por lo que la actora interpuso la demanda oportunamente. **OCTAVO.-** Del análisis y estudio de los documentos que constan de autos y las pruebas actuadas por las partes, se conoce que el sumario administrativo no se tramitó conforme lo dispuesto en el artículo

78 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y los artículos 75, 76 y 173 de la Constitución de la República, irrespetándose de esta forma la Sección Quinta del Capítulo Quinto y específicamente el artículo 79 del Reglamento de la LOSCCA. Lo que si existió es una investigación administrativa que concluye con un informe del Director de Recursos Humanos que consta a fojas 88-91 y 418-421, el mismo que sirvió de base para la elaboración de la Resolución de destitución por parte de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, fojas 92-96. **NOVENO.-** El expediente del sumario administrativo remitido por la parte demandada obra a fojas 25 a 128; en el cual consta la Resolución de la "Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador", compuesta por cinco miembros, los profesores Jorge Arroba, Jose Villavicencio, Clímaco Egas, el estudiante Stalin Coronel y la servidora Dra. Amparo Mosquera, conforme las firmas que constan a fojas 102 y 107; cabe mencionar que esta última a más de constituir como parte de la Comisión, interviene en las diligencias realizadas en la investigación administrativa, como "testigo" de cargo contra la investigada, conforme consta a fojas 52 (28 del expediente administrativo); por otro lado, en la Resolución de destitución referida, numeral 2 se sostiene que la Sra. Ximena Baño se encontraba en el lugar de los hechos, sin especificar la relación circunstanciada de sus actuaciones, ni detallar el nexo causal entre su conducta y los hechos imputados, como tampoco señala el día, hora y circunstancias en que su actuación determinó la configuración de una infracción disciplinaria y de la consecuente responsabilidad en ella, que determine una sanción disciplinaria en su contra; es decir, la participación de la hoy recurrente no ha sido comprobada legalmente conforme los medios probatorios que la ley procesal franquea, ni la accionante ha sido objeto de investigación por parte de autoridad policial, fiscal o jurisdiccional, a esto se suma, que no se realizó el sumario administrativo y en su lugar se optó por una investigación administrativa que concluyó con un procedimiento irregular en su resolución conforme lo señalado en los considerandos precedentes. A fojas 51 y 75 del proceso de la investigación administrativa consta el oficio No. 0572 de DGAd de fecha 11 febrero del 2010 suscrito por el Director de Recursos Humanos de la Universidad Central, en cuya parte pertinente, dice: ".... 1.- Revisado el expediente personal de la magister Norma Ximena Baño Narváez se desprende que no ha sido sujeto a sanciones en esta institución..."; así mismo, de fojas 45 a 79 consta certificaciones de la situación laboral, membrecía de organismos docentes, no posesión de antecedentes policiales ni penales, honorabilidad y firmas de apoyo en favor de la accionante.- **DÉCIMO.-** Cabe precisar, que el Consejo Universitario de la Universidad Central del Ecuador aprobó la propuesta del Rector, de conformar la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, nombrando una "Comisión Especial Transitoria", el 11 de diciembre de 2009, lo que significó crear un una Comisión Ad Hoc para juzgar y sancionar una presunta infracción disciplinaria, independientemente de las Comisiones Permanentes y organismos administrativos del Consejo Universitario, lo cual prohíbe la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7, letra 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"; al respecto el Estatuto Universitario en armonía con el texto constitucional prohíbe asignar competencias y atribuciones administrativas sancionadoras de manera discrecional a "Comisiones Especiales", peor aún, para investigar y sancionar a docentes universitarios (foja 345); el Consejo Universitario el 15 de junio de 2010 conoce del oficio No. 339-VA-2010 de 10 de junio de 2010, del Matemático Jorge Arroba, miembro de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos, al señalar que: "...De acuerdo a lo resuelto por el Honorable Consejo Universitario, en sesión del 12 de enero de 2010, la citada Comisión ha resuelto tramitar y conocer los expedientes administrativos seguidos en contra de Norma Ximena Baño Narváez y Carmen Ponce Cacao, y luego de la pertinente investigación, la Comisión resolvió destituir a las indicadas personas de sus cargos de: Docente del Colegio Universitario Manuel María Sánchez y Docente del Colegio Odilo Aguilar, respectivamente y añade que las resoluciones se encuentran debidamente ejecutoriadas...", conforme obra del acta de la sesión ordinaria de 15 de junio de 2010 del H. Consejo Universitario (fojas 176). La investigación administrativa en contra de Norma Ximena Baño Narváez, debió iniciarse tomando en cuenta el art. 158 del Estatuto Universitario, que textualmente dice: "Art. 158... la apertura y

sustanciación del expediente en acciones disciplinarias, para docentes corresponde a la Dirección General Administrativa…"; sin embargo, de lo expresamente señalado quien apertura y sustancia la investigación administrativa es el Director de Recursos Humanos, sin que exista base legal para tal efecto (foja 325 vta.). Continuando con el análisis, el l3 de enero de 2010, mediante oficio No. 0046-HCU, el Dr. Rubén Darío Moreno S., Secretario General, se dirige al señor Rector de la Universidad Central del Ecuador, para comunicarle "...que el H. Consejo Universitario, en sesión realizada el 12 de enero del 2010, resolvió autorizar a su autoridad que se inicie los sumarios administrativos en contra de los presuntos implicados en los actos... del 8 de diciembre del año anterior, de acuerdo con la lista y documentos de respaldo que adjunto...", mismos que únicamente contienen los nombres de catorce personas; sin la debida exposición de motivos ni firma de responsabilidad válida que determine el origen de este listado (fojas 348-356 *ibídem*). El 20 de enero de 2010, con oficio No. 0204-DGAd, el Director de Recursos Humanos se dirige al Rector de la Universidad Central del Ecuador, para informarle que el Dr. Rubén Darío Moreno, Secretario General de la Universidad Central le ha comunicado que el H. Consejo Universitario, en sesión del 12 de enero de 2010, ha resuelto se inicie la investigación administrativa en contra de la señora "Nora" Ximena Baño Narváez (foja 359). El 21 de enero de 2010, a las 11h00 el señor Rector de la Universidad Central del Ecuador, mediante auto avoca conocimiento del informe previo emitido por el Director de Recursos Humanos y dispone el inicio de la correspondiente investigación administrativa en contra de la señora "Nora" Ximena Baño Narváez, disponiendo se devuelvan los autos a la Jefatura de Recursos Humanos (foja 360). El 25 de enero de 2010, la Secretaria *Ad-hoc* hace constar que se ha citado mediante primera boleta a la referida señora (foja 362). El 11 de febrero de 2010 a las 11h00, una vez iniciado el sumario, mediante providencia y de oficio, invocando el art. 295 del Código de Procedimiento Civil, se pretende sin conseguirlo subsanar la situación referida (fojas 402), sin que se cite a Norma Ximena Baño Narváez. La competencia contemplada en los arts. 158 y 169 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, no faculta a la Dirección de Recursos Humanos y tampoco a la "Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador", investigar e imponer sanciones administrativas a docentes universitarios, desconociendo las competencias de las Comisiones Permanentes de acuerdo con el art. 11 del Estatuto Universitario. Por su parte, el art. 171 del referido Estatuto señala que todo expediente se concluye en veinte días laborables, y la resolución se expide en los diez días laborables siguientes, ambos términos son improrrogables; en el caso la investigación administrativa se inició el 21 de enero de 2010 (foja 360), por lo que de conformidad con el término establecido en el referido art. 171 del Estatuto, debió concluir el 19 de febrero de 2010 y la resolución debió expedirse máximo hasta el 5 de marzo de 2010, sin embargo se la expidió el 21 de abril de 2010 (foja 428), esto es, 33 días después de vencido el término legal; es decir, cuando había extinguido la facultad sancionadora de la autoridad (fojas 353 a 444 vta.). El Ing. Freddy Palacios, Director de Recursos Humanos, sin facultad para ella, sustanció la investigación administrativa y su informe puso en conocimiento del Dr. Edgar Samaniego, Rector de la Universidad, quien a su vez lo reenvía a los miembros de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos, sin observar el procedimiento pertinente (fojas 417 a 421). Adicionalmente, la Dra. Amparo Mosquera Villavicencio, conoce, resuelve y suscribe la destitución, sin embargo dentro del expediente administrativo comparece como "testigo" de cargo del Sr. Rector (foja 382), y en el antecedente "Cuarto" y en el No. 2 de las Conclusiones de la Resolución, consta su versión, como sustento de la resolución de destitución (fojas 428 Y 431). **DÉCIMO PRIMERO.-** FALTA DE MOTIVACION DEL ACTO IMPUGNADO.- Es importante analizar en el presente caso en función de la Constitución, la Ley, la Jurisprudencia, la Doctrina como fuentes del Derecho Administrativo, si existió falta de motivación o no en el acto administrativo impugnado; al respecto, cabe indicar que existen líneas jurisprudenciales de fallos de triple reiteración, que han sido construidos desde las sentencias expedidas por este Tribunal y ratificadas por la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia). La letra l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República, dispone: "Art. 76.- En todo proceso en que se determinen derecho 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 que incluirá las siguientes garantías... 1).- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enunciaren las

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia a su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran NULOS. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...", en este mismo orden de ideas, el art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, establece que: "Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previa. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios..."; así mismo el art. 20 del Reglamento a la Ley de Modernización, puntualiza que: de conformidad con el art. 38 de la Ley de Modernización los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se consideraran como actos violatorios a la Ley. La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente. Sobre el tema, el Dr. Patricio Secaira Durango, en su obra titulado "Curso Breve de Derecho Administrativo", refiriéndose a la motivación como requisito indispensable para la formación del acto jurídico acertadamente manifiesta: "... el administrado tiene derecho a que la administración le explique las razones por las cuales toma la decisión que afecta a sus intereses o derechos. De ahí precisamente que el administrado tiene la capacidad de oponerse a la decisión pública, en función de los argumentos jurídicos y más justificativos de los que disponga para destruir la presunción de legalidad del acto administrativo..."; concordantemente con lo expresado Roberto Dromi en su obra de Derecho Administrativo, al hacer un análisis de los elementos esenciales del acto administrativo, respecto de la motivación dice lo siguiente: "...en principio todo acto administrativo debe ser motivado. La falta de motivación, implica, no solo vicio de forma, sino también y principalmente, VICIO DE ARBITRARIEDAD...". Al respecto, el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de fecha 12 de julio de 2004, dentro del juicio No. 9881-2003-MP, expreso: "CONSIDERANDO TERCERO:... 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 Constitucional de derechos y justicia 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...(texto tomado de la obra La Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal de los Servicios Públicos, Tercera Ed., págs. 63 y 64, cuya autoría corresponde a uno de los Jueces de este Tribunal), Referencia: Gaceta Judicial, Serie No. 10, XVIII, X 2009 a XII-2010, páginas 3929 y 3930. Por su parte, la sentencia emitida el 3-XII-2007, por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, dentro del juicio No. 164-2011, publicada en la Gaceta Judicial No. 10, Serie XVIII, X 2009 a XII 2010, señala lo siguiente: "(...) NOVENO:...y la Sala de lo Contencioso Administrativo en fallos de triple reiteración ha afirmado que "...para que un acto administrativo se encuentre motivado, no es suficiente la enunciación de las normas que determinan la competencia... (...)"; en el presente caso no existe suficiente motivación para el acto administrativo de destitución del cargo que evidencie la directa relación entre los hechos y las normas jurídicas aplicables al caso concreto, conforme queda demostrado en los considerandos precedentes. **DÉCIMO SEGUNDO.-** La Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en el caso signado con el número 0248-2008, publicado en el Registro Oficial No. ROS No. 64-14-VI-2008, que siguió Henry Edgar Mayorga Torres a la Universidad Técnica de Ambato,

acerca de la motivación expresó: "... un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una Autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto el análisis de legitimidad del acto impugnado en el presente caso no se basa solo en el estudio de competencia sino también de su forma, contenido, causa y objeto...". En el caso No. 19314-2009, seguido por el Dr. Gabriel Osorio a la Universidad Central, análogo al presente caso, en el No. 8 de la sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que fue ratificada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el Recurso de Casación No. 376-2012, expresa: "Octavo.- ... La Administración debe ceñir sus actos al ordenamiento jurídico y al debido proceso, garantizando de esta manera no solo los derechos de los administrados sino también la validez del trámite y sobretodo de la Resolución que expida. Para este efecto, el principio de la verdad procesal es de indispensable aplicación, ya que a él se llega con el acopio de pruebas sólidas y concluyentes que no admiten duda sobre la ocurrencia de los hechos; pues, solamente con verificación imparcial y real de ellas es posible a aplicación de las disposiciones legales pertinentes al caso. En la especie, conforme queda señalado a ninguna verdad material arriba la administración, ya que la sola presentación de denuncias, bajo ningún concepto pueden constituir elementos que puedan servir de pruebas concluyentes, hacerlo sería dar cabida al criterio de que cualquier persona pueda ser sancionada por la sola apreciación o animadversión que estas tengan de él, es decir bastaría la mera formulación de la denuncia para dar por verdaderos los hechos contenidos en la misma, contrariando de esta manera la presunción de inocencia universalmente reconocida...(una comunicación que refiere la existencia de una falta disciplinaria)...es un indicio que permite a la administración obrar mediante la investigación y es el sumario administrativo el que permite establecer la verdad de los hechos denunciados, evitando la arbitrariedad, el abuso del poder público y de sus funcionarios, por lo que la sanción solo puede ser el resultado de un procedimiento debido, del cual aparezcan a base de las pruebas fehacientes e irrefutables, la realidad de los hechos, para así determinar responsabilidades disciplinarias; no actuar de este modo, incluso puede significar un deseo administrativo orientado a la impunidad de infracciones disciplinarias o un desconocimiento de las funciones que deben cumplir las autoridades nominadoras y los empleados de las unidades de Recursos Humanos...". El sumario administrativo es un medio procesal que permite a la administración efectuar la investigación de la conducta de los servidores públicos a su cargo, a fin de determinar si han incurrido o no en infracciones disciplinarias que ameriten sanción del mismo tipo. El sumario administrativo deja de lado la arbitrariedad o discrecionalidad de la autoridad para sancionar, estableciendo un procedimiento reglado que permite la formación de la verdad material, base sobre la cual la autoridad competente que ejerce la autoridad sancionadora debe emitir su decisión motivada.

DÉCIMO TERCERO.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y RESOLUCIÓN. En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, uno de los principios fundamentales es el de la tutela judicial, siendo elemento integrador del mismo el debido proceso, que se logra cuando se es juzgado por jueces y autoridades administrativas competentes; la Constitución de la República, en su Capítulo Octavo, trata de los derechos de protección, al señalar en el art. 76, que "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:... 3... Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:... k) Ser juzgada par una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgada par tribunales de excepción a por comisiones especiales creadas para el efecto...". Así mismo, el art. 82 de la misma Carta Magna, señala que "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeta a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes...". Por otra parte, en virtud del principio de pro constitucionalidad establecido en el numeral 5 del art. 11 de la Constitución de la República, que establece "que en materia de derecho y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia" en concordancia con el art. 427 de la misma Constitución y arts. 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en virtud de los principios de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

supremacía de la Constitución y aplicación inmediata de la Constitución, es deber de los operadores de justicia en el Estado Democrático, aplicar e interpretar los derechos y garantías constitucionales de la forma que más favorezcan a su efectiva vigencia, es decir, prevalece la supremacía de la Constitución y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, por lo que, las juezas y jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, y para tal propósito se pondera en máximo grado los principios de igualdad, equidad y justicia, conforme al buen vivir y a través del sistema procesal, que es el medio para su realización. Es así, que en el caso concreto, del análisis efectuado en los considerandos precedentes, en la especie se puede apreciar que la resolución expedida por la "Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador", de fecha 21 de abril del 2010 y Acción de Personal No. 697 de 10 junio del 2010, no ha sido dictada de acuerdo a las normas jurídicas citadas, razón por la cual es contraria a derecho, pues como se ha dicho la carencia de la motivación y la falta formalidades en el procedimiento de destitución afecta a la validez jurídica del acto administrativo vulnerando en consecuencia la letra 1) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República. Por lo expuesto, este Tribunal, en estricto apego a las normas constitucionales, legales, reglamentarias, precedentes, considera de su obligación aplicar los preceptos contenidos en la Ley Suprema y en la Ley de la materia, y bajo esta perspectiva, sin que sea necesario hacer otras consideraciones **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente la demanda formulada por la DRA. NORMA XIMENA BAÑO NARVÁEZ y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado y dispone que en el término de cinco días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, se reintegre a la actora a la Institución demandada, al cargo que venía desempeñando o a otro de similar categoría y remuneración, de conformidad con el art. 25 literal h) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la fecha. Sin costas ni honorarios que regular, agréguense al expediente los alegatos presentados por las partes procesales. **Notifíquese.**

f) Dr. Pablo Castañeda Albán, Dr. Nelson Fernando López Jácome; y, Dr. Fredy Gordon Ormaza; Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2013-5970

Juez Ponente: Dr. Pablo Castañeda

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 1. Quito, martes 3 de junio del 2014, las 09h08.

VISTOS: Una vez que se ha corrido traslado ordenada en providencia anterior, proveyendo la petición de aclaración y ampliación, de la sentencia dictada por este Tribunal de fecha 22 de mayo de 2014, las 10h49, solicitada por la actora doctora Norma Ximena Baño Narváez, el Tribunal manifiesta: El Art. 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que el Tribunal no puede revocar ni alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada, como se pretendería con el escrito que obra de fojas 518, pero podrá aclararla o ampliarla si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de 3 días; y, el art. 48 de la Ley *Ibídem* establece 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. En el presente caso, la sentencia es clara y precisa y en ella se han resuelto los puntos objeto de la controversia, inclusive en lo que se refiere a las costas procesales, por lo tanto no procede la solicitud presentada y se la niega.- **Notifíquese.-**

f) Dr. Pablo Castañeda Albán, Dr. Nelson Fernando López Jácome; y, Dr. Fredy Gordon Ormaza; Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 31 de agosto de 2015, a las 15h35.

VISTOS: En virtud de que: **a)** El doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución Nº. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución Nº. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **b)** el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nº. 01-2015 de 28 de enero de 2015 resolvió la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **c)** conforme sorteo llevado a cabo el 02 de marzo de 2015, 11h35, correspondió el conocimiento de esta causa al doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, a la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y al doctor Pablo Joaquín Tinajero Delgado, este último en calidad de Juez ponente; **d)** avocamos conocimiento de la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como los artículos 1 y 4 de la Resolución Nº. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 22 de mayo de 2014 por el Tribunal Distrital Nº. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio Nº. 2013-5970 seguido por la doctora Norma Ximena Baño Narváez en contra del Rector de la Universidad Central del Ecuador y el Procurador General del Estado, se resolvió: *"…acepta parcialmente la demanda formulada por la DRA. NORMA XIMENA BAÑO NARVÁEZ y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado y dispone que en el término de cinco días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, se reintegre a la actora a la Institución demandada, al cargo que venía desempeñando o a otro de similar categoría y remuneración, de conformidad con el Art. 25 literal h) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la fecha."*

1.2.- La doctora Norma Ximena Baño Narváez solicitó aclaración y ampliación de la sentencia. Una vez que se corrió traslado con este pedido a la contraparte, en auto de 3 de junio de 2014, el Tribunal negó dicha petición.

1.3.- El 10 de junio de 2014 la doctora Norma Ximena Baño Narváez presentó recurso de casación fundamentándose en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- Con auto de 11 de junio de 2014 el Tribunal Distrital Nº. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito calificó el recurso de casación interpuesto por la actora.

1.5.- El 18 de junio de 2014, el doctor Fernando Efraín Sempértegui Ontaneda y la doctora Lida Flores Chacón, en sus calidades de Rector y Procuradora (e) de la Universidad Central del Ecuador, respectivamente, presentaron recurso de casación fundamentándose en las causales primera, segunda y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.6.- Con auto de 20 de junio de 2014 el Tribunal Distrital Nº. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito calificó el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

1.7.- El Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 14 de enero de 2015, admitió a trámite los recursos de casación. En el caso del recurso presentado por los representantes de la Universidad Central del Ecuador, el recurso se admitió únicamente por las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

2.2. Delimitación del problema jurídico a resolver. El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 22 de mayo de 2014 por el Tribunal Distrital Nº. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, con la que se admitió parcialmente la acción propuesta por la doctora Norma Ximena Baño

Narváez, adolece de los yerros acusados por los recurrentes; y, de comprobarse tales yerros, dictar la sentencia de mérito que corresponda.

2.3.- Argumentos de la actora para proponer su recurso de casación.- La doctora Norma Ximena Baño Narváez en su escrito de casación, entre otras argumentaciones, señaló lo siguiente: *"El literal a) del Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con el Art. 76, numeral 7, literal k) de la Carta Magna; Arts. 122 y 94 literal a) y último inciso prescriben expresamente que* ***una resolución dictada o un procedimiento administrativo sustentado por autoridad incompetente es nulo,*** *en el caso de mi destitución concurren los dos elementos: de acuerdo con el Estatuto Universitario vigente a la fecha, ni la autoridad sustanciadora del procedimiento administrativo, ni la Comisión de Reestructuración de los Colegios Anexos eran competentes, la una para sustanciar el expediente; y, la otra para juzgarme (…) Por su parte, la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central, creada como una ´Comisión Especial Transitoria´ Ad-Hoc, el 11 de diciembre de 2009, por el H. Consejo Universitario de la Universidad Central del Ecuador, se arrogó funciones en abierta violación al Art. 169 del Estatuto Universitario que dice: ´***Art. 169.- Autoridades competentes. Son competentes para imponer sanciones: 2. A los profesores, en primera instancia, los Consejos Directivos; en segunda, la Comisión Académica Permanente; y, en última, el Honorable Consejo Universitario.´***"*

Por otro lado, la doctora Norma Ximena Baño Narváez también adujo: *"Según lo prescrito en el Art. 59, literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el incumplimiento de este requisito en la sustanciación del procedimiento administrativo es causa imperativa de nulidad. En la especie, materia de análisis y juzgamiento por parte del Tribunal Contencioso, las violaciones procesales son múltiples y sistemáticas, van desde el inicio de la investigación administrativa donde no se cita a NORMA XIMENA BAÑO NARVAEZ sino aNora (sic) XIMENA BAÑO NARVÁEZ y `no se subsana la situación referida (foja 402)´ ypasan (sic) por la resolución que se expide ´33 días después de vencido el término legal; es decir, cuando según el Estatuto Universitario había extinguido la facultad sancionadora de la autoridad (fojas 353 a 444 vta.)´ como lo consigna el Tribunal".*

2.5.- Argumentos de la parte demandada para proponer su recurso de casación. En relación al recurso de casación planteado por el Rector y Procuradora (e) de la Universidad Central del Ecuador, se toma en cuenta que el mismo fue admitido a trámite únicamente por las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto, según afirma el recurrente, existe aplicación indebida de las normas citadas de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento de Aplicación (causal primera); y por cuanto no se demandó al Procurador General del Estado, conforme los numerales 1 y 2 del artículo 237 de la Constitución de la República (causal segunda).

En cuanto a la causal primera, el recurrente señaló: *"En el punto OCTAVO de la impugnada sentencia, se expresa: Del análisis y estudio de los documentos que constan de autos y las pruebas actuadas por las partes, se conoce que el sumario administrativo no se tramitó conforme lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y los artículos 75, 76 y 173 de la Constitución de la República, irrespetándose de esta forma la Sección Quinta del Capítulo Quinto y específicamente el artículo 79 del Reglamento de la LOSCCA..." [el subrayado es añadido] Analizando la afirmación transcripta se evidencia, por decir lo menos, equivocada argumentación, por cuanto* ***si la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público en su Art. 5 letra h) excluye expresamente de la sujeción de la misma "h) El personal docente e investigadores universitarios, técnico docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional"*** *es ilógica, indebida e improcedente la aplicación de los Arts. 78 y 79 del Reglamento de esa Ley. Por consiguiente, existe por parte del órgano judicial juzgador, de una parte, falta de aplicación del Art. 5 de la Ley invocada, y de otra, indebida aplicación de los artículos reglamentarios de la misma que se dicen inaplicados e irrespetados…".*

Adicionalmente, respecto de la misma causal, el recurrente adujo: *"…ni siquiera es mencionado el Art. 355 de la Constitución de la República que traduce el reconocimiento que hace el Estado de la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica de las universidades y escuelas politécnicas, así como del gobierno y gestión de las mismas."*

En lo que corresponde a la causal segunda el recurrente argumentó: *"La sentencia luego de señalar lugar, fecha y hora, dice: 'VISTOS: Norma Ximena Baño Narváez, formula recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra del Rector de la Universidad Central del Ecuador y Procurador General del Estado…" [el subrayado es añadido] Pero resulta, como puede evidenciarse del libelo de demanda que la actora NO DEMANDA AL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, lo que dice es: (...) 'Para cumplir con la exigencia legal establecida en el Art. 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se contará con el señor Procurador General del Estado…" CONTAR NO ES SINÓNIMO NI EQUIVALENTE A DEMANDAR' (...) la falencia anotada no es nimia sino de fondo, omisión de solemnidad sustancial, que produce ipso iure NULIDAD INSANABLE.* ***NULIDAD de la demanda y del trámite, derivada de la omisión por parte de la actora de no haber demandado al señor Procurador General del Estado quien ejerce, entre otras potestades, la representación judicial del Estado y el patrocinio del Estado y sus instituciones, conforme el Art. 237 números 1 y 2 de la Constitución de la República.*** *Sobra señalar que la Universidad Central del Ecuador, por su carácter de pública, es una entidad del Estado. Procesalmente se ha violado las solemnidades sustanciales de legitimidad de personería y citación al demandado, previstas en los números 3 y 4 del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, lo que provoca tal nulidad conforme lo normado en el Art. 344 ibídem, disposiciones legales aplicables conforme al art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Y (sic) conste que la nulidad como la violación de trámite y falta de legítimo contradictor fueron expresamente alegadas al contestar la demanda."*

III.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

3.1.- La motivación de la sentencia recurrida. El fundamento del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nº. 1 para declarar la ilegalidad del acto administrativo y ordenar el reintegro de la doctora Norma Ximena Baño Narváez a la Institución demandada, fue la falta de competencia de la autoridad administrativa que impuso la sanción de destitución, la carencia de motivación en el acto administrativo impugnado y la falta de formalidades en el procedimiento de destitución. Por tanto, en virtud de los recursos de casación interpuestos, se debe determinar si la misma adolece de las presuntas falencias alegadas por los recurrentes.

3.2.- Respecto de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. A fin de resolver sobre los recursos propuestos, resulta evidente iniciar el examen del recurso, por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, alegada por los representantes de la Universidad Central del Ecuador, de modo que si procede la alegación se declararía la nulidad y por ende quedaría decidido el recurso; o, si por el contrario, si se inadmite la alegación se continuaría con el examen de las otras causales alegadas por las partes. La causal segunda textualmente dice: *"2. 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."* Por tanto, como ha manifestado la Sala en ocasiones anteriores, en cuanto a la causal segunda señalada como fundamento del recurso, se considera que está relacionada con la violación de la ley adjetiva que produce nulidad insanable o indefensión, esto es lo que en doctrina se conoce como *"error in procedendo",* que ocurre cuando el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia, cuando los litigantes no tienen capacidad jurídica y procesal, cuando, en fin, se ha imposibilitado el ejercicio válido de los actos procesales, lo cual a su vez ocasiona una indefensión que haga ineficaz la resolución. Igualmente, como se ha dicho en fallos anteriores, la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, debe fundarse-igual que en la primera y en la tercera causal- en uno de sus tres modos de infracción: 1) aplicación indebida; 2) falta de aplicación; o, 3) errónea interpretación de *"normas procesales",* cuando como consecuencia de la infracción se haya viciado el proceso de nulidad insanable y no hubiere quedado legalmente convalidada; o, cuando se haya provocado indefensión; y, siempre que en los dos supuestos la omisión atacada hubiese influido en la decisión de la causa. Por tanto, cuando el recurrente atribuye a la sentencia el cargo de falta de aplicación de una norma procesal, para que el recurso prospere no basta citar el artículo cuestionado, sino que además, es indispensable precisar la forma como esa falta de aplicación ha dado lugar a una nulidad insanable del proceso, o ha provocado la indefensión del recurrente, y la forma como este yerro ha influido en la decisión de la causa en los términos y forma que corresponde al recurso extraordinario de casación.
Al respecto, la Sala de lo Contencioso

Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 08 de agosto de 2012 dentro del proceso Nº. 236-2011, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 75 de 05 de diciembre de 2013, señaló lo siguiente: *"Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal segunda de casación: el principio de especificidad, es decir que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual se denote que tal omisión influyó, o pudo haber influido en la decisión de la causa, de una manera cierta e irreparable, afectándose la estructura del proceso de manera trascendente, siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte o de todo el proceso; por lo que no basta entonces una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto, debiendo acreditarse en forma indubitable el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su transcendencia dentro del proceso; pues las nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, pues la declaración de nulidad por razones meramente formales constituiría un formulismo inaceptable que obstaría la recta administración de justicia."*

En la especie, se admitió a trámite el recurso de casación presentado por los representantes legal y judicial de la Universidad Central del Ecuador en virtud de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y del artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, y de los numerales 3 y 4 del artículo 346 del mismo Código. Al respecto, es pertinente mencionar que el Tribunal A quo se pronunció en el considerando quinto de la sentencia materia de este recurso, señalando: *"En la causa existe legítimo contradictor, legitimidad de personería pasiva y configuración del sujeto pasivo de la relación procesal, conforme lo establecido en el literal a) del Art. 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por cuanto las autoridades demandadas han comparecido, han dado debida contestación a la demanda, explicando la posición institucional";* a lo que se debe agregar que de conformidad con lo dispuesto en los literales b) y c) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde privativamente al Procurador General del Estado: *"...b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público; 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…"*; así también, se debe considerar que con Resolución Nº. 9 de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Nº. 484 de 9 de diciembre de 2008, se señaló: *"4. En materia contencioso administrativa se aplica los literales b) y c) del Art. 5 de la Ley mencionada. El Procurador representa a los organismos y entidades que carecen de personería jurídica; en cambio, si aquellas instituciones tienen personería jurídica el papel del Procurador se limita a supervisar los juicios, mas, si tiene a bien puede intervenir como parte si así lo solicita, en conformidad a lo previsto en el literal c) indicado",* y en el caso objeto de análisis, la Universidad Central del Ecuador tiene personería jurídica, el Procurador General del Estado compareció a juicio, conforme consta a fojas 24 de los autos, escrito en el que se limitó a señalar domicilio para notificaciones, por lo que no se ha producido efectivamente la causal alegada por la parte recurrente. En consecuencia, se desecha el recurso de casación por este extremo.

3.3.- Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Esta causal se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: *"el error in iudicando in jure",* que ocurre 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 la norma (ésta ha sido entendida 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, sin embargo, 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 consistiría, por tanto, en un *"error de existencia";* la aplicación indebida entrañaría

un *"error de selección";* y, la errónea interpretación equivale a *"error del verdadero sentido de la norma".* En el caso, se alega la falta de aplicación del literal h) del artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y la indebida aplicación de los artículos 78 y 79 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Sobre este aspecto, cabe aclarar que el propio Tribunal de instancia en el considerando OCTAVO de su sentencia señaló: *"Del análisis y estudio de los documentos que constan de autos y las pruebas actuadas por las partes, se conoce que el sumario administrativo no se tramitó conforme lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y los artículos 75, 76 y 173 de la Constitución de la República, irrespetándose de esta forma la Sección Quinta del Capítulo Quinto y específicamente el artículo 79 del Reglamento de la LOSCCA. Lo que sí existió es una investigación administrativa que concluye con un informe del Director de Recursos Humanos que consta a fojas 88-91 y 418-421, el mismo que sirvió de base para la elaboración de la Resolución de destitución por parte de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, fojas 92-96".* Respecto de este extremo, es necesario considerar que de conformidad con el último inciso del artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público *"Los servidores de las instituciones del Estado comprendidos en los literales e), f) y h), de este artículo serán sujetos de derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece esta Ley"* En concordancia con la norma legal citada, el artículo 45 ibídem, dice: *"Art. 45.- Notificación de destitución o suspensión.- Cuando un servidor público incurriere en causal de destitución o suspensión de remuneraciones y funciones, la autoridad competente que conociere del hecho, notificará con su resolución al interesado, luego de un sumario administrativo levantado por la unidad de administración de recursos humanos de la respectiva entidad."* Es decir, si bien es cierto que el literal h) del artículo 5 de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público excluía del servicio civil al personal docente e investigadores universitarios, técnico – docente, profesional y directivo, no es menos cierto que, en cuanto a los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones, la indicada Ley es complementaria y, por consiguiente, para efectos del régimen disciplinario le son aplicables las normas del sumario administrativo previstas en la LOSCCA y en su Reglamento de Aplicación, vigentes a la fecha de la sanción de destitución impuesta en contra de la actora.

Asimismo, sobre este mismo asunto, cabe recalcar que la sentencia recurrida hace referencia a los artículos 158 y 169 del Estatuto Universitario, en los que se establecen los órganos competentes para sustanciar y resolver los procedimientos administrativos seguidos en contra de profesores de la Universidad Central del Ecuador, por lo que la alegación del recurrente no tiene fundamento, por lo tanto se desecha el recurso de casación por este extremo.

3.4.- Respecto a la autonomía universitaria.- En cuanto a la causal de falta de aplicación del artículo 355 de la Constitución de la República del Ecuador, que reconoce la autonomía de las universidades y escuelas politécnicas acorde con los objetivos de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución, este Tribunal de Casación considera que esta garantía constitucional en ningún momento significa que las cortes y tribunales competentes no puedan ejercer el control de legalidad de los actos expedidos por estos órganos autónomos, pues ello significaría consagrar la impunidad y la existencia de órganos que puedan por sí y ante sí imponer su voluntad por sobre el ordenamiento jurídico establecido por el Estado, con mayor razón si consideramos que de conformidad con lo que dispone el artículo 173 de la Constitución de la República, *"Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."* Así pues, esta institución jurídica propia de la organización administrativa descentralizada, debe ser entendida dentro en su real sentido y dimensión, como bien lo hace el citado artículo 355 de la Constitución que reconoce a las universidades y escuelas politécnicas el derecho a la autonomía ejercida y comprendida de manera solidaria y responsable, que garantiza el ejercicio de la libertad académica y el derecho a la búsqueda de la verdad, sin restricciones; el gobierno y gestión de sí mismas, en consonancia con los principios de alternancia, transparencia y los derechos políticos;

y la producción de ciencia, tecnología, cultura y arte (inciso segundo); sus recintos son inviolables y solo pueden ser allanados en los casos y términos en que pueda serlo el domicilio de una persona. La garantía de orden interno será competencia y responsabilidad de sus autoridades (inciso tercero); la autonomía no exime a las instituciones del sistema de ser fiscalizadas, de la responsabilidad social, rendición de cuentas y participación en la planificación nacional (inciso cuarto); la Función Ejecutiva no podrá privar de sus rentas o asignaciones presupuestarias o retardar las transferencias a ninguna institución del sistema, ni clausurarlas o reorganizarlas de forma total o parcial (inciso quinto). Como vemos, la norma constitucional que hemos transcrito en forma resumida, consagra las características propias de la autonomía universitaria, entre las que resaltamos la sujeción a la fiscalización, es decir, la sujeción al ordenamiento jurídico y al control de legalidad, pues lo contrario significaría que las universidades y escuelas politécnicas, a pretexto de la autonomía, no se sometan al Estado de Derechos y Justicia consagrado en nuestra Constitución y que no exista poder público alguno que pueda ejercer el control de legalidad de sus actuaciones administrativas, lo cual es, evidentemente, absurdo.

En forma concordante con este criterio de la Sala, en fallo expedido el 5 de noviembre de 2002 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente Nº. 393, publicado en el Registro Oficial Nº. 49 de 27 de marzo de 2003, se señaló: *"SEGUNDO.- Es verdad que por disposición constitucional las universidades gozan de autonomía (Art. 75 de la Constitución Política del Estado), concordante con lo anterior el Art. 5 de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas reconoce y garantiza la autonomía universitaria y el Art. 1 de los Estatutos de la Universidad Central del Ecuador ratifican que la institución es una persona jurídica autónoma de derecho público, pero no por ello se va a malinterpretar esta autonomía. En consecuencia, es menester, analizar el alcance de esta autonomía, y para ello se debe razonar en el sentido de que, el Estado Ecuatoriano como tal es el soberano, y mediante su ordenamiento jurídico en la más alta cúpula está la Constitución Política y luego en segundo orden las leyes vigentes, las cuales en una u otra forma conceden diversas autonomías entre ellas a las universidades y escuelas politécnicas, pero sin lugar a duda tales facultades no les constituyen en organismos soberanos, o sea que pueden imponer sus voluntades al margen de la normatividad vigente en Ecuador. Entonces es indispensable señalar los límites de la autonomía, la cual consiste en la facultad de decidir en última instancia y sin apelación sobre los asuntos que le conciernen. Mas, tal facultad de decisión siempre estará sometida al marco legal vigente, ya que no existe en el estado de derecho institución alguna, por alta que ésta fuera que pueda adoptar decisiones válidas al margen de lo que ordena la ley. (...) En consecuencia, jamás puede adoptar decisiones válidas que vulneren los derechos establecidos por la Constitución y las leyes, y menos pretender absurdamente que tales decisiones modifiquen o reformen las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de vigencia obligatoria. Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, ningún servidor público, por autónoma que fuera la institución a la que presta sus servicios, puede ser separado de sus funciones sino en los casos expresamente determinados por las leyes y cumpliendo los requisitos previos para tal separación establecidos en la norma jurídica vigente"*, criterios con los que esta Sala concuerda plenamente, en consecuencia, se desecha el recurso de casación por este extremo.

3.5.- Respecto al recurso de casación propuesto por la doctora Norma Ximena Baño Narváez.- En cuanto a la causal de falta de aplicación de los literales a) y b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, alegada por la actora, en razón de que en el procedimiento administrativo sancionador no han intervenido las autoridades competentes para sustanciarlo ni para imponer las sanciones previstas en los artículos 158 y 169 del Estatuto Universitario, se verifica que en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se declaró la ilegalidad del acto administrativo impugnado, mas no su nulidad, a pesar de que el considerando DÉCIMO de la sentencia dice: *"Cabe precisar, que el Consejo Universitario de la Universidad Central del Ecuador aprobó la propuesta del Rector, de conformar la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, nombrando una `Comisión Especial Transitoria´, el 11 de diciembre de 2009, lo que significó crear una Comisión Ad hoc para juzgar (sic) y sancionar una presunta infracción disciplinaria, independientemente de las Comisiones Permanentes y organismos administrativos del Consejo Universitario, lo cual prohíbe la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7, letra 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´; al respecto el Estatuto Universitario en armonía con el texto constitucional prohíbe asignar competencias y atribuciones administrativas sancionadoras de manera discrecional a `Comisiones Especiales´, peor aún, para investigar y sancionar a docentes universitarios (foja 345); el Consejo Universitario el 15 de junio de 2010 conoce del Oficio Nº. 339-VA-2010 de 10 de junio de 2010, del Matemático Jorge Arroba, Miembro de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos, al señalar que: `... De acuerdo a lo resuelto por el Honorable Consejo Universitario, en sesión del 12 de enero de 2010... la citada Comisión ha resuelto tramitar y conocer los expedientes administrativos seguidos en contra de Norma Ximena Baño Narváez y Carmen Ponce Cacao, y luego de la pertinente investigación, la Comisión resolvió destituir a las indicadas personas de sus cargos de: Docente del Colegio Universitario Manuel María Sánchez y Docente del Colegio Odilo Aguilar, respectivamente y añade que las resoluciones se encuentran debidamente ejecutoriadas...´, conforme obra del acta de la sesión ordinaria de 15 de junio de 2010 del H. Consejo Universitario (fojas 176). La investigación administrativa en contra de Norma Ximena Baño Narváez, debió iniciarse tomando en cuenta el Art. 158 del Estatuto Universitario, que textualmente dice: `Art. 158... la apertura y sustanciación del expediente en acciones disciplinarias, para docentes corresponde a la Dirección Administrativa...´, sin embargo, de lo expresamente señalado quien apertura y sustancia la investigación administrativa es el Director de Recursos Humanos, sin que exista base legal para tal efecto (foja 25 vta.). Continuando con el análisis, el 13 de enero de 2010, mediante Oficio No. 0046-HCU, el Dr. Rubén Darío Moreno S., Secretario General, se dirige al señor Rector de la Universidad Central del Ecuador, para comunicarle `... que el H. Consejo Universitario, en sesión realizada el 12 de enero de 2010, resolvió autorizar a su autoridad que se inicie los sumarios administrativos en contra de los presuntos implicados en los actos ... del 8 de diciembre del año anterior, de acuerdo con la lista y documentos de respaldo que adjunto...´, mismos que únicamente contienen los nombres de catorce personas; sin la debida exposición de motivos ni firma de responsabilidad válida que determine el origen de este listado (fojas 348-356 ibídem). El 20 de enero de 2010, con oficio Nº. 0204-DGAd, el Director de Recursos Humanos se dirige al Rector de la Universidad Central del Ecuador, para informarle que el Dr. Rubén Darío Moreno, Secretario General de la Universidad Central le ha comunicado que el H. Consejo Universitario, en sesión del 12 de enero de 2010 ha resuelto se inicie la investigación administrativa en contra de la señora `Nora´ Ximena Baño Narváez (foja 359). El 21 de enero de 2010, a las 11h00 el señor Rector de la Universidad Central del Ecuador, mediante auto avoca (sic) conocimiento del informe previo emitido por el Director de Recursos Humanos y dispone el inicio de la correspondiente investigación administrativa en contra de la señora `Nora´ Ximena Baño Narváez, disponiendo se devuelvan los autos a la Jefatura de Recursos Humanos (foja 360). El 25 de enero de 2010, la Secretaria Ad hoc hace constar que se ha citado mediante primera boleta a la referida señora (foja 362). El 11 de febrero de 2010 a las 11h00, una vez iniciado el sumario, mediante providencia y de oficio, invocando el Art. 295 del Código de Procedimiento Civil, se pretende sin conseguirlo subsanar la situación referida (fojas 402) sin que se cite a Norma Ximena Baño Narváez. La competencia contemplada en los Arts. 158 y 169 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, no faculta a la Dirección de Recursos Humanos y tampoco a la `Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador´, investigar e imponer sanciones administrativas a docentes universitarios, desconociendo las competencias de las Comisiones Permanentes de acuerdo con el Art. 11 del Estatuto Universitario. Por su parte, el Art. 171 del referido Estatuto señala que todo expediente se concluye en veinte días laborables, y la resolución se expide en los diez días laborables siguientes, ambos términos son improrrogables; en el caso de la investigación administrativa se inició el 21 de enero de 2010 (foja 360), por lo que de conformidad con el término señalado en el referido Art. 171 del Estatuto, debió concluir el 19 de febrero de 2010 y la resolución debió expedirse máximo hasta el 5 de marzo de 2010, sin embargo se la expidió el 21 de abril de 2010 (foja 428), esto es, 33 días después de vencido el término legal; es decir, cuando había extinguido la facultad sancionadora de la autoridad (fojas 353 a 444 vta.). El Ing. Freddy Palacios, Director de Recursos Humanos, sin facultad para ello, sustanció la investigación administrativa y su informe puso en conocimiento del Dr. Edgar Samaniego, Rector de la Universidad, quien a su vez lo reenvía a los miembros de la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos, sin observar el procedimiento pertinente (fojas 417 a 421). Adicionalmente, la Dra. Amparo Mosquera Villavicencio, conoce, resuelve y suscribe la destitución, sin embargo dentro del expediente administrativo comparece como

`testigo´ de cargo del Sr. Rector (foja 382), y en el antecedente `Cuarto´ y en el Nº. 2 de las Conclusiones de la Resolución, consta su versión, como sustento de la resolución de destitución (fojas 428 Y 431).” Y luego, en la parte pertinente del considerando DECIMO PRIMERO la sentencia manifiesta: *“...en el presente caso no existe suficiente motivación para el acto administrativo de destitución del cargo que evidencie la directa relación entre los hechos y las normas jurídicas aplicables al caso concreto, conforme queda demostrado en los considerandos precedentes.”* Es decir, la sentencia del Tribunal A quo expresamente señala que en la tramitación del sumario administrativo ha existido tanto incompetencia del órgano que lo sustanció, como también incompetencia del órgano que sancionó a la actora; así como también relata con detalle, las desviaciones al procedimiento administrativo y la falta de motivación de la resolución de destitución, las mismas que ocasionan la nulidad del procedimiento y del acto administrativo impugnado.

A criterio de esta Sala, el Tribunal A quo cumplió defectuosamente su tarea de juzgamiento, pues detectó, como en efecto se produjo, los vicios de incompetencia y de violación al procedimiento que influyen en la decisión del asunto, así como la falta de motivación del acto administrativo impugnado, por lo que debió pronunciarse declarando la nulidad, cosa que en el caso no se produjo. En efecto, conforme consta de autos se verifica que en sede administrativa no se ha aplicado el procedimiento previsto en el Estatuto Universitario, ya que no ha intervenido la autoridad competente para sustanciar el mismo y para imponer sanciones. En efecto, conforme al artículo 158 del Estatuto, es competencia de la Dirección General Administrativa la apertura y sustanciación de expedientes disciplinarios contra docentes de la Universidad y de sus colegios anexos; y, por su parte, conforme al numeral 2 del artículo 169 del Estatuto Universitario, es competencia del Consejo Directivo, en primera instancia, imponer la sanción que corresponda; competencias que, de conformidad con la Disposición General Sexta no pueden ser ejercidas por órgano o persona distinta, al disponer: *“SEXTA.- Funciones privativas de las autoridades. Las funciones que este Estatuto señala a las diversas autoridades de la Universidad Central del Ecuador se ejercen privativamente por ellas, y ninguna otra persona puede arrogarse dichas facultades.”*

Sobre este asunto, muy bien cabe ahondar en el problema e indicar que al respecto, la doctrina es pacífica y uniforme en señalar que existe nulidad de pleno derecho en los actos administrativos expedidos por autoridad incompetente o prescindiendo del debido proceso. En efecto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (Curso de Derecho Administrativo, Civitas Ediciones S.L., Madrid, Reimpresión de la décima edición, 2001, tomo I, páginas 614 y siguientes), citando el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, dicen: *“1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.”* Continúan los autores señalados, analizando cada uno de los casos citados y, con relación a los actos dictados por órgano incompetente, dicen: *“... la incompetencia es un vicio de orden público, que no requiere denuncia de parte interesada para poder ser declarado: `La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos que la tenga atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras Leyes´, dice el artículo 12.1 LPC. Precisamente por esto -carácter imperativo e irrenunciable de la competencia-, el artículo 20 LPC obliga al órgano administrativo a valorar su propia competencia y a remitir directamente las actuaciones al que considere competente cuando él estime no serlo, facultando al propio tiempo al interesado en el procedimiento para recurrir al órgano que esté conociendo del mismo para que decline su competencia cuando considere que carece de ella. El artículo 8 LPA era más rotundo (`la incompetencia puede declararse de oficio o a instancia de los interesados en el procedimiento´), pero la idea sigue siendo la misma: la competencia es siempre una cuestión de orden público, por lo que puede y debe apreciarse ex oficio, aun sin excitación de parte. Esto es, justamente, lo característico*

de la nulidad de pleno derecho, como más atrás hemos visto."[1]. Y respecto de los vicios del procedimiento, dicen los autores citados: *"... hay que entender aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho en todos aquellos casos en que la Administración ha observado, en efecto, un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la Ley para este supuesto."*[2]. En consecuencia, en la especie, el acto administrativo de destitución expedido en contra de la actora, es un acto manifiestamente nulo de pleno derecho, pues fue expedido por autoridad incompetente, luego de un procedimiento administrativo totalmente distinto al establecido en la Ley.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, 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,** acepta el recurso de casación propuesto por la doctora Norma Ximena Baño Narváez y, en consecuencia, casa la sentencia expedida el 22 de mayo de 2014, a las 10h49, por el Tribunal Distrital Nro. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio Nº. 2013-5970 seguido por la doctora Norma Ximena Baño Narváez en contra del Rector de la Universidad Central del Ecuador y el Procurador General del Estado; y, declara la ilegalidad y nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de 21 de abril de 2010 dictada por la Comisión de Reorganización de los Colegios Anexos de la Universidad Central del Ecuador, así como de la acción de personal Nº. 697 de 10 de junio de 2010, por la cual se destituyó a la actora de las funciones de Profesora Supervisora de la Facultad de Filosofía de la Universidad Central del Ecuador; dispone el reintegro de la doctora Norma Ximena Baño Narváez al cargo del que fue destituida y el pago de las remuneraciones y beneficios legales dejados de percibir, debiendo considerar para su liquidación los valores que como servidora pública haya percibido durante el tiempo que permanezca separada de su cargo. Actúe la doctora Elena Torres Torres como Secretaria Relatora subrogante, según oficio No. 061-2015-CNJ-D-PTD de 27 de agosto de 2015.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 2 de septiembre del 2015, las 16h12. (406-2014) Agréguese al expediente el escrito presentado por la señora Norma Ximena Baño Narváez. En lo principal, la revocatoria solicitada no es procedente por los argumentos que se exponen a continuación. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia se encuentra en el proceso de implementación de notificaciones de autos y sentencias a través del SATJE. Como es normal en este tipo de implementaciones, se han producido algunos inconvenientes al momento de cargar en el sistema determinadas providencias. El día lunes 31 de agosto de 2015 se cargaron al sistema cinco sentencias, pero se detectó que en la presente causa No. 0406-2014 erróneamente se ha notificado a las casillas judiciales y electrónicas fijadas por las partes, una sentencia que corresponde a otra causa. Con oficio No. 29-UT-CNJ de 2 de septiembre de 2015, el Jefe de la Unidad de Tecnología de la Corte Nacional de Justicia informó que eliminó del sistema la referida notificación y procedió a habilitar el aplicativo para que se realice la notificación correspondiente. Por lo expuesto, de oficio declaro la anulación de la notificación efectuada en esta causa el 31 de agosto de 2015 y que la Secretaria Relatora proceda a notificar el día de hoy, conjuntamente con esta providencia, la sentencia que corresponde a la causa No. 0406-2014 y que consta debidamente incorporada al expediente. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, de conformidad a la acción de personal Nº 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- Notifíquese.-

[1] Op. Cit., página 629
[2] Op. Cit., página 621

VI
Resolución nro. 507-2015
Juicio nro. 311-2012

Juicio contencioso administrativo propuesto por Juan Francisco Hidalgo Barahona, Presidente y Representante Legal de la Compañía HIDALGO e HIDALGO S.A., contra del Director General del IESS.-
Impugnación del acto administrativo que establece responsabilidad patronal

SÍNTESIS

El demandado Director General del IESS, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3 de la Ley de Casación interpone recurso de casación respecto del fallo expedido por la 2ª Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito que, al aceptar la demanda propuesta por el Presidente y representante legal de la Cía. Hidalgo e Hidalgo S.A., declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado y deja sin efecto la responsabilidad patronal establecida por el IESS en contra de la parte actora, por el accidente de trabajo sufrido por César Alfredo Moposita Rodríguez.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia sostiene que para el Tribunal de instancia no existe en la Resolución impugnada la motivación que determina el artículo 31 número 13 de la Constitución, y que de la revisión del expediente administrativo y del proceso de instancia no consta que se haya presentado el Reglamento de Seguridad e Higiene que, entre otras, determina el establecimiento de responsabilidad patronal por incumplimiento de medidas preventivas por riesgos provenientes del trabajo; en cuya virtud, el Tribunal a quo ha efectuado una errónea interpretación de los cargos denunciados relativos a la motivación de los actos administrativos, por lo que casa la sentencia y declara válido el Acuerdo de Responsabilidad Patronal, materia de la impugnación.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

TRIBUNAL DISTRITAL No. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SEGUNDA SALA. Quito, miércoles 7 de julio del 2010, las 10h01.

VISTOS: Comparece el Ing. JUAN FRANCISCO HIDALGO BARAHONA en calidad de presidente y representante legal de la compañía HIDALGO E HIDALGO S.A., luego de consignar las generales de ley, propone demanda de carácter subjetiva o de plena jurisdicción en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, así mismo pide se cite al Procurador General del Estado. El acto impugnado es el acuerdo No. 050471 C.N.A., dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS el 18 de octubre del 2005, el mismo que fuere notificado mediante oficio No. 3000000-CNP-281 de fecha 4 de noviembre del 2005, recibido en las dependencias de mi representada el 18 de noviembre del 2005. El acuerdo de la referencia, dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, confirma la Resolución No. 32001700-183 dictada por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS el 29 de marzo del 2005 y notificada el 29 de julio del mismo año, la cual a su vez es confirmatoria del acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004 C.N.P. emitido por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS el 14 de junio del 2004 y notificado a mi representada el 4 de noviembre del mismo año. En el mencionado acuerdo se ha ratificado por parte de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS la existencia de una supuesta e inexistente responsabilidad patronal de la compañía Hidalgo e Hidalgo S.A., por la incapacidad del asegurado César Alfredo Moposita Rodríguez, la cual fuera inicialmente establecida por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgo del Trabajo, ratificada por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS en virtud de los acuerdos antes aludidos, sobre los cuales mi representada interpuso oportunamente los recursos administrativos de impugnación correspondientes, que finalmente culminaron con la

emisión del acuerdo dictado por la Comisión Nacional de Apelación de la entidad demandada. El 16 de mayo del 2002, aproximadamente a las 18h30, el señor César Alfredo Moposita Rodríguez, quien se desempeñaba en calidad de operador de rodillo en el proyecto Ibarra San Lorenzo cuya construcción se encontraba a cargo de la compañía Hidalgo e Hidalgo S.A. venía subiendo un acuesta de la carretera en un trayecto de 2 kilómetros, trabajando en la compactación de la subrasante, habiéndose apagado en forma fortuita la máquina y quedando la misma neutralizada, por lo que el señor César Moposita optó por tirarse por el lado derecho del rodillo, fracturándose la pierna izquierda a nivel de tibia. El trabajador fue inmediatamente atendido por personal de la compañía de mi representación y fue trasladado hasta el Centro de Salud de San Juan de Llachas, y posteriormente al Hospital del IESS de Ibarra, el mismo día en que sufrió el accidente, en donde se lo mantuvo durante una semana en los pasillos de la entidad, sin asignación de cama, a fuerza de inyecciones, cápsulas, pastillas y sedantes. Es recién una semana después del accidente cuando se asigna una cama y se procede a operar al señor César Alfredo Moposita Rodríguez, por parte de los doctores Santiago Jácome, Catherine Muñoz y N.N Sigüenza, según ha referido el trabajador. Luego de la operación de fractura de la tibia a la que fue sometido el señor César Moposita Rodríguez en el Hospital IESS de Ibarra, su situación se agravó, puesto que empezó a sufrir de dolores insoportables en el área de la intervención, y de fiebres altísimas. Ante esta situación el Hospital del IESS de Ibarra dispuso, en el mes de julio del 2002, el traslado del señor César Alfredo Moposita Rodríguez al Hospital Carlos Andrade Marín de la ciudad de Quito, remitiéndoselo al Cirujano Plástico de la Unidad últimamente mencionada, puesto que el tejido colocado en el área de la operación efectuada en Ibarra no se había injertado. Ante el hecho de que el Cirujano Plástico al que fue remitido el señor César Alfredo Moposita Rodríguez había fallecido desde hace algún tiempo, según lo afirma el asegurado, este fue devuelto nuevamente al Hospital del IESS de Ibarra y enviado otra vez al Hospital Carlos Andrade Marín en la ciudad de Quito, remitiéndoselo esta vez a un médico traumatólogo. Nuevamente pasaron 6 días para que al señor Moposita se le asignara una cama, habiendo tenido que pasar, mientras tanto, en una cama de palo, y limitándose la actividad de los galenos del IESS a suministrar sueros y a efectuar lavados de la pierna ya gangrenada. El 11 de julio del 2002, en vista de que el proceso infeccioso de la pierna del señor César Moposita, causado por una mala intervención en el Hospital del IESS de Ibarra, no cedía y se había extendido hasta la altura del fémur, los médicos del Hospital Carlos Andrade Marín de Quito procedieron a amputarle la pierna. En el mes de julio del 2003, es decir un año después de acaecido el accidente, el Dr. Marcos Zambrano C., realiza la investigación del "Accidente de Trabajo", en cuyo informe se afirma erróneamente que la consecuencia y/o pérdida por el accidente de trabajo es una incapacidad permanente total, consistente en la amputación de miembro inferior izquierdo a nivel de tercio medio de fémur. Efectivamente en el numeral 3.9 "Descripción del Accidente" de dicho informe, se manifiesta que, luego del accidente sufrido por el señor Moposita, consistente en una fractura a nivel de la tibia, éste "fue trasladado hasta el Centro de Salud de San Juan de Llachas, posteriormente al Hospital del IESS de Ibarra donde le intervinieron quirúrgicamente; luego el 11 de julio en el Hospital Carlos Andrade Marín del IESS le amputaron a nivel del tercio medio del fémur". Como consecuencia de lo anterior, se le atribuye a mi representada una responsabilidad patronal por la pérdida del miembro inferior izquierdo del asegurado sin que se haya hecho constar en el precipitado informe que los hechos narrados en los numerales anteriores, acaecidos en las dependencias médicas del IESS, y consecuentemente de única y exclusiva responsabilidad de la entidad demandada, entre la fecha del accidente, 16 de mayo del 2002, y la fecha de amputación de la pierna del señor Moposita, ocurrida el 11 de julio del mismo año. Por lo expuesto anteriormente se puede determinar que la incapacidad del señor Moposita, no se produjo a consecuencia de de actos (sic), hecho u omisiones por parte de mi representada, sino a NEGLIGENCIA MÉDICA imputable al IESS. La Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, en base al diminuto informe emite Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.N.P. en contra de la compañía Hidalgo e Hidalgo, el cual fue notificado el 4 de noviembre del 2004, el cual fue apelado ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, la misma que confirmo el Acuerdo subido en grado mediante Resolución No. 32001700-183 dictada el 29 de marzo del 2005 y notificada el 29 de julio del 2005; luego se interpuso recurso de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

apelación en segunda instancia ante la Comisión Nacional de Apelación del IESS, la que mediante Acuerdo No. 050471 del 18 de octubre del 2005 y notificado mediante Oficio No. 23000000-CNP-281 del 4 de noviembre del 2005 confirmó la Resolución aludida. Entre los fundamentos de derecho manifiesta que se han violado los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso establecidos en los numerales 26 y 27 del art. 23; numeral 13 del art. 24 y art. 58 de la Carta Magna; arts. 2, 3 y 16 de la Ley de Seguridad Social. Pretende que en sentencia se deje sin efecto el acto administrativo constante en el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS y la Resolución No. 32001700-183 dictada la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS y el Acuerdo No. 020-2004-C.N.P. dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS. Calificada la demanda y citados los accionados contestan: El Director General del IESS contesta la demanda proponen las siguientes excepciones: 1).- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, 2).- Alega la plena legalidad y validez del Acuerdo No. 05-0471 C.N.A. del 18 de octubre del 2005 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones que confirma el Acuerdo No. 32001700-183 del 29 de marzo del 2005 emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, 3).- Alega la plena legalidad y validez del Acuerdo No. 32001700-183 del 29 de marzo del 2005 dictado por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Pichincha, que confirma el Acuerdo No. 020-2004 C.N.P. dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo el 14 de junio del 2004 del IESS, 4).- No me allano a ningún vicio de nulidad que expresamente alego, 5).- Alego que la Comisión Nacional de Apelaciones, Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha y la Comisión Nacional de Prevención de Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, al dictar los Acuerdos, no se encuentran incurso en ninguna de las causas de nulidad del art. 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, 6).- Alego falta de derecho del actor para implementar esta improcedente demanda, pues el Instituto no ha vulnerado ninguno de los derechos que le asisten, para establecer la responsabilidad patronal por inobservancia de normas, reglamentos y el Estado del IESS. El Procurador General del Estado señalando domicilio para futuras notificaciones, comparece en calidad de tercerista el señor César Alfredo Moposita Rodríguez, quien manifiesta que el único perjudicado en esta controversia es él, ya que perdió su pierna izquierda y su patrono la Cía. Hidalgo & Hidalgo le indica que es el IESS quien lo tiene que jubilar, pero este último le dice que su patrono no estaba al día en sus aportaciones, entre estas y las otras han transcurrido desde su accidente 6 años, sin que hasta la fecha se le haya dado una solución a su problema. Pide que en sentencia se revoque y se deje sin efecto el acto administrativo constante del Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, así como la Resolución No. 3200170-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.N.P., dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS. Siendo así, y encontrándose la causa en estado de resolver, para pronunciarse la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** Según lo previsto en el art. 196 de la Carta Fundamental del Estado y lo previsto en los arts. 1, 2, 3, 10 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Tribunal se declara competente para conocer y resolver el presente caso. La Sala por su parte tiene asegurada la competencia por el sorteo realizado. **SEGUNDO.-** En la tramitación de la causa no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en su decisión, por lo que se declara la validez del proceso. **TERCERO.-** El acto administrativo que ha sido objeto de impugnación es el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, así como la Resolución No. 32001700-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.N.P., dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, en el que hacen responsable a la Cía. Hidalgo e Hidalgo S.A. del accidente de trabajo ocurrido en la persona del señor César Alfredo Moposita Rodríguez, del accidente de trabajo ocurrido el 16 de mayo del 2002, cuya responsabilidad patronal la establece por inobservancia a las medidas preventivas en el trámite de Riesgos del Trabajo del afiliado Moposita Rodríguez César Alfredo, aún cuando estuviere al día en el pago de aporte**. CUARTO.-** Consta a fojas 78 a la 80 del expediente administrativo el Informe de

Investigación Accidente de Trabajo, efectuada por el Dr. Marcos Zambrano el día 3 de julio del 2003, según consta en el numeral 3.8, es decir luego de transcurrido más de un año del accidente. **QUINTO.-** Que según consta en la Historia Clínica No. 42728 (fojas 190 a 208), conferida por el Hospital Regional del IESS No. 8 de Ibarra relativa a la atención proporcionada al señor César Alfredo Moposita Rodríguez indica que fue ingresado el 16 de mayo de 2002, con fractura de su pierna izquierda a nivel de tibia y que desde su ingreso al Hospital y durante varios días se lo tuvo a punto de dieta alimenticia, hielo local y analgésicos: que el 21 de mayo del 2002 se determinó que sería sometido a la operación de osteosíntesis; operación que se efectuó el 23 de mayo del 2002. En su fase postoperatoria y desde el 27 de mayo del 2002 empezó a presentar un cuadro de estado febril y dolores en el área de intervención, esperando hasta el 5 de junio del mismo año la transferencia a Quito. Según consta del Oficio No. 111012102-1204, suscrito por la Ing. Alicia Baquero, Subgerente de Servicio al Asegurado del Hospital del IESS Carlos Andrade Marín de la ciudad de Quito adjunta la epicrisis (fojas 149 y 150) de atención médica recibida en el servicio de Traumatología de esta Unidad Hospitalaria, del 7 de junio al 17 de julio del 2002, del señor César Moposita Rodríguez y en el que se determinó como diagnóstico definitivo provisional "Exposición Material Osteosíntesis". Que el diagnóstico definitivo primario del asegurado emitido por el Hospital Carlos Andrade Marín de Quito fue "Fractura Tibia Izquierda con Exposición Material Osteosíntesis". Cuando fue intervenido quirúrgicamente en Ibarra colocaron material de osteosíntesis, que produjo infección de hueso y deterioro de partes blandas, lo cual trajo como consecuencia la necrosis de su pierna, por lo que en el Hospital del IESS Carlos Andrade Marín de Quito procedieron a amputarla la pierna izquierda, a nivel de femur. Todo lo relatado de muestra que la amputacion de la pierna del trabajador el señor César Moposita Rodríguez no se produjo estrictamente por el accidente de trabajo sufrido por éste, sino por eventos posteriores derivados de la atención médica brindada por el IESS, lo cual no es ni puede ser imputada a la actora. **SEXTO.-** Con todos estos antecedentes se procede al análisis del acto administrativo del cual se ha recurrido, acto éste que por mandato de ley, se presume su legitimidad, pero que al ser imputado judicialmente por quien se considera afectado por mandato propio del art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administración de la Función Ejecutiva, queda sometido a las disposiciones legales aplicables al caso, de tal forma que para la completa validez y eficacia, el acto administrativo debe reunir obligatoriamente ciertos elementos esenciales, requisitos o condiciones en su propio contenido, ya sea respecto de la competencia, ya sea del procedimiento o de la forma, elementos que deben cumplirse incuestionablemente y entre las formalidades hay que señalar la motivación que sería la causa como así lo explica el tratadista GARCÍA DE ENTERRÍA que dice: "En el acto administrativo los motivos están siempre, y necesariamente, incorporados a la causa", en el presente caso, no obstante de haberse seguido un expediente administrativo con arreglo a la ley y el procedimiento de investigación del accidente de trabajo o de los hechos ocurridos cronológicamente e históricamente del que resultó gravemente afectado un ser humano, cuyo resultado lamentablemente es incapacidad permanente total: "Amputación de miembro inferior izquierdo a nivel de tercio medio de fémur", es incomprensible y censurable que las instituciones obligadas a la presentación inmediata de atención médica en la salud de sus afiliados, preferentemente se dediquen a la búsqueda de los responsables para el pago o no pago de las indemnizaciones o beneficios, contraviniendo las leyes expresa y normas constitucionales que consagra derechos y garantías a las personas, el acto administrativo constante en el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, así como la Resolución No. 32001700-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.N.P. dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, cuya legitimidad ha sido impugnada, no cumplen con el requisito de la motivación como la ley lo exige ya que del contenido del mismo, nada dice respecto de los hechos, cuando por lo menos debió transcribirse parte de la investigación respecto de las circunstancias que motivó el accidente, más por el contrario en términos generales afirma que existe responsabilidad patronal a la compañía Hidalgo e Hidalgo S.A., por inobservancia de las medidas preventivas en el trámite de Riesgos del Trabajo y se fundamenta en falta de aplicación de la siguiente normativa nacional en materia de seguridad y salud, artículos 436 y 441 del Código de Trabajo; Decreto 2393; artículos 11

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

(numerales del 01 al 10) 15 (numerales 01 y 02) 16 del Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Ambiente de Trabajo; 47 y 57 (numeral 1) del Reglamento de Seguridad para la Construcción y Obras Públicas; 44 del Reglamento General del Seguro de Riesgos del Trabajo; y, Resolución 741 del IESS, tornándose en insuficiente la motivación, que en definitiva es una manera de dejar en indefensión a la administración, incumpliendo con lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Modernización y el art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a esa fecha que dice "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se hayan fundado, y si no explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente. De los recaudos procesales aparece que el empleador cumplió con sus obligaciones legales y reglamentarias, ya que no existe norma ni retardo en el pago de los aportes, hizo a tiempo el aviso de accidente de trabajo, trasladó al trabajador de forma inmediata para que reciba oportuna atención médica; y es evidente que la eventualidad del accidente de trabajo producido no determina ninguna forma de incumplimiento de las obligaciones patronales de la empresa actora. Sin que sea necesario hacer otras consideraciones, la Sala **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERADO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** aceptando la demanda declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, se deja sin efecto legal la responsabilidad patronal establecida en contra de la actora. Sin costas. **Notifíquese.**

f) Dra. Sabett Chamoun Villacres, Jueza Encargada; Dr. Patricio Secaira Durango, Juez; Dr. Carlos Abad Garces, Juez Subrogante.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 8 de septiembre de 2015. Las 16h00.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados como jueces nacionales, el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 04-2012, de 25 de enero de 2012, y la Abg. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura No. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014; y, las Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, de integración de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta del sorteo electrónico de 8 de enero del 2013 que consta en el proceso.- El Ec. Fernando Heriberto Guijarro Cabezas en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro del juicio contencioso administrativo seguido por el Ing. Juan Francisco Hidalgo Barahona en su calidad de Presidente y representante legal de la compañía HIDALGO E HIDALGO S.A., signado en la Corte Nacional de Justicia con el No. 311-2012, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida el 7 de julio del 2010, 10h01, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, que resolvió aceptar la demanda, declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado y dejar sin efecto legal la responsabilidad patronal establecida en contra de la parte actora. El Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de admisión de 11 de diciembre de 2012, acepta a trámite el recurso de casación respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo referente únicamente al cargo hecho por el recurrente de errónea interpretación de los artículos 31 de la Ley de Modernización del Estado y 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador. En lo principal, el recurrente fundamenta su recurso con el argumento de que: *"...el Acuerdo impugnado de la Comisión Nacional de Apelaciones se encuentra legalmente motivado,....para dictar el correspondiente Acuerdo, se fundamento (sic) en los informes de accidentes de trabajo antes enunciados, y que dio lugar a que la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General*

de Riesgos del Trabajo, resuelva aplicar la Responsabilidad Patronal por incumplimiento de medidas preventivas de la compañía HIDALGO & HIDALGO S.A. y confirmado tanto por la Comisión de Provincial de Prestaciones y Controversias, y Comisión Nacional de Apelaciones,...". Corrido traslado el recurso y presentada la contestación por el actor de la causa, pedidos los autos para resolver, 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 Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, en la sentencia recurrida resolvió: *"...aceptando la demanda declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, se deja sin efecto legal la responsabilidad patronal establecida en contra de la actora.",* bajo el argumento principal señalado en el considerando sexto de la sentencia que dice: *"...en el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, así como la Resolución No. 32001700-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.NP, dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, cuya ilegitimidad ha sido impugnada, no cumple con el requisito de la motivación como la ley lo exige ya que del contenido del mismo, nada dice respecto de los hechos, cuando por lo menos debió transcribirse parte de la investigación respecto de las circunstancias que motivó el accidente, mas por el contrario en términos generales afirma que existe responsabilidad patronal a la Compañía Hidalgo e Hidalgo S.A., por inobservancia de las medidas preventivas en el trámite de Riesgos del Trabajo y se fundamenta en falta de aplicación de la siguiente normativa nacional en materia de Seguridad y salud,... ...tornándose en insuficiente la motivación, que en definitiva es una manera de dejar en indefensión a la administración, incumpliendo con lo dispuesto en el Art. 31 de la Ley de Modernización y el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a esa fecha...De los recaudos procesales aparece que el empleador cumplió con sus obligaciones legales y reglamentarias, ya que no existe norma ni retardo en el pago de los aportes, hizo a tiempo el aviso de accidente de trabajo, traslado al trabajador de modo inmediato para que reciba oportuna atención médica; y es evidente que la eventualidad del accidente de trabajo producido no determina ninguna forma de incumplimiento de las obligaciones patronales de la Empresa actora.".*

TERCERO.- 3.1. El recurrente bajo la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa que existe en la sentencia errónea interpretación de la norma constitucional contenida en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998; y, el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, que trata de la motivación, y manifiesta que: *"...el Acuerdo No. 05 0471 C.N.A., dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones, es el resultado de todo un procedimiento administrativo, basado principalmente en los informes de investigación del Accidente de Trabajo presentado por la Ing. M. Gracia Calisto Ramírez, Jefe del Departamento de Riesgos de Trabajo R-1, de 23 de junio del 2003. Del informe de Investigación Accidente de Trabajo suscrito por el Dr. Marcos Zambrano C. Psicólogo Industrial, de 25 de julio del 2003; del Acta de la Comisión de Valuación de Incapacidades;...",* por lo que dicho Acuerdo se encuentra legalmente motivado. **3.2.** El Art. 24, numeral 13 de la Constitución Política vigente a la época, establecía: *"Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.",* así como el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado que establece: *"Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.".* **3.3.** Por tanto, una resolución para cumplir con las normas transcritas, debe, en primer lugar, indicar los presupuestos de hecho, segundo, las normas o principios jurídicos en que funda su decisión y tercero, el razonamiento jurídico, la explicación jurídica de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. En la especie, el Tribunal de instancia, para declarar la ilegalidad de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, la Resolución No. 32001700-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias

de Pichincha; y, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C..NP,. dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, entre otras cosas dice: "SEXTO.- *... no cumple con el requisito de la motivación como la ley lo exige ya que del contenido del mismo, nada dice respecto de los hechos, cuando por lo menos debió transcribirse parte de la investigación respecto de las circunstancias que motivó el accidente, mas por el contrario en términos generales afirma que existe responsabilidad patronal a la Compañía Hidalgo e Hidalgo S.A., por inobservancia de las medidas preventivas en el trámite de Riesgos del Trabajo y se fundamenta en falta de aplicación de la siguiente normativa nacional en materia de Seguridad y salud…".* Luego, en el mismo considerando agrega: *"…De los recaudos procesales aparece que el empleador cumplió con sus obligaciones legales y reglamentarias, ya que no existe norma ni retardo en el pago de los aportes, hizo a tiempo el aviso de accidente de trabajo, traslado al trabajador de modo inmediato para que reciba oportuna atención médica; y es evidente que la eventualidad del accidente de trabajo producido no determina ninguna forma de incumplimiento de las obligaciones patronales de la Empresa actora.".* En síntesis, para el Tribunal de instancia, no existe la motivación determinada por la norma constitucional enunciada.

CUARTO.- Revisadas las resoluciones que aparecen tanto del expediente administrativo que sí ha sido remitido por la Institución demandada, así como de las copias notariadas, que constan en el proceso de instancia a fojas 5, 7 y 9, se puede constatar que en la Resolución No. 32001700-283 de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha (fojas 7), contiene los antecedentes de hecho al referirse que: *"del informe del Análisis de Investigación del Accidente de Trabajo de 2003-07-25, presentado por el Doctor Marco Zambrano C., Psicólogo Industrial señala que el afiliado MOPOSITA RODRIGUEZ CESAR ALFREDO presenta incapacidad permanente total: "Amputación de miembro inferior izquierdo a nivel del tercio medio de femur", por inobservancia de la siguiente normativa nacional en materia de Seguridad y Salud, Artículos 436 y 441 del Código de Trabajo;...",* y de igual manera en el Acuerdo No. 05 0471 C.N.A de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS (fojas 5), en su considerando 5 se señala que: *"El presente caso, según la investigación del accidente se concluye que el asegurado sufrió un accidente de Trabajo a causa de inobservancia de las medidas de prevención por parte de la empresa, la que no cuenta con un Reglamente de Seguridad e Higiene según lo dispone el artículo 441 del Código de Trabajo, siendo la incapacidad la señalada en la Resolución 741 del ex Consejo Superior del IESS por pérdida o disminución funcional del miembro.".* Así mismo de fojas 77 a 80 del expediente administrativo consta el Informe de Investigación de Accidente de Trabajo suscrito por el Dr. Marcos Zambrano C. Psicólogo Industrial, Investigador de Riesgos de Trabajo, que en la casilla No. 4.2.3 de Déficit de Gestión desarrollados, señala que: *"4.2.3.1. Normas de gestión administrativas – La empresa CIA. HIDALGO E HIDALGO S.A. a través de su personero Sr. Eduardo Vásquez, Jefe de Personal en el momento de la entrevista no presenta el Reglamento Interno de Seguridad e Higiene, por lo que presumo que no lo tiene o no está actualizado conforme lo estipula el Art. 441 del Código de Trabajo....";* en tal virtud, revisado que ha sido tanto el expediente administrativo como el proceso de instancia no consta que se haya presentado dicho Reglamento que justifique su existencia, y más por el contrario en el Acuerdo de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, si hace referencia en su considerando 5 que la empresa no cuenta con un Reglamento de Seguridad e Higiene según lo dispone el art. 441 del Código de Trabajo entre otras, en las que se fundamenta la responsabilidad patronal por incumplimiento de las medidas preventivas. Por lo manifestado, el Tribunal A quo efectivamente ha hecho una errónea interpretación del numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998 y 31 de la Ley de Modernización el Estado. Por estas consideraciones, éste 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,** casa la sentencia y se declara válidos los actos administrativos contenidos en el Acuerdo No. 050471 dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, la Resolución No. 32001700-183 emanada de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha; y, el Acuerdo de Responsabilidad Patronal No. 020-2004-C.NP, dictado por la Comisión Nacional de Prevención del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, por el que se estableció la responsabilidad patronal a la Compañía Hidalgo

e Hidalgo S.A.- Actúa la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora, conforme acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio del 2015.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, Jueza Nacional; Dr. Pablo Tinajero Delgado, Juez Nacional; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 22 de septiembre del 2015. Las 11h40.

VISTOS: EL señor Eduardo Vinicio González Andrade, en su calidad de Gerente General de GEMADEMSA S.A. empresa que ejerce las funciones de Gerente General de la compañía HIDALGO & HIDALGO S.A. conforme los documentos que adjunta, comparece ante ésta Sala y manifiesta en lo principal que: *"...me permito dejar expresa constancia que mi representada tiene ya debidamente cancelados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS los valores correspondientes a la "liquidación de deuda por responsabilidad patronal" y "atención médica brindada" por el IESS al asegurado, según consta en el expediente, específicamente en los documentos y comprobantes de pago agregados en virtud del numeral 15 de mi escrito de pruebas ingresado el 6 de mayo del año 2008."*. A efecto de resolver lo pertinente se considera: **PRIMERO.-** De conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil: *"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 artículo 282 ibídem señala: *"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 la especie cabe mencionar que lo manifestado por el señor Eduardo González Andrade no constituye ninguno de los recursos horizontales previstos en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil contra la sentencia dictada por ésta Sala, por lo que resulta improcedente tal constancia; esto, sin perjuicio del derecho de los litigantes para presentar los escritos que creyeren convenientes ante el Tribunal A quo, a cuyo cargo corresponde la ejecución de la sentencia dictada por ésta Sala Especializada de la Corte Nacional.- Tómese en cuenta los correos electrónicos dzarate@heh.com.ec y mpadilla@heh.com.ec señalados por el Gerente General de la compañía HIDALGO & HIDALGO S.A. para recibir sus notificaciones dentro de la presente causa. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución Nro. 259-2015
Juicio Nro. 44-2013

Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General de la Compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A., en contra del Director General del Servicio de Aduana del Ecuador.- Impugnación a Rectificación de Tributos

SÍNTESIS

El Gerente General de la Compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A. misma que fue absorbida por la Compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DXFAFE S.A presenta la demanda por la rectificación de tributos, en razón de que la clasificación arancelaria declarada supuestamente no es la correcta, El Tribunal Distrital de lo Fiscal Nro. 2 con sede en Guayaquil Tercera Sala, luego de resolver el auto de nulidad establecido por la Sala de Conjueza y Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia resuelve declarar con lugar la demanda de impugnación. El Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, fundamentó el recurso de casación en la causal primera y causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjuezas y Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad, del recurso en referencia, únicamente por la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación. Habiendo sido declara nula la sentencia por parte de la Sala de Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia por falta de motivación, en la sentencia de mérito expedida se resolvió declarar sin lugar la demanda interpuesta y confirmar la legitimidad y validez jurídica de la Resolución expedida por el Gerente General de la CAE dentro del reclamo administrativo que contiene la Rectificación de Tributos.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2009-0897

Juez Ponente: Dr. Jorge Hernández Poveda

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL No. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL TERCERA SALA. Guayaquil, jueves 4 de agosto del 2011, las 11h10.

VISTOS: La Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 avoca conocimiento del presente juicio en estado de Sentencia.- A foja 14 de los autos comparece el Sr. Elías Alberto Miño Lucero, Gerente General de la Compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A., presentando demanda de impugnación, en los siguientes términos'. "Fundamentos de Hecho: Mi representada fue notificada con la Rectificación de Tributos NOP-G55-96-12-06-3217, por el valor de US $24,294.05, por parte efe la CAE, la misma que contiene la base legal siguiente: "Se procede a la Rectificación de Tributos, en razón de que la clasificación arancelaria declarada no es la correcta, siendo la partida correcta 216907200 para el Ginsavit... y 2106907300 para el Maxivit...". La aludida rectificación hace referencia a una importación realizada por mi representada mediante DAU No. 12166513 con refrendo No. 055-2GG6-10-029352-3, presentada en la Gerencia Distrital de la CAE de Quito, con fecha de pago 1 de Agosto del 2006 de los productos GINSAVIT y MÍXAVIT, los mismo me se encuentran correctamente clasificado en la sub partida 3004.90.29.00 y 3004.50.10.00 respectivamente, como medicamento de uso humano como han sido calificados por el organismo competente que es el Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud Pública.- Fundamentos de Derecho y Petición Concreta: Con los antecedentes expuestos, acudo ante vosotros para interponer formalmente Acción Contenciosa-Tributaria de impugnación, y en for-

ma expresa, solicitar que de conformidad con la competencia atribuida al Tribunal Distrital Fiscal en el Art. 220 numeral 3 y 4 del Código Tributario, en concordancia con el Art. 79 segundo inciso de la Ley Orgánica de Aduanas, se sirvan DEJAR SIN EFECTO la Resolución NCGGN_DRR_RE-0581 notificada el 18 de abril del 2007, dictada por el Eco. Santiago León Abad, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del Reclamo Administrativo de Impugnación a Rectificación de Tributos No. 0035-2007, y en consecuencia se ordene dejar sin efecto la rectificación impugnada, disponiendo fiarla de baja de la contabilidad fiscal de Ja CAE.- Autoridad Demandada: Es el señor Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, quien emitió la resolución impugnada a quien se lo citará con el contenido de esta demanda y auto en ella recaído, en su respectivo lugar de trabajo, esto es en el km. 4 de la avenida 25 de Julio de esta ciudad de Guayaquil, en el edificio de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Es la suma de la rectificación de tributos USD $ 24,294.05 (veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro 05/100 dólares de los Estados Unidos de América). (Fojas 42). En providencia del 18 de julio del 2007 a las 15h43, por reunir los requisitos legales se admite a trámite la demanda, misma en la que se ordena citar al señor Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Mediante escrito presentado por el abogado Carlos Augusto Muñoz Galarza, Procurador Fiscal cíe 3' de Septiembre del 2007 a las 11h13, (sic) al mismo que anexa 97 fojas útiles, cargo que respalda con oficio-nombramiento No. GGN-GAT-DJT-OF-3596, del 31 de agosto del 2007. Comparece para contestar la demanda de impugnación con los numerales primero, segundo tercero y cuarto. En providencia del T7 de octubre del 2008 a las 09h08, se recibe la causa prueba por el término común de 10 días, conforme lo determina el art. 257 del Código Tributario. Practicadas las pruebas por las partes, el 5 de julio del 2011 a las 15h39, se declara vencida la estación probatoria y se pide los autos para resolver y para hacerlo se considera. **PRIMERO.-** La competencia para conocer la presente demanda de acción directa de pago indebido, inicialmente sustanciada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, está dada por el art. 220 (ex 234) numeral del ó (sic) 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 del 200p (sic), correspondiendo e (sic) 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. **TERCERO.-** En escrito de prueba presentado por el señor Elías Alberto Miño Lucero, Gerente General de la compañía Julpharma del Ecuador S.A., el 54 de noviembre del 2008 a las 17h05 solicita que se tenga a favor de su representada lo expresado en escrito: "1) Que se tenga como prueba a mi favor, todo cuanto del expediente me fuere favorable, en lo principal mi escrito de reclamo con todos su fundamentos de hecho y de derecho y los documentos adjuntos. 2) Que se tenga por impugnado y objetado en si legalidad todo cuanto del expediente me fuere adverso, en lo principal: a)... y b)... 3) Q (sic) se considere como prueba contundente a mi favor la lista de medicamentos emitida por el Ministerio de Salud Pública, publicada en el Registro Oficial N° 14 del 14 cíe febrero del 2002 (sic) (que a criterio institucional de la CAE es 1a vigente a la presente fecha), (sic) la misma que en su página 68 contiene específicamente los productos Ginsavit y Mixavit registrados a nombre de mi representada, lo que inobjetablemente les da la categoría de medicamentos y, desvanece los fundamentos de las rectificaciones de tributos impugnadas. 4) Que se considere como prueba a mi favor el oficio GGAS-UCA-OF-No. G0536" de 1 24 de abril del 2007, (sic) suscrito por el lag. Walter Segovia, gerente de gestión aduanera, que consta en el expediente administrativo de impugnación No. 0035-2007. 5) Que se reproduzca como prueba a mi favor los certificados de registro sanitario y las certificaciones del Instituto Nacional de Higiene (entidad competente), que constan en el expediente administrativo de impugnación No. 0035-2007, en los que expresamente se especifica la categoría de medicamentos extranjeros de venta libre, tanto del Gisavit como del Maxivit, basados en los porcentajes de dosis diarias recomendadas, según las normas farmacológicas y que por tanto corresponden inobjetablemente a Especialidades Farmacéuticas '7'.- (sic) Mediante escrito presentado por el señor Julio César Antonio Ocaña Morrera, representante de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana BIFARE S.A., del 11 de febrero del 2011 a las 17h36, en el que hace mención de la fusión por absorción de la compañía Julpharma del Ecuador S. A. (absorbida) y Difarngva, (sic) adjuntan 74 fojas útiles que son

copias de mencionado acto societario. **CUARTO.-** En escrito presentado por la abogada Teresa Quintero Cabrera, Procuradora Fiscal de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, del 5 de noviembre del 2008 a las 17h44, cargo que justifica con oficio No. GGN-GAJ.DJT-OF-4258 el 24 de octubre 2008, adjunta fotocopias, certificadas, mismas que se considerarán como prueba al momento de resolver y solicita que se tenga a favor de su representada lo expresado en escrito: "Primero: Que, se reproduzca a nuestro favor todo lo que de autos nos fuere favorable, en especial la contestación dada a la demanda de fecha 3 de septiembre del 2007 a las 11h13 am; y por impugnado redargüido de falso y objetado en su legitimidad lo desfavorable o adverso en cuanto hubiere lugar en derecho. Segundo: Que se tenga por tachado, rechazo y objetado en su legitimidad todas y cada una de las pruebas presentadas y por presentarse por parte de la actora en la presente causa. Tercero: Que se reproduzca a nuestro favor lo establecido en el inciso primero del art. 82 del Código Tributario. Cuarto: Que se reproduzca a nuestro favor lo determinado en el art. 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, concordante con el art. 68 m E7 y siguientes del Código Tributario lo que demuestra la facultad determinadora que posee la Corporación Aduanera Ecuatoriana como administración tributaria. **QUINTO**.- Que se reproduzca a nuestro favor la Resolución dictada por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del reclamo administrativo de impugnación No. 0035-2007. **SEXTO**.- Que se reproduzca a nuestro favor la rectificación de tributos No. P-055-06-12-06-321T/- Y se tomará en cuenta el numeral séptimo y octavo al momento de resolver. Por estas consideraciones, la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2. **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 de impugnación propuesta por el señor Elías Alberto Miño Lucero, en calidad de gerente general de la Compañía Julfharma del Ecuador S.A., misma que fue absorbida por la Compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DXFAFE S.A., por lo que se ordena dejar sin efecto la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581 productor de rectificación de tributos NC'OS'J-20Ü7 (sic) y se le dé de baja de la contabilidad fiscal de la anteriormente CAE, actualmente Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. Sin costas ni honorarios que liquidar. **Cúmplase y notifíquese.**
f) Sin datos.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2009-0897

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL No. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL. TERCERA SALA. Guayaquil, vienes 7 de diciembre del 2012, las 16h38.
VISTOS: En mérito de la razón actuarial que antecede, la Sala avoca conocimiento del presente juicio, devuelto por la Sala de Conjueza y Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, donde se encuentra la sentencia dictada el 30 de octubre del 2012 las 08h35, en donde se declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la foja 270 de los autos, en razón que ésta Tercera Sala del Tribunal Fiscal, en decreto dictado el 20 de septiembre del 201, declaró la nulidad de lo actuado a partir de fojas 251, afectando el auto, en el cual se niega la petición de ampliación formulada por la Compañía actora, indicando que antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación presentado por el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, se debió resolver la petición de ampliación, provocándose por dicha omisión la violación del trámite correspondiente conforme lo dispone el art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, pues la falta de pronunciamiento de la Sala respecto al recurso horizontal de ampliación es una violación de trámite que influye en la decisión, al respecto y en cumplimiento a la declaración de nulidad, y referente a la ampliación solicitado por la parte actor, se indica lo siguiente: 1) A fojas 241 de los autos, consta el escrito presentado por; Julio César Antonio Ocaña Moreira, p.l.d.q.r. de la Compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., en donde solicita ampliación de la sentencia, y con dicho escrito se dispuso oír a la contraparte por 72h00 horas. 2) La parte demandada, mediante escrito presentado el 29 de agosto del 2011 contestó el traslado. 3) La Sala para resolver la ampliación

de la sentencia considera lo siguiente: a) Sobre el punto No. 1o). Se amplía la parte dispositiva de las sentencia dictada dentro de la presente causa, haciendo constar expresamente que se da de baja de la contabilidad fiscal a la rectificación de tributos No. P-055-06-12-06-3217 como consecuencia de haberse dejado sin efecto el acto administrativo impugnado contenido en la resolución No. GGN-DRR-RE-0581 tal como se resuelve en sentencia; b) Sobre el punto 2º) la Sala amplía la parte expositiva en los siguientes términos: De autos consta la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581. Dictado por el Gerente general de la CAE, materia de la presente impugnación, en cuyo literal b) del considerando octavo manifiesta que: "...Por lo tanto hasta que no se publique el Registro Oficial, el listado actualizado de los nuevos medicamentos, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, se acogerá al listado de medicamentos publicado en el Registro Oficial No. 514 del 14 de febrero de 2002...". Al respecto, es menester traer a consideración que en el numeral 3 del considerando TERCERO de la sentencia dictada por esta Sala, se ha indicado, que en el Registro Oficial No. 514 de fecha 14 de febrero de 2002, en la página 68 aparecen como medicamentos de uso humano, los productos (GINSAVIT y Mixavit) publicados en el listado de medicamentos de uso humano mediante acuerdo No. 001 emitido por el Ministerio de Salud Pública, en consecuencia resulta contrario a derecho la disposición contenida en el literal b) del considerando OCTAVO transcrito, para no considerar como medicamentos a los productos (GINSAVIT y MIXAVIT), porque si constan expresamente determinados como tales, por esta razón se clasifican en las subpartidas No. 3004.90.29.00 y 3004.5010.00 respectivamente, c) Sobre el punto tres, la Sala amplía la parte expositiva señalando, que en el acuerdo No. 001 referido anteriormente, se contemplan como considerandos: "...Que el artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece cuáles son las transferencias e importaciones con tarifa cero, y en su numeral 6 se refiere a los medicamentos constantes dentro de la publicación que deber realizarla el Ministerio de Salud Pública. Que mediante memorando No. SCF-10-07, la Dirección Nacional de Control Sanitario da a conocer al Despacho Ministerial el listado de los productos considerados como medicamentos, para aplicación de la norma antes citada; y, en uso de las atribuciones y facultades establecidas en la ley, Resuelve: Art. 1. Publicar el listado oficial de medicamentos de uso humano, mismo que consta adjunto a esta resolución. Art. 2 En aplicación del artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los productos detallados en el listado adjunto son considerados medicamentos de uso humano y, por tanto, sus transferencias e importaciones se encuentran gravadas con tarifa cero…" De lo transcrito claramente se puede determinar que el organismo competente facultado por ley para calificar los productos como medicamentos de uso humano exclusivamente le corresponde al Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud más no la Ex Corporación Aduanera Ecuatoriana tal aserto ha sido confirmado por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Ex Corte Suprema de Justicia mediante sentencia dictada el 20 de octubre de 2006 dentro del juicio de impugnación No. 23005, en lo demás estese a lo resuelto en sentencia **Notifíquese**
f) Sin datos.

AUTO

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL No. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL. TERCERA SALA: Guayaquil, martes 20 de septiembre del 2011, a las 11h51. VISTOS: Mediante providencia del miércoles 24 de agosto del 2011, la Sala provee la solicitud de ampliación de la sentencia presentada por el actor, disponiéndose oír a la contraparte por 72 horas; pero no se pronunció sobre la nueva casilla judicial 3833 del Ab. Carmelo Mendoza Zambrano y la autorización otorgada para la defensa en juicio, tampoco sobre hacerle conocer al anterior patrocinador que ha sido sustituido en la defensa según escrito de fecha 10 de agosto del 2011. El Econ. Santiago León Abad, por los derechos que representa del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador dio contestación al Recurso Horizontal de Aclaración y Ampliación mediante escrito de fecha 29 de agosto, es decir dentro del término; la Sala se pronuncia sobre la contestación dada por la Autoridad Tributaria en providencia del 29 de agosto del 2011. En este estado de la causa post sentencia y estando en el nivel de conocer y resolver los recursos Horizontales el actor presenta escrito de echa 2 de septiembre del

2011 señalando que las providencias del Tribunal dictadas a partir de su escrito de aclaración no le han sido notificadas en el casilla 3833 señalada para el efecto. Con el objeto de preservar la validez del proceso y la garantía constitucional del debido proceso la Sala dispone que se notifique la providencia del 24 de agosto del 2011 a las partes tomando en consideración la nueva casilla judicial del actor No. 3833 declarándose la nulidad de todo lo actuado a partir de fojas 251. En todo caso se aclara que la providencia del 24 de agosto de 2011 se la amplía en cuánto a la casilla judicial en que debe notificarse al actor, la consideración del nuevo defensor y la sustitución del anterior para los fines....(sic).

f) Sin datos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, jueves 28 de mayo del 2015, las 14h52.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Econ. Xavier Cárdenas Moncayo, en calidad de Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en contra de la sentencia de 4 de agosto de 2011, las 11h10, dictada 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. 0897-2009, deducido por el señor Elías Alberto Miño Lucero, Gerente General de la compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A. (actual DIFARE S.A.), en contra del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (actual SENAE).

I. ANTECEDENTES

1.1.- Mediante escrito de 3 de enero de 2013, el señor Econ. XAVIER CÁRDENAS MONCAYO, en calidad de Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, fundamentó el recurso de casación en las causales **primera y quinta** del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia recurrida se infringieron las siguientes normas de derecho:

1.1.1.- Causal primera: a) Falta de aplicación de los artículos 4, 5 y 53 de la Ley Orgánica de Aduanas publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 219 de noviembre 26 de 2003; **b)** Falta de aplicación del artículo 1 del decreto ejecutivo No. 2429 "Arancel Nacional de Importaciones", publicado en el Registro Oficial Suplemento de abril 3 de 2002 y de su anexo respectivo; **c)** Falta de aplicación de la regla segunda contenida en el artículo 18 y el artículo 32 del Código Civil; y, **d)** Falta de aplicación de los artículos 68 y 90 del Código Orgánico Tributario.

1.1.2.- Causal Quinta: a) Falta de aplicación del artículo 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República; **b)** Falta de aplicación del artículo 273 de la Codificación del Código Orgánico Tributario; y, **c)** Falta de aplicación del artículo 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.2.- Con relación a la **causal primera,** alegó que la sentencia inaplica el art. 5 de la Ley Orgánica de Aduanas, que define la potestad aduanera como un conjunto de derechos y atribuciones otorgados legalmente a la Administración Aduanera de manera privativa; que también inaplica el artículo 4 ibídem ya que el fallo desconoce que entre los servicios aduaneros se encuentra tanto la verificación como la liquidación y recaudación tributaria; además, que inaplica el artículo 53 ibídem, que confiere la competencia expresa al Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para verificar aleatoriamente las declaraciones aduaneras, y determinar si la liquidación adolece de errores en contra o a favor de los sujetos de la obligación, en el plazo de tres años desde el pago de los tributos al comercio exterior, lo que se encuentra relacionado con los artículos 68 y 90 del Código Orgánico Tributario, de los cuales se infiere la facultad determinadora de la obligación tributaria, como el conjunto de actos a fin de establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y de la cuantía del tributo, normas que han sido inaplicadas; que según el texto de la partida 3004, exige la existencia de un elemento teleológico, que consiste en que el producto que se encuentre dentro de esta clasificación sea elaborado con fines terapéuticos o profilácticos, dicho texto se encuentra en el anexo al artículo 1 del decreto ejecutivo No. 2429 "Arancel Nacional de Importaciones", publicado en el Registro Oficial Suplemento de abril 3 del 2002 y de su anexo respectivo que también fue inaplicado; y, que ha inaplicado el artículo 82 del Código

Orgánico Tributario ya que ha declarado con lugar la demanda del contribuyente sin destruir esta presunción *iuris tantum,* pues la sentencia, no contiene valoración de la prueba, en contrario al artículo 32 del Código Civil, para desvirtuar dicha presunción.

1.3.- En cuanto tiene que ver con la **causal quinta,** alegó que la sentencia carece de motivación, de la que se pueda inferir las razones jurídicas que supuestamente asisten al accionante para que su demanda sea declarada con lugar; que tanto la Constitución en su artículo 76, número 7 letra l), así como el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 130 número 4, coinciden en señalar que las resoluciones judiciales deben ser motivadas y de manera concreta el artículo 273 del Código Orgánico Tributario; que *"… la litis se trabó sobre la legalidad de la rectificación de tributos P-055-06-12-06-3217 y de la resolución No. GGN-DRR-RE-0581 emitida por el entonces Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, mediante la cual se resuelve sin lugar el reclamo administrativo presentado por el contribuyente contra la aludida rectificación. No existe pronunciamiento concreto alguno sobre la existencia u omisión de algunos de los elementos constitutivos de los actos administrativos cuestionados, ni sobre vicios en ellos que acarreen su nulidad o su anulabilidad. Es decir, se observa una falta de aplicación del artículo 273 del Código Orgánico Tributario";* que, la resolución de la Sala de instancia, se limita a transcribir las enunciaciones probatorias sin hacer una reflexión o valoración al respecto; así como carece del análisis oportuno de las normas jurídicas aplicables a la cuestión, por lo que, la sentencia sufre de un vicio de nulidad insubsanable, como es la falta de motivación, omisión que es condenada por la Constitución en su artículo 76, número 7, letra l); por el artículo 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por el artículo 273 del Código Orgánico Tributario.

1.4.- Por auto de 29 de mayo de 2013, las 08h15, la Sala de Conjueza y Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad, del recurso en referencia, únicamente por la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación, por el cargo de falta de motivación de la sentencia; ordenando se corra traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el art. 13 de la misma Ley.

1.5.- El Sr. Julio César Antonio Ocaña Moreira, en calidad de Gerente General y por tanto representante legal de la compañía DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S. A., que absorbió por fusión a las compañías DIFARNOVA S.A., y JULPHARMA DEL ECUADOR S.A.; dentro de tiempo (fs. 13-20 del cuadernillo de casación) presenta la contestación al recurso, respecto de la causal quinta, única causal calificada en la admisibilidad del recurso, en los siguientes términos: Que en relación a esta alegación, es pertinente informar que la Sala *A quo,* en cada uno de los considerandos de la sentencia, señaló de forma expresa, clara e inequívoca las normas de derecho que han llevado a los jueces a emitir el fallo que ha sido recurrido, para lo cual dentro de los considerandos primero y segundo, se ha procedido a verificar la competencia de la Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 220 del Código Tributario; que en los considerandos tercero y cuarto, se enuncia clara y coherentemente las pruebas aportadas en las cuales la Sala fundamentó el fallo, haciendo efectivas las garantías constitucionales del debido proceso, por lo que, se puede colegir que la causa ha sido tramitada con apego a las normas tributarias y de procedimiento aplicables al caso; que adicionalmente el Tribunal *A quo* se pronunció en el auto de ampliación de la sentencia, insistiendo respecto a la aplicación del numeral 6 del artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que dispone que las transferencia e importaciones de medicamentos de uso humano se encuentran gravadas con tarifa cero y que el organismo facultado para calificar los productos como medicamentos de uso humano, exclusivamente le corresponde al Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud, y no a la Ex Corporación Aduanera Ecuatoriana; que el recurso incumple con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Casación, pues, no individualiza y vincula las causales enunciadas con los fundamentos fácticos y de derecho expuestos.

1.6.- El Tribunal *A quo* en la sentencia recurrida, *"…declara con lugar la demanda de impugnación propuesta por el Sr. Elías Alberto Miño Lucero, en calidad de Gerente General de la Compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A., misma que fue absorbida por la Compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., por lo que se ordena dejar sin efecto la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581 producto de la Rectificación de Tributos No 035-2007 y se le dé de baja de la contabilidad fiscal de la anteriormente C.A.E., actualmente Servicio Nacional de Aduana del Ecuador...".*

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta en el proceso y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y articulo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- 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.

IV. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

4.1.- El recurrente, según el auto de admisibilidad parcial del recurso de casación, formula el siguiente cargo, en contra de la sentencia dictada por la Tercera Sala del Tribunal Distrital lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil.

Cargo único: "Falta de aplicación" de los artículos: 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República; 273 del Código Orgánico Tributario; y, 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, esto es por falta de motivación de la sentencia (causal quinta).

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

5.1.- 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.

5.2.- El recurrente invoca la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación, que textualmente señala: *"5. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles". Al respecto.* El Dr. Santiago Andrade Ubidia sostiene que la causal 5 *"... prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos en la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva; debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo...".* (Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pp. 135-136).

5.3.- El principal cuestionamiento que formula el recurrente en contra de la sentencia de instancia es la falta de aplicación del art. 76, número 7 letra l) de la Constitución de la República, por falta de motivación de la sentencia, disposición constitucional que es concordante con lo dispuesto en los arts. 273 del Código Tributario y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que esta Sala Especializada deberá determinar si ello ocurre, dado el efecto de nulidad previsto en la norma constitucional, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

5.3.1. La Constitución de la República en el art. 76, número 7, letra l) dispone 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".* Disposición constitucional que da cuenta de la trascendencia de la motivación en las sentencias y del efecto que produce su incumplimiento. Por su parte, el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, dice: *"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 acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos".* El art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, a su vez dispone: *"Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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".

5.3.2. Motivar, a la luz del desarrollo jurisprudencial establecido por la Sala, consiste en la operación lógica de confrontar con suficiencia los hechos controvertidos con el derecho aplicable, pues la motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. La motivación de la sentencia es uno de los elementos fundamentales en el control de la legalidad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

5.3.3. Revisado el contenido de la sentencia, así como su ampliación, dictadas por la Sala de instancia, se advierte que la Sala juzgadora en su sentencia de 4 de agosto de 2011, las 11h10, no exterioriza los motivos de su decisión ni justifica de una manera racional y lógica la conclusión jurídica la que llega, pues se limita a realizar la transcripción de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y su contestación, y a la transcripción de las pruebas actuadas por las partes. Por otra parte, en el auto de ampliación de la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2012., las 16h38, el Tribunal *A quo* manifiesta: *"... la sala amplia la parte expositiva en los siguientes términos: De autos consta la Resolución No. GGN-DRR-RE-058, dictada por el Gerente General de la CAE, materia de la presente impugnación, en cuyo literal b) del considerando octavo manifiesta que: "...Por lo tanto, hasta que no se publique el registro oficial, el listado actualizado de los nuevos medicamentos publicado en el Registro Oficial No. 514 del 14 de febrero de 2002..." Al respecto, es menester traer a consideración que en el numeral 3 del considerando TERCERO de la sentencia dictada por esta Sala, se ha indicado, que en el Registro Oficial No. 514 de 14 de febrero de 2002, en la página 68 aparecen como medicamentos de uso humano los productos (GINSAVIT Y MIXAVIT), publicados en el listado de Medicamentos de Uso Humano, mediante acuerdo No. 001 emitido por el Ministerio de Salud Pública, en consecuencia resulta contrario a derecho la disposición contenida en el literal b) del considerando OCTAVO transcrito, para no considerar como medicamentos a losproductos (GINSAVIT Y MIXAVIT), porque si constan expresamente determinados como tales, por esta razón se clasifican en las subpartidas No. 3004.90.29.00 y 3004.50.10.00 respectivamente. C) Sobre el punto Tres, la Sala amplia la parte expositiva señalando, que en el acuerdo No. 001 referido anteriormente, se contemplan como considerandos: "…Que el artículo 54 de la Ley de Régimen tributario Interno establece cuales con las transferencias e importaciones con tarifa cero, y en su numeral 6 se refiere a los medicamentos constantes dentro de la publicación que debe realizarla el Ministerio de Salud pública; Que mediante memorando No. SCF-10-07, la Dirección Nacional de Control Sanitario da a conocer el Despacho Ministerial el listado de los productos considerados como medicamentos, para la aplicación de la norma antes citada; y, en uso de las atribuciones y facultades establecidas en la ley, Resuelve: Art. 1.- Publicar el listado Oficial de Medicamentos de Uso Humano, mismo que consta adjunto a esta resolución. Art. 2.- En aplicación del artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los productos detallados en el listado adjunto son considerados medicamentos de Uso Humano y, por tanto, sus transferencias e importaciones se encuentran gravadas con tarifa cero…" De lo transcrito claramente se puede determinar que el Organismo Competente facultado por ley para calificar los productos como medicamentos de uso humano exclusivamente le corresponde al Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud más no la Ex Corporación Aduanera Ecuatoriana tal aserto ha sido confirmado por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Ex Corte Suprema de Justicia mediante sentencia dictada el 20 de octubre de 2006 dentro del juicio de Impugnación No. 23005, en lo demás estese a lo resuelto en sentencia...".* De lo expresado, esta Sala Especializada considera que ni la sentencia ni su ampliación, dictadas por el Tribunal de instancia, realizan un análisis que permita a las partes procesales conocer, de forma clara y precisa, las normas o principios jurídicos en las que basó su decisión; además, no hace referencia a cada una de las alegaciones expresadas por las partes y sus pruebas y cuyo análisis era necesario para la decisión, lo que deja en evidencia la falta de motivación de la sentencia. En consecuencia, el fallo recurrido conforme el art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, adolece de NULIDAD al no cumplir con el requisito de motivación; por tanto, se configura la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación y así se lo declara, por lo que este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde:

VI.- SENTENCIA DE MÉRITO

6.1.- El actor impugna la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581, de 4 de abril de 2007, las 09h22, notificada el 18 de abril del 2007, dictada por el Gerente General de la CAE, dentro del reclamo administrativo No. 035-2007, que contiene la Rectificación de Tributos No. P-055-06-12-06-3217, por el valor de $24,294.05, cuya base legal es la siguiente: *"Se procede a la Rectificación de Tributos, en razón de que la clasificación arancelaria declarada no es la correcta, siendo la partida correcta 2106907200 para el Ginsavit... y 2106907300 para el Mixavit...";* que la aludida rectificación hace referencia a una importación realizada por su representada mediante DAU No. 12166513 con referendo 055-2006-10-029352-3 presentada en la Gerencia Distrital de la CAE de Quito, con fecha de pago 1 de agosto del 2006 de los productos GINSAVIT Y MIXAVIT, los mismos que se encuentran correctamente clasificados en la subpartida 3004.90.29.00 y 3004.50.10.00, respectivamente, como medicamentos de uso humano como han sido calificados por el organismo competente que es el Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud Pública, por lo que al no estar de acuerdo con esta rectificación de tributos procedieron a interponer el reclamo administrativo de impugnación, cuya resolución declaró sin lugar el reclamo.

6.2.- El accionante presentó demanda de impugnación (fs. 14), en contra de la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581 expedida por el Gerente General de la CAE, argumentando: **a)** Que el reclamo inicialmente fue presentado en la Secretaría de la CAE el 8 de febrero del 2007; **b)** Que, mediante providencia de 16 de febrero de 2007, se dispuso completar el reclamo, en el término de 10 días, y mediante providencia notificada el 13 de marzo de 2007, se admitió a trámite el reclamo, abriéndose la causa a prueba por el término de diez días; **c)** Que se debe considerar que, mediante decreto ejecutivo 113, publicado en el Registro Oficial No. 26 de 22 de febrero de 2007, se dispuso que los días lunes 19 y martes 20 de febrero de 2007 del feriado de carnaval, sean recuperados obligatoriamente los días sábado 10 y sábado 17 de marzo de 2007, por lo que los treinta días hábiles que tenía la CAE para notificar la resolución del reclamo, vencieron el 17 de abril de 2007 y que la resolución fue notificada extemporáneamente el 18 de abril de 2007, configurándose el silencio administrativo y la consecuente aceptación tácita del reclamo; **d)** Que, subsidiariamente a lo manifestado, los productos materia de la rectificación impugnada, ya han sido calificados como medicamentos de uso humano previamente por el organismo competente el Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud Pública, lo que le conferiría la clasificación arancelaria de tales, sin que sea competencia de la CAE entrar en mayores análisis que desconozcan la categoría de medicinas de los productos con todas sus prerrogativas; inclusive se debe destacar que los productos materia de la presente controversia al ser considerados como medicamentos extranjeros, se encuentran sujetos a la fijación oficial de precios por parte del Ministerio de Salud, lo que no ocurre con las preparaciones alimenticias a las que se los pretende homologar en su tratamiento tributario; **e)** Que en el considerando octavo de la resolución administrativa dice: *"Nótese que el Acuerdo Ministerial No. 112 del 18 de marzo del 2005 y publicado en el R.O. No. 15 del 11 de Mayo del 2005 en su artículo 1, señala: [...] Por lo tanto, hasta que no se publique en el Registro Oficial, el listado actualizado de los nuevos medicamentos, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, se acogerá al listado de medicamentos publicado en el Registro Oficial No. 514 del 14 de febrero del 2002";* por lo que tal aseveración no obedece a la realidad, ya que el listado oficial si fue publicado en el mismo R.O. No. 15 de 11 de mayo del 2005, en un anexo independiente, por su carácter voluminoso y en el que constan los dos productos mencionados, lo cual constituye una prueba contundente a sus aseveraciones y desvanece los fundamentos de la resolución impugnada, por su mismo contenido; **f)** Que existe pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, sobre la autoridad que debe dar la categoría de medicamento a un producto siendo ésta el Ministerio de Salud Pública; **g)** Por lo expuesto, solicita al Tribunal se deje sin efecto la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581 notificada el 18 de abril del 2007, emitida por el Gerente General de la CAE, y en consecuencia se deje sin efecto la rectificación impugnada, disponiendo darla de baja de la contabilidad fiscal de la CAE.

6.3.- En la contestación a la demanda (fojas 140 a 142) el abogado Carlos Augusto Muñoz Galarza, Procurador Fiscal de la autoridad demandada, niega los fundamentos de hecho y de derecho planteados por el actor, además expone que la Ley Orgánica de Aduanas, por ser ley de la materia, es la llamada a regular las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas que se dedican al tráfico internacional de mercancías, dentro del territorio aduanero.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

6.4.- Dentro del término probatorio el actor solicitó se considere como prueba a su favor lo que fuere detallado en su escrito a fojas 149 y 149 vuelta: **1).-** Que se tenga como prueba a su favor todo cuanto del expediente le fuere favorable, en especial su escrito del reclamo con todos sus fundamentos de hecho y de derecho y los documentos adjuntos; **2).-** Que se tenga por impugnado y objetado en su legalidad todo cuanto del expediente le fuere adverso en lo principal: **a).-** Las rectificaciones de tributos impugnadas, las mismas que carecen de fundamentos legales y técnicos a su emisión; y, **b).-** El antecedente principal materia de las rectificaciones de tributos hoy impugnadas, que consta como "Respaldo Legal" contenido en el oficio No. UCN-GGA-OF (I)-01761, de 17 de agosto de 2006, emitido por el entonces Gerente de Gestión Aduanera, Ab. Jorge Muñoz, el cual respecto a su criterio de clasificación arancelaria señala que el contenido de su oficio es "criterio no vinculante de esta Gerencia" lo que le resta presunción de legitimidad en su contenido y lo vuelve inaplicable para servir de fundamento de emisión de rectificaciones de tributos; **3).-** Que se considere como prueba contundente a su favor la lista de medicamentos emitida por el Ministerio de Salud Pública, publicado en el Registro Oficial No. 514 de 14 de febrero de 2002, la misma que en su página 68 contiene específicamente los productos GINSAVIT y MIXAVIT registrados a nombre de su representada, lo que les da inobjetablemente la categoría de medicamentos y desvanece los fundamentos de las rectificaciones de tributos impugnados; **4).-** Que se considere como prueba a su favor el oficio GGA-UCA-OF-No-00536 del 24 de abril del 2007, suscrito por el Ing. Walter Segovia, Gerente de Gestión Aduanera que consta en el expediente administrativo de impugnación No. 035-2007; **5).-** Que se reproduzca como prueba a su favor el certificado de Registro Sanitario y las certificaciones del Instituto Nacional de Higiene que constan en el expediente administrativo de impugnación No. 035-2007, en los que expresamente se especifica la categoría de medicamentos extranjeros de venta libre tanto del GINSAVIT como el MIXAVIT.

6.5.- La Administración Tributaria dentro del término probatorio en su escrito de fojas 160 y 160 vuelta, manifestó: **1).-** Que se reproduzca a su favor todo lo que de autos le fuere favorable, en especial la contestación a la demanda y por impugnado y redargüido de falso y objetado en su legitimidad lo desfavorable o adverso en cuanto hubiere lugar en derecho; **2).-** Que se tenga por tachado, rechazado y objetado en su legitimidad todas y cada una de las pruebas presentadas y por presentarse por parte de la actora; **3).-** Que se reproduzca a su favor lo establecido en el inciso primero del artículo 82 del Código Tributario; **4).-** Que se reproduzca a su favor lo determinado en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, concordante con los artículos 68, 87 y siguientes del Código Tributario, lo que demuestra la facultad determinadora que posee la CAE como administración tributaria; **5).-** Que se reproduzca a su favor la resolución dictada por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del reclamo administrativo de impugnación No. 035-2007; **6).-** Que se reproduzca a su favor la Rectificación de Tributos No. P-055-06-12-06-3217; **7).-** Que adjunta copia certificada del Reclamo Administrativo de Impugnación a la Rectificación de Tributos No. P-055-06-12-06-3217, la cual desvirtúa completamente la pretensión del actor, así como copia del Certificado del Registro Sanitario y del Registro Oficial No. 195 del miércoles 25 de enero de 2006, donde consta el pronunciamiento del Procurador, respecto de la clasificación; **8).-** Que adjunta, copias certificadas de los oficios No. GGA-DRT-(I)-LSB-109 2007 de la Gerencia de Gestión Aduanera y el oficio No. GDQ-AF-2006-0102 de 12 de agosto de 2006, y el No. UCN GGA-OF-(i)-01761 que explican las aseveraciones que la Aduana fundó su resolución, respecto de la clasificación del Producto en la partida arancelaria.

6.6.- Esta Sala Especializada, una vez revisado el proceso establece que en la presente causa el actor impugna la resolución No. GGN-DDR-RE-0581, emitida por el Gerente General de la CAE, dentro del reclamo administrativo de impugnación No. 035-2007 que contiene la Rectificación de Tributos No. P-055-06-12-06-3217, por el cambio de partida arancelaria de los productos GINSAVIT y MIXAVIT, de una partida arancelaria como medicamento, a una partida arancelaria como suplemento alimenticio.

6.7.- La pretensión concreta de la compañía actora es que *"... se sirvan DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. GGN-DRR-RE-0581 notificada el 18 de Abril del 2007, dictada por el Econ. Santiago León Abad, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, dentro del RECLAMO ADMINISTRATIVO DE IMPUGNACIÓN A RECTIFICACIÓN DE TRIBUTOS NO 035-2007, y en consecuencia se ordene dejar sin efecto la rectificación*

impugnada, disponiendo darla de baja del a contabilidad fiscal de la CAE"; sin embargo, en el desarrollo de la demanda, la parte demandante alega que se ha configurado el silencio administrativo y consecuente aceptación tácita del reclamo; que existe calificación previa de los productos como medicamentos; que existe evidente error de derecho contenido en la resolución administrativa impugnada; que existe pronunciamiento vinculante del Procurador General del Estado de aplicación obligatoria para la CAE; y, que existe precedente jurisprudencial aplicable.

6.8.- La compañía actora manifiesta que al haber sido notificada extemporáneamente la resolución impugnada, se ha configurado el silencio administrativo y consecuentemente la aceptación tácita del reclamo, frente a ello, se debe tomar en cuenta que el reclamo administrativo fue presentado en la Secretaria de la CAE el 8 de febrero de 2007 (fs. 45); mediante providencia de 13 de febrero de 2007, notificada el 16 de febrero de ese mismo año, la Corporación Aduanera Ecuatoriana dispuso que, previo a admitir a trámite el reclamo, éste se complete, acorde a lo determinado en los arts. 116 y 119 numerales 2, 5 y 6 del Código Tributario, concediéndose para el efecto el plazo de 10 días (fs. 48); a fojas 51 del proceso consta el escrito con fecha 6 de marzo de 2007 con el cual se completa el reclamo y, a fojas 64 consta la providencia de la CAE de 9 de marzo de 2007, mediante la cual se admite a trámite el reclamo, providencia que fue legalmente notificada el 13 de marzo de 2007 (fs. 65). Por último se puede constatar a fojas 130, el escrito No. GAJ-DRR-OF-2193 de 4 de abril de 2007, que contiene la resolución del reclamo administrativo, notificado legalmente el 18 de abril de 2007, según la razón de notificación constante a fojas 136 del expediente. En tal sentido, es necesario tomar en consideración lo que el art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas, vigente a la fecha decía: ***"Art. 77.-*** *Resolución.- El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días. La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio del recurso de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar. La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo. La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado. El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impondrá una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, a los funcionarios responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar.* Es decir, el reclamo debía ser resuelto en un total de treinta días, esto es, los veinte días determinados en el citado artículo 77, más los diez días del término de prueba concedido que constan en la providencia de 9 de marzo de 2007 (fs. 64); ahora bien, en el presente caso, es necesario determinar, desde cuándo se contabilizan los treinta días que tenía la administración tributaria aduanera para emitir su resolución, en tal sentido el artículo 77 antes transcrito decía: *"…resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición…",* pero, ¿qué se debe entender por presentación de la petición?, para dilucidar este punto, se hace imprescindible que nos remitamos al art. 120 del Código Tributario que dispone: ***"Art. 120.-*** *Complementación del Reclamo.- Salvo lo que se dispone en los artículos 78 y 79 de este Código, si la reclamación fuere obscura o no reuniere los requisitos establecidos en el artículo anterior, la autoridad administrativa receptora dispondrá que se la aclare o complete en el plazo de diez días; y, de no hacerlo se tendrá por no presentado el reclamo".* (Subrayado fuera de texto). Entonces la presentación de la petición con el reclamo, según se deduce de un marco lógico y racional, se entenderá que se refiere a la fecha en que se presentó el escrito con el que se completa el reclamo; en el presente caso, esto sucedió el 6 de marzo de 2007 (fs. 51) debiendo contabilizarse los treinta días para emitir la resolución, a partir del 7 de marzo de 2007. De lo expuesto, se puede concluir que, el reclamo fue presentado el 6 de marzo y la resolución se dictó el 18 de abril de 2007, contabilizados los días que han transcurrido, considerados los días del feriado de carnaval y de semana santa que no corren procesalmente, estos suman 30 días hábiles; por lo que, al haber sido dictada la resolución dentro del término previsto, no se ha configurado el silencio administrativo y la aceptación tácita del reclamo, en consecuencia se rechaza esta pretensión.

6.9.- En cuanto se refiere a que los productos materia de la rectificación impugnada ya han sido previamente calificados como medicamentos de uso humano por el organismo competente, esto es, el

Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud Pública, lo que les confiere *ipso jure l*a calificación de tales, sin que sea competencia de la CAE entrar en mayores análisis que desconozcan la categoría de medicinas de los productos con todas sus prerrogativas y que, inclusive, al ser considerados como medicamentos extranjeros, se encuentran sujetos a la fijación oficial de precios por parte del Ministerio de Salud; la posición de la Administración Tributaria aduanera es ratificar los argumentos que tuvo para expedir la Resolución impugnada, esto es la existencia de los siguientes documentos: a) Oficio No. CAE-GGA(i) N° 000628-2007, suscrito por el Gerente de Gestión Aduanera, en el que se determina la ubicación de los productos en las subpartidas correspondientes (fs. 69); b) Oficio No. UCN-GGA-(i)-OF01761 de 17 de agosto de 2006, suscrito por el Gerente de Gestión Aduanera, en donde se mencionan las concentraciones en que se encuentran presentes cada uno de los productos (fs. 76); c) Acuerdo Ministerial No. 0112 de 18 de marzo de 2005, publicado en el R.O. No. 15 de 11 de mayo de 2015, de conformidad con la revisión del cual no aparece que se haya publicado la lista de medicamentos o alimentos; d) Lo señalado en el literal b) del Art. 215 del ERJAFE, en concordancia con lo prescrito en el art. 11 del Código Tributario; e) Oficio No. CAE-GGA-(i)-000628-2007 de 22 de marzo de 2007 suscrito por el Gerente de Gestión Aduanera, que ratifica el contenido del oficio relativo a la ubicación arancelaria correcta del producto GINSAVIT y MIXAVIT (fs. 69). Para esta Sala Especializada, el análisis sobre este punto, debe partir en señalar que el asunto controversial se centra en el alcance de las competencias del Ministerio de Salud Pública y la Corporación Aduanera Ecuatoriana, respecto a la calificación de los productos GINSAVIT y MIXAVIT, ya que el Instituto Nacional de Higiene del Ministerio de Salud Pública los calificó como "medicamentos de uso humano" y, la Corporación Aduanera Ecuatoriana como "suplementos alimenticios". En tal sentido, la Ley Orgánica de Aduanas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 219, de 26 de noviembre de 2003 en su artículo 4, disponía: *"Art. 4.- La Aduana es un servicio público que tiene a su cargo principalmente la vigilancia y control de la entrada y salida de personas, mercancías y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República; la determinación y la recaudación de las obligaciones tributarias causadas por tales hechos; la resolución de los reclamos, recursos, peticiones y consultas de los interesados; y, la prevención, persecución y sanción de las infracciones aduaneras. Los servicios aduaneros comprenden el almacenamiento, verificación, valoración, aforo, liquidación, recaudación tributaria y el control y vigilancia de las mercaderías ingresadas al amparo de los regímenes aduaneros especiales".* En concordancia el art. 5 de la misma Ley, decía: *"Art. 5.- La potestad aduanera es el conjunto de derechos y atribuciones que la ley y el reglamento otorgan de manera privativa a la Aduana para el cumplimiento de sus fines. Los servicios aduaneros serán administrados por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, sea directamente o mediante concesión…".* De la misma manera el art. 53 ibídem preceptuaba: *"Art. 53.- Dentro del plazo de tres años contados desde la fecha de pago de los tributos al comercio exterior, las declaraciones aduaneras serán objeto de verificación aleatoria por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Si se comprueba que la liquidación adoleció de errores en favor o en contra de los sujetos de la obligación tributaria, se procederá a la reliquidación respectiva sin perjuicio de las demás acciones que legalmente correspondan, siempre y cuando no exista presunción de delito. Si la reliquidación estableciere una diferencia en favor o en contra del sujeto pasivo, se emitirá inmediatamente la respectiva nota o título de crédito."*; y, el art. 68 del Código Tributario, establece que: *"Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación".* De la normativa expuesta, este Tribunal considera que la Corporación Aduanera Ecuatoriana en el ejercicio de la facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica que contravenga con lo determinado en la Ley Orgánica de Salud, porque la determinación y verificación de obligaciones tributarias aduaneras son competencia exclusiva del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ex CAE). No se puede sostener que la CAE incumplió con lo que disponen las leyes como el Código de la Salud o la Ley Orgánica de Salud, pues el ámbito de acción

y el rol que le corresponde a la ex CAE, es la de determinación y verificación de obligaciones tributarias. Cabe señalar que con la modificación de la partida arancelaria y la determinación tributaria practicada, no se deja sin efecto el registro sanitario expedido por la Autoridad de Salud, no se limita o impide la comercialización de los productos importados por la empresa actora, no se desnaturaliza los efectos médicos que pueda tener, ni el producto deja de ser considerado medicina. La modificación de partida arancelaria tiene un efecto restringido a lo estrictamente tributario, ámbito propio de actuación de la CAE, consecuencia de lo cual se produce la determinación de obligaciones tributarias, por lo que se advierte que no invade otros ámbitos competenciales ni lesiona las atribuciones de otros órganos que tienen sus propios fines, legalmente establecidos.

6.10.- El desarrollo de la demanda sostiene por otra parte que, existe pronunciamiento vinculante del Procurador General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 195 del 25 de enero de 2006, a lo que alega: *"En estricto apego a la seguridad jurídica necesaria, los productos que cumpliendo con los parámetros exigidos por el Código de la Salud, hayan sido catalogados como medicamentos o alimentos, deben conservar esas categorías independientemente del marco jurídico de que se trate, consecuentemente las instituciones y funcionarios públicos tienen el deber de respetar la manera en que la autoridad competente haya resuelto clasificar a esos productos, tal y como precisamente deberá suceder con respecto a la CAE, al momento de aplicar los derechos arancelarios correspondientes",* y cita el art. 3 letra e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que señala: *"...El pronunciamiento será obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esa Ley"*. Al respecto, la Administración Tributaria manifestó que, discrepa con lo manifestado en la demanda respecto a este punto, ya que de conformidad con el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Recurso No. 89-2003, la afirmación realizada por el actor no es concluyente ni obligatoria, ya que está de por medio una controversia jurídica de naturaleza contenciosa tributaria, y que además se estaría hablando de dos Leyes Orgánicas, esto es, la de la Procuraduría General del Estado, y la de la materia que es la llamada a regular las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas que se dedican al tráfico internacional de mercaderías dentro del territorio aduanero. En este contexto, es pertinente citar el art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que dice: **"Art. 13.-** *De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis..."*. En virtud de lo expuesto, los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado no tienen efecto vinculante dentro de los procesos judiciales, como en el presente caso, no siendo pertinente esta pretensión.

6.11. Por último el actor sostiene que existe precedente jurisprudencial aplicable y en su demanda manifiesta que: *"Mediante resolución del 20 de Octubre del 2006, las 11h20, la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, rechaza el recurso de casación interpuesto por la CAE y ratifica la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en Quito, dentro del Juicio de Impugnación No. 23005-419-N, en el que se especifica que debe respetarse la calificación de medicamento extranjero dada mediante el Certificado de Registro Sanitario emitido por el Ministerio de Salud, llegando inclusive a revocar una Consulta de Aforo de la CAE que clasificó arancelariamente como un complemento alimenticio a un producto que posee calificación de MEDICAMENTO por parte del Ministerio de Salud, precedente jurisprudencial que solicito sea considerado al momento de resolver la presente causa"*. Al respecto, es necesario tener en claro lo que es un precedente jurisprudencial aplicable, en tal sentido la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado que *"tiene como función primordial Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, para lo cual, las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo*

no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio". Criterio que se sustenta en lo preceptuado en el art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador; es decir, el fallo que cita el actor, no constituye precedente jurisprudencial, pues no se observa que la misma opinión haya sido reiterada por tres ocasiones y tampoco que haya sido remitida al pleno de la Corte Nacional; por el contrario, respecto al caso que nos ocupa, en cuanto se refiere al cambio de partida arancelaria por parte de la CAE, la Corte Nacional de Justicia, si se ha pronunciado en el precedente jurisprudencial 05-2013 de 10 de julio de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 57 *(**1.-** Resolución N° 261-2013 de 30 de mayo de 2013 dictada dentro del Recurso de Casación 450-2011, en el juicio de impugnación N° 7330-2372-07-IS, seguido por la compañía Distribuidora Difare S.A., en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ex CAE).* ***2.-*** *Resolución N° 332-2012 de 9 de noviembre de 2012, dictada dentro del Recurso de Casación 102-2011 en el juicio de impugnación No. 25629-2008, seguido por la compañía Wyeth Consumer Healthcare Ltd., en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.* ***3.-*** *Resolución No. 273-2013 de 30 de mayo de 2013, dictada dentro del Recurso de Casación 240-2011, en el juicio de impugnación No. 24785-2007, seguido por la compañía Wyeth Consumer Healthcare Ltd., en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.).* Precedente Jurisprudencial obligatorio, que reitera que la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en el ejercicio de la facultad determinadora, puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica que contravenga con lo determinado en la Ley Orgánica de la Salud, porque la determinación y verificación de obligaciones tributarias aduaneras son competencia exclusiva del Servicio Nacional de Aduana (ex CAE) y que la modificación de la partida arancelaria, tiene efecto restringido a lo estrictamente tributario, ámbito propio de la actuación de la CAE, sin que ello interfiera en las atribuciones de otras autoridades como las de salud.

VII.- DECISIÓN

Por las consideraciones anotadas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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,** resuelve:

VII.- SENTENCIA

7.1.- DECLARAR sin lugar la demanda interpuesta por el señor Elías Alberto Miño Lucero, en calidad de Gerente General de la compañía JULPHARMA DEL ECUADOR S.A., compañía que fue absorbida por la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. y confirmar la legitimidad y validez jurídica de la Resolución No. GGGN-DRR-RE-0581, expedida por el Gerente General de la CAE el 4 de abril de 2007, las 09h22 notificada el 18 de los mismos mes y año, dentro del reclamo administrativo No. 035-2007, que contiene la Rectificación de Tributos No. P-055-06-12-06-3217.

7.2.- Sin costas.

7.3.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL. Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

II

Resolución nro. 347-2015
Juicio nro. 80-2014

Juicio contencioso tributario propuesto por Sergio René Buitrón Sánchez, contra la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas.- Impugnación de actas de determinación complementaria del Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2004-2005

SÍNTESIS

Por sus propios derechos el señor Sergio René Buitrón Sánchez, ha presentado su demandada ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de Loja y Zamora, en contra de la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, por cuanto se ha procedido a reliquidar los valores constantes en sus declaraciones del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente. El Tribunal acepta parcialmente la demanda a excepción del recargo del 20% que no procede debiéndose liquidar la obligación pericialmente. El accionante presenta recurso de casación fundamentando en las causales primera y tercera del art. 3 de la Ley de Casación señalando como normas infringidas a los arts. 19, 21, 47, 85, 95, 103 numerales 6 y 7; 131, 258, 270 y 273 del Código Tributario, sin embargo el auto de admisión de la Sala de Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario admite a trámite el recurso únicamente por la causal primera por falta de aplicación de los Arts. 19, 21 y 85 del Código Tributario y aplicación indebida del Art. 95 del mismo cuerpo legal. En la contestación al recurso, el Representante de la Administración Tributaria, manifiesta que el recurrente pretende improcedentemente aducir sobre una supuesta falta de continuidad de los actos de fiscalización y una inexistente caducidad de la facultad determinadora. Solicita se rechace el recurso de casación. El Tribunal de la Sala Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, luego de analizar los antecedentes expuestos por las partes procesales no casa la sentencia.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2013-0179

Juez Ponente: Dr. Máximo Armijos Armijos

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE. Loja, jueves 12 de diciembre del 2013 las 14h42.

VISTOS: En virtud del resorteo electrónico realizado el día jueves 26 de septiembre de 2013, correspondió a esta Primera Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Loja, conocer y resolver el juicio Contencioso Tributario propuesto por SERGIO RENÉ BUITRÓN SÁNCHEZ, quien ha presentado su demandada constante de fojas 73 a 77 del proceso, en contra de la DIRECTORA REGIONAL DEL SUR DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS. En lo principal de la demanda manifiesta: Que con fecha 23 de enero del 2009 la administración Tributaria (Dirección Regional del Sur del SRI) emitió el acta de determinación signadas con los Nos. 1920090100003 y 1920090100004, mediante las cuales se ha procedido a reliquidar los valores constantes en sus declaraciones del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente. Posteriormente, por no estar de acuerdo con dichos actos de determinación, el 18 de febrero del 2009 presentó el reclamo administrativo en

contra de las mencionadas actas de determinación, iniciándose así un procedimiento de impugnación en sede administrativa. En el decurso de dicho procedimiento administrativo de impugnación y cuando ya habían transcurrido 109 días hábiles desde la iniciación del procedimiento administrativo de impugnación, el 22 de julio del 2009, la Administración Tributaria le notifica con las providencias Nos. 11112009PREC000108 y 111012009PREC000109, mediante los cuales la Administración Tributaria dispone la suspensión del trámite de los reclamos administrativos y la práctica de determinaciones complementarias por concepto del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, mediante órdenes de determinación signadas con los números: RSU-RECECC09-00004 y RSU-RECOECC09-00003, respectivamente. Que una vez concluido el procedimiento administrativo de determinación completaría, el 11 de dijere del 2009, se realiza en la Dirección Regional del Sur del SRI la lectura de las actas borrador de determinación complementaria signadas con los No. RSUFECABCC09-00007 y RSU-RECABCC09-00006 correspondientes al impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2004 y 2005. TRES. Que tanto en la tramitación del procedimiento administrativo de determinación, así como también el decurso del reclamo administrativo; y el procedimiento de determinación complementaria se han producido algunas violaciones de orden legal por parte de la Dirección Regional del Sur del SRI, que afectan a la validez de las actuaciones hechas por dicha institución y convierten en nulos los actos administrativos que están impugnados conforme lo establece el numeral 2) Del art 139 del Código Tributario. 3.1. Que de conformidad con lo que establece el inciso final del art. 131 del Código Tributario, el procedimiento para la tramitación de una determinación complementaria es el mismo procedimiento que utiliza la Administración Tributaria para el ejercicio de su facultad determinadora, es decir, dichas actuaciones administrativas dentro de la determinación complementaria deben subsumirse en lo que establecen los artículos 68, 72, 73, 74, 81, 87,90, 91, 94 y 95 del Código Tributario. En el presente caso no se ha observado, en la tramitación de los actos de determinación complementaria, los procedimientos que el Código Tributario establece para el efecto; es más, los procedimiento dentro de la etapa complementaria que se han sustanciado los reclamos administrativos, no han tenido la continuidad en cuanto a la emisión y notificación de los actos de fiscalización cada 15 días consecutivos conforme lo establece el Art. 95 del Código Tributario; si bien se inician los actos de fiscalización dentro de los veinte días hábiles con la emisión y notificación del requerimiento de información No. RUS-RECORICO9-0017 Y RSU-RECORIC09-0018, estos no se continúan conforme lo exige la norma citada. Que el segundo inciso del art. 95 del Código Tributario, establece. "Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de los 20 días hábiles contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o sí, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos". En el presente caso, los actos de fiscalización en los dos Procedimientos de determinación complementaria se inician el 30 de julio del 2009, con la emisión de los requerimientos de información Nos. RSU-RECORIC09-0017 y RSU-RECORIC090018, esto es, dentro de los veinte días que establece la ley, sin embargo, desde aquella fecha se emite únicamente los actos de fiscalización signados con los Nos. RSU-RECOLAC0900006 y RSURECOLAC0900005, con fecha 10 de diciembre del 2009, mediante los cuales se solicita la comparecencia para la lectura de las actas borrador de determinación complementaria signadas con los Nos. RSU-RECABCC09-00007 y RSU-RECABCC09-00006; por tanto, entre el 30 de julio del 2009 y el 10 de diciembre del 2009, no se emite ni se notifica lo auditado, ningún acto de fiscalización, suspendiéndose éstos por más de quince días consecutivos, por lo que al no producir efecto legal alguno la orden de determinación, todos los actos de fiscalización y las correspondientes emisiones de las actas de determinación complementaria, carecen también de valor legal. Que está seguro que la Administración Tributaria alegará sobre este punto, que jamás se han suspendido los procedimientos administrativos de determinación complementaria, por la existencia de papeles de trabajo y de informes internos que evidencian una continuidad de dichos procedimientos, sin embargo, el actor cree que es indispensable realizar las siguientes puntualizaciones de orden legal para evitar la confusión: a) El artículo 95 del Código Tributario, nos habla en el segundo inciso de actos de fiscalización, que no son otra cosa que actos administrativos, siendo estos actos administrativos los que no se pueden suspender por más de quince días

consecutivos. Al acto administrativo la doctrina lo define como: "(...) toda la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa", definición que es textualmente recogida por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; tomando en cuenta además que dichos actos administrativos, pueden ser definitivos o provisorios, siendo únicamente los definitivos los que causan estado; b) Para que todo acto administrativo y por ende los actos de fiscalización adquieran eficacia, es requisito *sine qua non,* proceder con su notificación legal al afectado o interesado, cosa que no ocurre con los memorandos o informes internos que son los documentos con los que pretende demostrar la continuidad de los procedimientos de determinación complementaria la Administración Tributaria. Sostiene que resultaría preocupante y carente de toda lógica jurídica, asimilar los informes internos o memorandos a un acto de fiscalización, cosas que son diametralmente diferentes, pues bajo ningún punto de vista el informe interno se subsume a la definición de acto administrativo o de actos de fiscalización, pues dichos informes internos no producen efectos jurídicos individuales de forma directa, así como tampoco constituyen una declaración unilateral, y peor aún adquieren eficacia con su notificación. Manifiesta que sustentar que los plazos de quince días consecutivos no se suspenden, por la existencia de memorandos, papeles de trabajo o informes internos, sería vedar al sujeto pasivo auditado, la posibilidad de intervención dentro del procedimiento como ha ocurrido en el presente caso, quien únicamente conocería el procedimiento, una vez emitida la correspondiente acta de determinación, lo que constituye una flagrante violación al principio constitucional de legítima defensa, y por otro lado sería otorgarle facultades discrecionales a la Administración Tributaria, facultades que de conformidad con la ley no las tiene. 3.2. Que los ingresos que ha percibido en el ejercicio fiscales 2004 y 2005, la Administración Tributaria los ha determinado en base a las ventas netas gravadas con tarifa 12%, así también como las ventas con tarifa 0%. Por su parte la Administración Tributaria, ha procedido a establecer en los procedimientos de determinación complementarios, al igual que en los procedimientos iniciales, sus ingresos por concepto de ventas netas gravadas con tarifa 12%, en los ejercicios fiscales 2004 y 2005, en base la entregas de combustible o compras que ha realizado a Petrocomercial durante los años 2004 y 2005; es decir, a criterio de la administración tributaria sus ingresos están determinados en base a lo que ha adquirido de combustible (sus ventas se establecen con sus compras, más el inventario inicial y menos inventario final al precio de venta), pero no toma en cuenta en su caso particular, al momento de realizar la auditoría múltiples factores exógenos que se producen en la comercialización de hidrocarburos, y que afectan a los ingresos que se reciben por este concepto, tales como: a) El combustible por ser un hidrocarburo inflamable tiende a evaporarse, más aún en un zona con clima cálido como es en la ciudad de Zamora, donde mantiene su estación de servicio. En el presente caso la Administración Tributaria ha reconocido un porcentaje del 0.6% que se lo aplica en forma errada a las compras de combustible, porcentaje de evaporación que es muy inferior al que se produce en la ciudad de Zamora que supera el 1%. Adicionalmente, como reitera, la evaporación no afecta a las compras de combustible, por tanto esos porcentajes de evaporación deben de ser calculados, no sobre el monto de combustible adquirido, sino con relación al combustible que se ha vendido, por cuanto es a esta cuenta a la que afecta la evaporación. Por lo expuesto, solicita que se considere el porcentaje del 1% de evaporación conforme consta en su contabilidad, el mismo que debe ser calculado en base a las ventas de combustible y no a las compras. 3.3. Con fecha 19 de enero del 2009 antes de la emisión de las actas de determinación tributaria signadas con los Nos. 1920090100003 y 1920090100004, mediante las cuales se ha procedido a reliquidar los valores constantes en sus declaraciones del impuesto a la renta correspondientes a los ejercicios fiscales 2004 y 2005 respectivamente, ha procedido a realizar declaraciones sustitutivas a las declaraciones del impuesto a la renta correspondientes a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, declaraciones realizadas vía electrónica, en los formularios nos. 15392201 y 15392073, respectivamente. Que por cuanto el valor determinado a pagar por el compareciente en las dos declaraciones sustitutivas era oneroso, es decir 30.23295 U.S.D, solicitó a la Dirección Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, se le conceda facilidades para el pago de las obligaciones que se generaron con la realización de las mencionadas declaraciones sustitutivas, petición que le fue debidamente aceptada por la Administración Tributaria, mediante resolución y le dispuso que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

cancele los valores liquidados en las declaraciones sustitutivas antes mencionadas, en el plazo de seis meses, tanto por concepto de capital, así como concepto de intereses. Sin embargo, de haber reconocido las obligaciones antes referidas, la propia Administración Tributaria en sus montos correspondientes a capitales e intereses, y de haberle concedido facilidades para el pago de dichas obligaciones, en forma ilegal, arbitraria, anacrónica la Dirección regional del Sur del SRI, al momento de emitir las Actas Borrador de Determinación complementaria, así como también las resoluciones impugnadas, procede a realizar impugnaciones de pago, con los pagos que ha efectuado en sus declaraciones sustitutivas anteriores, fundamentándose en una norma que no es aplicable al caso, como es el artículo 47 del Código Tributario. Que es preciso manifestar que desde todo punto de vista resulta ilegal y arbitrario realizar imputaciones de pago, cuando todavía no existe obligación pendiente de pago; solo existe un crédito a favor del sujeto activo y se puede imputar los pagos que se realicen, cuando hay una obligación en firme o ejecutoriada y por tanto es exigible la obligación tributaria; en el presente caso, ni siquiera existe obligación tributaria o crédito tributario a favor del fisco y ya se le imputan los pagos que ha efectuado con antelación en las declaraciones sustitutivas. Que adicionalmente, es preciso manifestar que la declaración sustitutiva que realizó fue por recomendación de la funcionaria de la Administración Tributaria quien les sugirió dicha declaración para acogerse a la amnistía tributaria que estaba vigente en un porcentaje del 25%, sin embargo de lo cual, pese a que se reconoce que los pagos que efectuaron fueron hechos dentro del período de la amnistía tributaria, no se reconoce la condonación del 25% de los intereses que le corresponden. CUATRO: Finalmente, conforme lo establece el art. 132 del Código Tributario, la Administración Tributaria tenía el término de 120 días hábiles para resolver los reclamos administrativos incoados, sin embargo de aquello, dicho plazo se ha extendido más allá de lo que establece la norma legal, por cuanto, previo a que se suspenda el procedimiento de los reclamos administrativos ya habían transcurrido 109 días, quedándoles únicamente por sustanciarse 11 días hábiles, no obstante los procedimientos de determinación complementarios concluyen el 11 de diciembre del 2006, y las resoluciones se las expide el 25 de enero del 2010. Con estos antecedentes comparece ante la Primera Sala del Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe con Competencia en materia fiscal, "y de conformidad a lo que establecen los arts. 131 y 235 e inciso final del Código Tributario, impugna las Resoluciones Administrativas signadas con los Nos. 11102001RREC000092 y 11101210RREC000115 emitidas y notificadas el día 25 de enero del 2010, por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, la misma que se emitieron en ejercicio de la facultad resolutiva de dicha Administración y que contienen los actos de determinación complementaria del Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente, para que en sentencia se dejen sin efecto dichos actos administrativos…, o en su defecto se disponga la práctica de una nueva liquidación tomando en cuenta los argumentos que se han planteado en la presente demanda". Aceptada a trámite la demanda a fojas 81 del proceso se dispone citar a la parte demandada, así como al Director de la Regional 5 de la Procuraduría General del estado en Loja. De fojas 156 a 159 del juicio, compare el Servicio de Rentas Internas para dar contestación a la demanda, se pronuncia sobre las pretensiones del actor y expone los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones. De fojas 168 y 169, comparece la Procuraduría General del estado con el fin de supervisar las actuaciones judiciales en este proceso. Por haber hechos que deben ser justificados se abre el término probatorio por diez días conforme consta del auto de fecha 1 de octubre del 2010, a las 09h40. Por haber concluido el trámite del proceso, a fojas 387 del proceso, se piden autos para dictar sentencia y encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe con competencia en materia fiscal, es competente para conocer y resolver esta acción contencioso tributaria, de conformidad con lo previsto en los arts. 173 y 178 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; arts. 217, 220 y 229 del Código Tributario; arts. 219 del Código Orgánico de la Función Judicial; art. 38 de la Ley de Modernización del estado que indica que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público.

Igualmente, este Tribunal es competente para conocer y resolver la demanda de impugnación que motiva la presente causa, por habérsele otorgado competencia en materia fiscal, según resolución del Consejo Nacional de la Judicatura publicada en el R.O. 363 del viernes 29 de septiembre del 2006, que crea este Tribunal con fundamento en su Ley Orgánica. **SEGUNDO.-** En la tramitación de la presente acción no se ha omitido ninguna solemnidad sustancial que influya en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez del proceso. **TERCERO.-** 3.1. De fojas 156 del proceso, la Dirección Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas ha propuesto las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda planteada. 2) Improcedencia de la demanda. **CUARTO.-** Del análisis de las excepciones se concluye: 4.1. A la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, conforme a la disposición del art. 258 del Código Tributario, que "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada..."; artículo 259 del Código Tributario; el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria, establece que cada parte está obligado a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la lay y cualquiera de los litigantes pueden rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario, según lo dispone el art. 114 de este cuerpo legal. De igual manera, el art. 115 *ibídem*, dispone que "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"; que "el Juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas". El artículo 116: "Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio"; y, el artículo 117 *ibídem*, señala: "Solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio". 4.2. Improcedencia de la acción, situación que no ha sido comprobada durante el trámite del proceso, toda vez que el accionante concurre a este Tribunal en demanda de justicia. **QUINTO.-** En la tramitación de la presente causa se ha solicitado actuar las siguientes pruebas: 5.1. El actor solicita como prueba lo siguiente (fojas 189 y 190): 1) Que se tenga por reproducido todo cuanto de autos le sea favorable y por impugnable lo adverso. 2) Que se tenga en cuenta que impugna la prueba presentada o que llegare a presentar la contraparte, por ser ilegal, falsa, forjada y ajena a la *litis.* 3) Que se reproduzca como prueba a su favor el contenido de su escrito de demanda, el auto de aceptación a trámite, así como también toda la documentación aparejada a la demanda. 4) Que se oficie a la Directora Regional del sur del SRI, a fin de que confiera copias certificadas de las declaraciones tributarias del impuesto a la renta del compareciente, titular del registro único de contribuyentes No. 190021899001, correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005. Agregadas dichas declaraciones, pide que se tengan como prueba de su parte. 5) Que se oficie a la Dirección Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas a fin de que confiera copias certificadas de los actos administrativos signados con los Nos. RSU-RECABCC09-00007 y RSU-RECABCC09-00006, con sus respectivas razones de notificación. Agregadas al expediente, pide que se tenga como prueba de su parte. 6) Que se oficie a la Dirección Regional del Sur, a fin de que confiera copias certificadas de los requerimientos de información nos. RSU-RECORIC09-0017 y RSU-RECORIC09-0018, con sus respectivas razones de notificación. Anexados al expediente, pide que se tenga como prueba de su parte. 7) Que se oficie a la Dirección Regional del Sur, a fin de que confiera copias certificadas de los requerimientos de información Nos. RSU-RECOLAC09-00006 Y RSU-RECOLAC09-00005 con sus respectivas razones de notificación. Anexados al expediente, pide que se tenga como prueba a su favor. 8) Que se oficie a la Dirección Regional del Sur del SRI, a fin de que confiera copias certificadas de los siguiente actos administrativos: a) Acta de Determinación No. 1120090100020; y b) Liquidación No. 1120050200099. Agregados dichos actos al proceso, pide que se tengan como prueba a su favor. 9) Que se anexe al expediente la copia certificada de la Resolución No. 111012009RCDE0000164. 10) Que se agregue al expediente las copias de los comprobantes electrónicos de pago, mediante los cuales se demuestra que ha cumplido a cabalidad con los pagos que dispuso la Administración Tributaria en su resolución de facilidades de pago. 11) Que sin perjuicio de haber anexado las copias de los comprobantes electrónicos de pago, ofíciese a la Dirección Regional del Sur del SRI, a fin de que confiera copias

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

certificadas de los comprobantes de pago, realizados en formularios No. 106 con los siguientes números de serie: 990246473368; 990252442657; 990260618463; 990267554517; 990275263599; 990282295097; 990290881163 y 990324179130. 12) Que se oficie a la Dirección Regional del Sur del SRI, a fin de que confiera copias certificadas de las actas de determinación signadas con los números: 1920090100003 y 1920090100004. Pide que se tenga en cuenta que entre las actas de determinación antes detalladas y en las resoluciones impugnadas, no existen hechos no considerados en las actas de determinación complementaria, como lo establece el Código Tributario en su art. 131, por tal razón la apertura de un procedimiento de determinación complementario, es arbitrario. 13) Que con la intervención de un perito contable designado por el H. Tribunal se digne realizar una experticia a las actas de determinación números 1920090100003 y 1920090100004, comparándolas con las resoluciones impugnadas que contienen los actos de determinación complementaria, para que se pueda establecer si existieron hechos no considerados, incompletos o inexactos en las determinaciones iniciales, que no consten en las determinaciones complementarias. 14) Que se agreguen al expediente los siguientes actos administrativos provisorios: providencia No. 111012009PREC000108; providencia No. 111012009PREC000109; RSU-RECPRRC10-00001; y RSURECPRRC10-00002. 5.2 El Servicio de Rentas Internas solicita como prueba lo siguientes (fojas 196 y 197): 1) Que se tenga por reproducido todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial la contestación dada a la demanda y la documentación adjuntada. 2) Que impugna y objeta la legitimidad de la prueba presentada y que llegare a presentar la parte actora, en lo que fuere desfavorable, por ilegal, injurídica y ajena a la litis. 3) Que impugna y redarguye de falsos los documentos presentados y que llegare a presentar la parte actora. 4) Que se tenga como prueba a su favor la sentencia, emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el Recurso 255-2009, de fecha 29 de octubre del 2009. 5) Que se tenga como prueba a su favor los siguientes fallos: a) No. 22-2003, Registro Oficial 242 del 30 de diciembre del 2003; b) No. 117-2003, Registro Oficial 390, del 6 de noviembre del 2006. 6) Que se tenga en cuenta lo que dispone el art. 89 del Código Tributario. 7) Que se tenga en consideración lo que expresa el art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno. 8) Que se reproduzca a su favor la presentación de declaraciones sustitutivas, iniciado un proceso determinativo, menciona la doctrina: "...la integración de la declaración, que debe entenderse como cualquier clarificación, corrección o modificación de los aspectos sustantivos o formales de aquella...". 9) Que se reproduzca a su favor el expediente administrativo adjuntado en la contestación a la demanda. 10) Que se disponga que el actor presente, copias certificadas de las declaraciones del impuesto a la renta del período fiscal 2004 y 2005. **SEXTO.-** Del análisis del contenido de la demanda, de las excepciones y de la documentación aportada por las partes se concluye. 6.1. El actor comparece a esta Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe con competencia en materia Fiscal, "y de conformidad a lo que establecen los arts. 131 y 235 e inciso final del Código Tributario impugnan las Resoluciones Administrativas signadas con los nos. 111012010RREC000092 y 111012010RREC000115, emitidas y notificadas el día 25 de enero del 2010, por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, las mismas que se han emitido en ejercicio de la facultad resolutiva de dicha administración y que contienen los actos de determinación complementaria del impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente, para que en sentencia se dejen sin efecto dichos actos administrativos…, o en su defecto se disponga la práctica de una nueva liquidación tomando en cuenta los argumentos que se han planteado en la demanda". 6.2. La parte accionada, en la parte principal del escrito de contestación a la demanda, se ha pronunciado en el sentido que "Los actos administrativos emitidos por parte de la Administración Tributaria, no son producto de una accidentada aplicación o de una "sui géneris" forma de interpretar la ley, ya que como lo expresa el artículo 3 del Código Civil: "Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio", lo que evidencia de manera rotunda que la Administración Tributaria no pretende inducir a la confusión de la Ley, ya que únicamente se ha aplicado la normativa tributaria, actuando de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en concordancia con el Reglamento para su aplicación, Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; es decir con fundamento en las normas

legales y reglamentaria que expresamente se encuentran señaladas en las Resoluciones Administrativas impugnadas". 6.3. Así mismo, la parte actora en su demanda dice que "...la Administración Tributaria, ha procedido a establecer en los procedimientos de determinación complementarios al igual que en los procedimientos iniciales (…) en base a lo que ha adquirido de combustibles… pero no toman en cuenta en mi caso particular al momento de realizar la auditoría, múltiples factores exógenos que se producen en la comercialización de hidrocarburos, y que afectan los ingresos que se perciben, tales como: a) El combustible por ser un hidrocarburo inflamable tiende a evaporarse, más aún en zonas con clima cálido como es el caso de la ciudad de Zamora. En el presente caso, la Administración Tributaria ha reconocido un porcentaje del 0.6%, porcentaje que se aplica en forma errada. A las compras de combustible, porcentaje de evaporación que es muy inferior al que en efecto se produce en Zamora que supera el 1%. Adicionalmente, como reitero, la evaporación no afecta a las compras de combustible, sino a las ventas…" Este Tribunal toma en cuenta que en el presente caso se ha considerado el porcentaje de la evaporación y mermas del 0.6% en base al informe presentado por la empresa Control Internacional del Ecuador C.A. al presidente de la Cámara de Distribuidores de Combustibles de Loja y Zamora, certificada por Petrocomercial. Ahora bien, si revisamos tanto en el acta borrador de determinación complementaria del año 2004 y 2005, podemos tener una idea de que si se han tomado en cuentas las mermas y evaporación que sufren los combustibles; en el acta borrador de determinación, ejercicio fiscal 2005 (fojas 283 a 291) en el numeral "4.4.5", se hace el respectivo análisis del porcentaje promedio de la evaporación y mermas que sufren los combustibles en todas las fases, tanto de carga, descarga, transporte y distribución. Ahora bien, es necesario tomar en cuenta la tesis del actor, quien ha propuesto afirmativamente en su demanda que el porcentaje de evaporación y mermas del combustible que se produce en Zamora supera el 1% no obstante, siendo de obligación del recurrente probar los hechos que ha propuesto como afirmativos, no lo ha hecho durante la tramitación del proceso. Siendo así, no es procedente la pretensión del accionante. 6.4. En otro de los puntos de su demanda, la parte accionante señala que: "En el presente caso, no se ha observado, en la tramitación de los actos de determinación complementaria, los procedimientos que el Código Tributario establece para el efecto (art. 95 Código Tributario) (...) En el presente caso, los actos de fiscalización en los dos procedimientos de determinación complementaria se inician el 30 de julio del 2009, con la emisión de los requerimientos de información..., esto es, dentro de los veinte días hábiles que establece la ley; sin embargo, desde aquella fecha, se emite únicamente los actos de fiscalización signados con los Nos. RSU.RECOLAC09-00006 y RSU-RECOLAC09-00005, con fecha 10 de diciembre del 2009, mediante los cuales se solicita la comparecencia para la lectura de las actas borrador de determinación complementaria…; por tanto, no se emite ni se notifica al auditado ningún acto de fiscalización, suspendiéndose éstos por más de quince días consecutivos, por lo que al no producir efecto legal alguno la orden de determinación, todos los actos de fiscalización de las correspondientes emisiones de las actas de determinación complementaria, carecen también de valor legal… Resultaría preocupante y carente de toda lógica jurídica, asimilar los informes internos o memorandos a un acto de fiscalización, cosas que son diametralmente diferentes, pues bajo ningún punto de vista el informe interno o memorando se subsume a la definición de acto administrativo o de acto de fiscalización, pues dicho informe o memorando no produce efectos jurídicos individuales en forma directa, así como tampoco constituye una declaración unilateral..." Con respecto al tema mencionado en este considerando, es necesario hacer hincapié al fallo de la Corte Nacional de Justicia que se adjunta al proceso de fojas 192 a 195; siendo juez ponente el Dr. José Suing Nagua, se nos dice: "... la Sala formula las siguientes consideraciones: a) En la parte pertinente, el segundo inciso del art. 95 del Código Tributario, establece que: "Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados se suspendieren por más de 15 días consecutivos"... este último supuesto es el que el recurrente arguye ha sucedido y que a su decir no fue aplicado por el Tribunal Juzgador; b) Frente al contenido de la disposición transcrita es necesario diferencia entre "actos de fiscalización" y "actos administrativos" que, de manera equívoca el recurrente los considera sinónimos, pues no lo son: los actos de fiscalización son una serie de actuaciones de la Administración

encaminadas a cumplir con el ejercicio de su facultad determinadora, dentro de los que caben, ya verdaderos "actos administrativos" o ya "meros actos de administración" como son considerados los "actos internos" que sirven para preparar la expresión de voluntad de la Administración que se manifiesta a través de actos o resoluciones administrativas; en cambio, los actos administrativos son, en palabras del tratadista Roberto Dromi citado por el recurrente, "... toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa", y son estos los que para que surtan efecto, deben notificarse, no así los primeros por tratarse de actos, "medio" y no actos "fin"; c) El ejercicio de la facultad determinadora se cumple a través de una serie de actuaciones de la administración, que de ninguna manera significa que todas ellas deban ser notificadas al contribuyente, pues el proceso se inicia con la orden de determinación, actuación que si debe ser notificada para conocimiento del contribuyente y concluye con los resultados constantes en el acta o actas respectivas, las cuales también deben ser notificadas, a efectos de que el contribuyente pueda hacer uso de su derecho de defensa, impugnándolas si considera que violenta sus derechos; dentro del proceso determinativo, es posible que se presente la necesidad de notificar otras actuaciones de la administración, como por ejemplo los requerimientos de información que, por su propia naturaleza, tienen que notificarse a efectos de que el contribuyente cumpla con lo solicitado; d) En la especie, al existir memorandos y otras actuaciones de la Administración, reconocidos por el contribuyente, en el lapso comprendido entre el 17 de octubre y el 7 de noviembre del 2005, es evidente que no se produjo la suspensión de los actos de fiscalización por más de quince días consecutivos, cual es la exigencia de la norma citada, por lo que tampoco se produjo la caducidad de la norma citada". Es claro y aleccionador el análisis que hace la Corte Nacional de Justicia con respecto al tema, y que es idéntico a la alegación que el accionante ha propuesto en el presente proceso y que se analiza en este considerando; es más, la alegación hecha por el recurrente de haberse producido la inactividad por parte de la Administración Tributaria en la fase administrativa, no procede por cuanto dentro de las actuaciones de la Administración es normal y procedente la existencia de informes internos, memorandos, etc., que formen parte del proceso de determinación, teniendo los mismos como finalidad, el servir de base para la emisión de la respectiva acta de determinación o resolución. 6.5. Otra de las situaciones impugnadas y que consta en la demanda es que "... Con fecha 19 de enero del 2009, antes de la emisión de las actas de determinación tributaria (...), ha procedido a reliquidar los valores constantes en mis declaraciones del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente, procedí a realizar declaraciones sustitutivas a las declaraciones del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, declaraciones realizadas vía electrónica, en los formularios nos. 15392901 y 15392073, respectivamente, (...) Por cuanto el valor determinado a pagar por el compareciente en las dos declaraciones sustitutivas era onerosos 30.232,95 USD, solicitó a la Dirección Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, se le conceda facilidades para el pago de las obligaciones que se generaron con la realización de las mencionadas declaraciones sustitutivas, petición que fue debidamente aceptada por la Administración Tributaria, mediante resolución en la cual se dispone que cancele los valores liquidados en las declaraciones sustitutivas antes mencionadas, en el plazo de seis meses, tanto por el concepto de capital, así como por concepto de intereses. Sin embargo de haber reconocido las obligaciones antes referida la propia Administración Tributaria en sus montos correspondientes a capitales e intereses, y haberme concedido facilidades para el pago de dichas obligaciones, en forma ilegal, arbitraria anacrónica la Dirección Regional del Sur del S.R.I., al momento de emitir las actas borrador de determinación complementaria, así como también a las resoluciones impugnadas, procede a realizar imputaciones de pagos, con los pagos efectuados en las declaraciones sustitutivas anteriores... (...) Adicionalmente, es preciso manifestar que la declaración sustitutiva que realice fue por recomendación de la funcionaria de la Administración Tributaria quien nos sugirió dicha declaración para acogernos a la amnistía tributaria que estaba vigente en un porcentaje del 25% sin embargo de lo cual, pese a que se reconoce los pagos que fueron hechos dentro del período de amnistía tributaria, no se reconoce la condonación del 25% de los intereses que le corresponden…" Este Tribunal analiza las actas de determinación borrador, tanto del ejercicio económico 2004 y 2005. El acta borrador de determinación complementaria correspondiente al ejercicio económico 2004 cons-

tante de fojas 274 a 282 del proceso, en el numeral "4.5.1" se reconocen los valores cancelados por el sujeto pasivo conforme se puede ver en detalle en el cuadro. De igual forma del acta borrador de determinación complementaria correspondiente al ejercicio económico 2005 constante de fojas 283 a 291 del proceso, en los numerales "4.5.1" y "6", también se reconocen los valores cancelados por el sujeto pasivo conforme se puede ver en detalle en el respectivo cuadro. Este órgano jurisdiccional también analiza que la condonación del 25% ha sido reconocida por la Administración Tributaria, conforme se desprende la Resolución No. 111012010RREC000115, en el numeral: "4.6.4 Que respecto al pago realizado dentro de la Administración Tributaria, es necesario aclarar que en realidad el sujeto pasivo presenta una declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2005 dentro de período de amnistía; sin embargo solo realiza un pago parcial dentro del período comprendido con el 25% de amnistía, dicho pago fue realizado con fecha 09 de febrero del 2009 y fue considerado para el cálculo de la imputación al pago, tal como se presentó en el anexo 1 del Acta de Borrador de Determinación Complementaria". En otro de los fundamentos de su demanda el actor ha señalado que "desde todo punto de vista resulta ilegal y arbitrario realizar imputaciones de pago, cuando todavía no existe una obligación pendiente de pago, pues solo existe un crédito a favor del sujeto activo y se puede imputar los pagos que se realicen, cuando hay una obligación en firme o ejecutoriada". Hay que tener claro que al tiempo que el actor realiza los pagos previos en plazos, la obligación tributaria ya había nacido y era exigible al ser de los ejercicios fiscales 2004 y 2005, y el recurrente era consciente de ello, por la razón de que hizo una declaración sustitutiva y solicitó facilidades de pago a la Administración Tributaria. Dentro de la potestades de la Administración tributaria consta la facultad determinadora, quien la puede hacer en base de la declaración del propio sujeto pasivo, de documentación que posea la propia entidad recaudadora de tributos e incluso de los documentos que se encuentren en terceras personas, es así que como consecuencia del procedimiento de determinación se emite una acta de determinación o resolución en la que se determina la cuantía del tributo, los pagos realizados, y las diferencias por pagarse. Fuera ilegal y arbitraria la actuación de la Administración Tributaria cuando como resultado de la determinación de la obligación tributaria se determinara valores por pagar, sin haberse tomado en cuenta pagos que el sujeto pasivo hubiera hecho con antelación, pero esto no es el caso, sino todo lo contrario porque el SRI si ha tomado en cuenta los pagos previos y constan de las resoluciones impugnadas. En fin, vale indicar que la declaración sustitutiva, de conformidad con el art. 101 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, se da cuando tal situación implica pagar un mayor valor por concepto de impuesto, anticipos o retención; se realice antes de que se inicie la determinación correspondiente; y dentro del año siguiente a la presentación de la declaración. Si analizamos las circunstancias de la declaración sustitutiva que el compareciente hizo, esta se da: cuando la Administración Tributaria ya había dado inicio con fecha 24 de enero del 2008 la determinación correspondiente; a la fecha que el compareciente hace la declaración sustitutiva no lo hace por querer pagar un mayor valor por concepto de impuesto, sino todo lo contrario; y pues la declaración sustitutiva la que nos estamos refiriendo tampoco se hace dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, como el acto lo hay reconocido en su demanda (numeral 3.3.), la declaración sustitutiva la hizo con fecha 19 de enero del 2009, entonces, es claro que las circunstancias de la declaración sustitutiva hecha por el recurrente, no se ajustan a los presupuestos del art. 101 de la ley *ibídem*. 6.6. Finalmente en las Resoluciones impugnadas, tanto del ejercicio fiscal 2004 y 2005 se ha establecido un 20% de recargo sobre la obligación. La Administración Tributaria fundamenta este recargo en el art. 90 del Código Tributario, norma que entró en vigencia en enero del 2008 (fojas 39 vuelta). Al respecto, el art. 90 del Código Tributario vigente en el ejercicio fiscal 2004, no establecía ningún recargo a la obligación tributaria determinada por la Administración Tributaria; el segundo inciso actual a este artículo se debe a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, emitida mediante Ley s/n. publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007, esto es con posterioridad al ejercicio fiscal 2004. Por lo tanto, este recargo es violatorio de la garantía constitucional de la seguridad jurídica, contrario al principio tributario constitucional de irretroactividad de la ley prevista por el art. 257 de la Constitución Política de 1998 que regía para el tiempo del período fiscal auditado; por lo tanto es ilegal. El primer inciso del art. 257 de la Constitución vigente a la fecha de la obligación tributaria,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

dice: "Art. 257. Solo 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. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley. El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana". Por otra parte, el art. 5 de Código Tributario, entre los principios que rigen este ordenamiento jurídico, establece del de irretroactividad de la norma tributaria "Art. 5. Principios tributarios. El régimen tributario se regirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad". En tal virtud por tratarse del ejercicio fiscal económico 2004, donde las normas invocadas no estaban vigentes, no procede el recargo del 20%. Por todas estas consideraciones, tomando como base la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución, las leyes y a la existencia de normas jurídicas, en aplicación de los principios fundamentales, reglas de debido proceso y por todo lo analizado, la PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE REPÚBLICA,** acepta parcialmente la demanda en los términos expresados en el considerando 6.6.; y, declara la legalidad de las Resoluciones signadas con los números 111012010RREC000092 y 111012010RREC000115, emitidas y notificadas el día 25 de enero del 2010, a excepción del recargo del 20% que no procede de conformidad a la normativa invocada, debiéndose liquidar la obligación pericialmente. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) Dr. Máximo V. Armijos Armijos, Juez Provincial. Dra. María Augusta Montaño G., Jueza Provincial. Dr. Dionicio Pardo Rojas, Juez Provincial.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2013-0179

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE. Loja, lunes 13 de enero del 2014, las 15h13.

VISTOS: El accionante SERGIO RENÉ BUITRÓN SÁNCHEZ, en su escrito presentado con fecha trece de diciembre del 2013, a las 12h34, solicita aclaración de la sentencia dictada por esta Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5, con fecha 12 de diciembre del 2013, las 14h42; se ha corrido traslado a la parte accionada para que se pronuncie en el término de cuarenta y ocho horas, quien efectivamente lo ha hecho en su debida forma como consta a fojas 399 del proceso; atendiendo el pedido y para emitir el pronunciamiento que corresponde, se considera. **PRIMERO.-** El art. 274 del Código Tributario, norma aplicable a la aclaración en materia contencioso-tributaria, establece que: "Art. 274. Efectos. 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 multas, intereses o costas...". **SEGUNDO.-** El acto pide que se aclare la sentencia con respecto "... a los pagos previos o anteriores que fueron efectuado dentro de las facilidades de pago concedidas al compareciente..." (fojas 394 y vuelta); al respecto cabe indicar que el pedido de aclaración hecho por el recurrente se encuentra claramente determinado en el considerando "6.5" de la sentencia en mención En consecuencia, no es posible que este Tribunal atienda al requerimiento, porque implicaría modificar o alterar el sentido de la sentencia, situación que no le está permitido al juez. El fallo en cuestión es totalmente entendible y claro en su contenido, no existiendo de ninguna manera oscuridad, por lo que no procede el pedido de aclaración solicitado. **Notifíquese.**

f) Dr. Máximo V. Armijos Armijos, Juez Provincial; Dra. María Augusta Montaño G., Jueza Provincial; Dr. Dionicio Pardo Rojas, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, viernes 26 de junio del 2015, las 11h28.-

VISTOS: COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL: La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución Nº. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores José Luis Terán Suárez, y Ana María Crespo Santos, en virtud de la Resolución Nº. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia recurrida: El señor Sergio Rene Buitrón Sánchez, interpone recurso de casación contra la sentencia de 12 de diciembre de 2013, a las 14h42, emitida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5 de Loja y Zamora Chinchipe, dentro del juicio de impugnación 0179-2013, instaurado en contra de las Resoluciones Administrativas signadas con los números Nos. 111012010RREC000092 y 111012010RREC000115 emitidas y notificadas el día 25 de enero de 2010, por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, las mismas que contienen un acto de determinación complementaria del Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2004 y 2005 respectivamente, y cuyo fallo aceptó parcialmente la demanda presentada, declarando la legalidad de las resoluciones impugnadas a excepción del recargo del 20%.

1.2. Argumentos del recurrente: El casacionista fundamenta su recurso en las **causales primera y tercera** del Art. 3 de la Ley de Casación señalando como normas infringidas a los Arts. 19, 21, 47, 85, 95, 103 numerales 6 y 7; 131, 258, 270 y 273 del Código Tributario, sin embargo el auto de admisión de la Sala de Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario admite a trámite el recurso únicamente por la causal primera por falta de aplicación de los Arts. 19, 21 y 85 del Código Tributario y aplicación indebida del Art. 95 del mismo cuerpo legal. Respecto al Art. 21 del Código Tributario el recurrente afirma que el cálculo de los intereses para las obligaciones tributarias del ejercicio económico 2004 y 2005 se lo realizaba en una proporción de 1.1. veces la tasa referencial activa, y que esta disposición fue reformada por la Ley para la Equidad Tributaria incrementándose la tasa al 1.5 veces y que en el presente caso la tasa que ha sido utilizada por la Administración Tributaria es aquella que no estaba vigente para dichos ejercicios fiscales y que el cálculo de intereses debe hacerse desde la fecha de exigibilidad de la obligación tributaria hasta su total extinción y no desde que nace la obligación tributaria. En cuanto al contenido del Art. 19 del mismo cuerpo legal, manifiesta que en el caso, el cálculo de intereses de la obligación tributaria que se originó con la notificación de las actas de determinación, debió efectuarse por mandato legal desde el día siguiente a la notificación de dicha determinación y no desde la fecha de exigibilidad de la declaración tributaria, ya que como sujeto pasivo si declaró antes que dicha obligación haya sido exigible. El casacionista adicionalmente manifiesta que su pretensión se enfoca al hecho cierto e irrefutable que la Administración Tributaria suspendió la emisión de los actos de fiscalización y por ende el procedimiento de determinación complementario por más de 15 días consecutivos, por lo que la orden de determinación no había producido los efectos jurídicos de interrupción de la caducidad en virtud de que de conformidad con lo que establece el Art. 85 del Código Tributario, en concordancia con el numeral 6) del Art. 101 del mismo cuerpo legal, era obligación de la Administración notificar con los actos de fiscalización del compareciente. Solicita se admita el recurso de casación.

1.3. Admisibilidad: Mediante auto de admisión de 29 de julio de 2014, a las 08h30 la Conjueza y Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admiten el recurso planteado únicamente por la causal primera por lo cargos indicados en el numeral 1.2 del presente fallo.

1.4. Argumentos de la contestación al recurso: Admitido el recurso de casación, la parte demandada da contestación en los siguientes términos: Que el realizar una declaración sustitutiva no solamente implica un cambio de datos y valores de la original, sino que implica una aceptación de los

valores que eventualmente se han observado y de los cuales se originó el cambio y que adicionalmente al haber solicitado el contribuyente facilidades de pago implica tácitamente allanarse a la obligación determinada, por lo tanto señala que la Administración analizó la situación fiscal del recurrente y determinó la cuantía del tributo, los pagos realizados y las diferencias por pagarse. Indica que el nacimiento de la obligación tributaria se efectuó conforme los preceptos legales que prevé la norma tributaria y que se han analizado en el fallo, por lo que el asunto recurrido no obedece a la realidad de la sentencia, puesto que a lo largo de la misma se observa la aplicación del concepto mismo de la obligación tributaria y su nacimiento. Señala que la aplicación de una Determinación Complementaria no se subsume al hecho que dentro de la tramitación del Reclamo Administrativo se establezca un tiempo determinado para una actuación conjunta, desde el sentido de la verificación de los hechos, la Administración puso en conocimiento del actor que procederá con una determinación complementaria, porque así lo determina el procedimiento previsto en el Art. 131 del Código Orgánico Tributario, en observancia del principio de legalidad; y que en el presente caso, el recurrente pretende improcedentemente aducir sobre una supuesta falta de continuidad de los actos de fiscalización y una inexistente caducidad de la facultad determinadora. Solicita se rechace el recurso de casación. Pedidos los autos para resolver se considera:

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación en conformidad con los artículos 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y 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, y no existe nulidad alguna que declarar.

2.2.- Determinación del problema jurídico 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) ¿La sentencia emitida por el Tribunal *A quo,* a decir del legitimario incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente existir falta de aplicación de los Arts. 19, 21 y 85 del Código Orgánico Tributario en relación a la exigibilidad de la obligación tributaria, de los intereses a cargo del sujeto pasivo y notificación de los actos administrativos y, aplicación indebida del Art. 95 del Código Tributario en cuanto a la interrupción de la caducidad?

III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1.- Consideraciones casacionales generales.- En primer lugar, hay que señalar que la casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo el realizar el control de legalidad sobre la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. *(Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71).* **3.1.1** El problema jurídico planteado en el punto 2.2 de la presente sentencia guarda relación con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que 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.".* **3.1.2**. Según el autor Tolosa Villabona Luis Armando, *(Teoría y Técnica de Casación, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, páginas 257 y 359)* la aplicación indebida de una norma es*: "un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido"*. En cuanto a la falta de aplicación señala que: *"Ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye la infracción directa típica, por haberlo ignorado el sentenciador o por haberle restado validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto.".* **3.1.3. Hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia del Tribunal de instancia.-** Como se ha indicado *ut supra,* cuando se alega la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se debe partir de los hechos considerados como probados por el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, es decir se debe hacer una

abstracción sobre las conclusiones a que ha arribado el Tribunal *A-quo* sobre el material fáctico; por lo tanto quien acusa a una sentencia por uno de los vicios previstos en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, reconoce tácitamente que las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal de instancia, sobre los hechos discutidos en el juicio, son correctas. Como hechos probados y considerados como ciertos por parte del Tribunal *A-quo* en su sentencia, se puede identificar lo siguiente: en el considerando sexto, numeral 6.4, la Sala de instancia textualmente indica: *"6.4. En otro de los puntos de su demanda, la parte accionante señala que: "En el presente, caso no se ha observado, en la tramitación de los actos de determinación complementaria, los procedimientos que el Código Tributario establece para el efecto (Art. 95 Código Tributario) (...)....- Con respecto al tema mencionado en este considerando, es necesario hacer hincapié al fallo de la Corte Nacional de Justicia que se adjunta al proceso de fs. 192 a 195; siendo juez ponente el Dr. José Suing Nagua, se nos dice: …Es claro y aleccionador el análisis que hace la Corte Nacional de Justicia con respecto al tema, y que es idéntico a la alegación que el accionante ha propuesto en el presente proceso y que se analiza en este considerando; es más, la alegación hecha por el recurrente de haberse producido la inactividad por parte de la Administración Tributaria en la fase administrativa, no procede por cuanto dentro de las actuaciones de la administración es normal y procedente la existencia de informes internos, memorandos, etc., que formen parte del proceso de determinación, teniendo los mismos como finalidad, el servir de base para la emisión de la respectiva acta de determinación o resolución.". "6.5. Otra de las situaciones impugnadas y que consta en la demanda es que "… Con fecha 19 de enero del 2009, antes de la emisión de las actas de determinación tributaria (…), ha procedido a re- liquidar los valores constantes en mis declaraciones de impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, respectivamente, procedí a realizar declaraciones sustitutivas a las declaraciones del impuesto a la renta correspondiente a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, declaraciones realizadas vía electrónica en los formularios Nos. 15392201 y 15392073, respectivamente. (...)....Este Tribunal analiza las Actas de Determinación Borrador, tanto del ejercicio económico 2004 y 2005.- El Acta Borrador de Determinación Complementaria correspondiente al ejercicio económico 2004 constante de fs. 274 a 282 del proceso, en el numeral "4.5.1" se reconocen los valores cancelados por el sujeto pasivo conforme se puede ver en detalle en el cuadro.- De igual forma del Acta Borrador de Determinación Complementaria correspondiente al ejercicio económico 2005 constante de fs. 283 a 291 del proceso, en los numerales "4.5.1" y "6", también se reconocen los valores cancelados por el sujeto pasivo conforme su puede ver en detalle en el respectivo cuadro. Este órgano jurisdiccional también analiza que la condonación del 25% ha sido reconocida por la Administración Tributaria, conforme se desprende de la Resolución Nº.111012010RREC000115, en el numeral: "4.6.4 Que respecto al pago realizado dentro de la Administración Tributaria, es necesario aclarar que en realidad el sujeto pasivo presenta una declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2005 dentro del período de amnistía; sin embargo solo realiza un pago parcial dentro del período comprendido con el 25% de amnistía, dicho pago fue realizado con fecha 09 de febrero de 2009 y fue considerado para el cálculo de la imputación al pago, tal como se presentó en el anexo 1 del Acta de Borrador de Determinación Complementaria".- En otro de los fundamentos de su demanda el actor ha señalado que "desde todo punto de vista resulta ilegal y arbitrario realizar imputaciones de pago, cuando todavía no existe una obligaciones (sic) pendiente de pago, pues solo existe un crédito a favor del sujeto activo y se puede imputar los pagos que se realicen, cuando haya una obligación en firme o ejecutoriada".- Hay que tener claro que al tiempo que el actor realiza los pagos previos en plazos, la obligación tributaria ya había nacido y era exigible al ser de los ejercicios fiscales 2004 y 2005, y el recurrente era consciente de ello, por la razón de que hizo una declaración sustitutiva y solicitó facilidades de pago a la Administración Tributaria.-..."…. "Fuera ilegal y arbitraria la Actuación de la Administración Tributaria cuando como resultado de la determinación de la obligación tributaria se determinara valores por pagar, sin haberse tomado en cuenta pagos que el sujeto pasivo hubiera hecho con antelación, pero este no es el caso, sino todo lo contrario porque el SRI ha tomado en cuenta los pagos previos y constan de las resoluciones impugnadas.-"*. En conclusión se colige que el fallo de instancia ha determinado que la actuación de la Administración Tributaria en todo momento se ha sujetado al procedimiento respectivo, observando la normativa aplicable para el efecto y ha considerado todos los pagos que el actor ha realizado respecto al tributo determinado. **3.1.4.- Normas acusadas como infringidas dentro del recurso de casación.-** El recurrente indica que existe falta de aplicación de los Arts. 19, 21 y 85 del Código Tributario y aplicación indebida del Art. 95 del mismo

cuerpo legal. **3.1.5.- Contenido material de las normas denunciadas.-** Es importante citar lo que los referidos artículos disponen: *"Art. 19.- Exigibilidad.- La obligación tributaria es exigible a partir de la fecha que la ley señale para el efecto. A falta de disposición expresa respecto a esa fecha, regirán las siguientes normas: 1a.- Cuando la liquidación deba efectuarla el contribuyente o el responsable, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva; y, 2a.- Cuando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación.". "Art. 21.- Intereses a cargo del sujeto pasivo.- La obligación tributaria que no fuera satisfecha en el tiempo que la ley establece, causará a favor del respectivo sujeto activo y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el interés anual equivalente al 1.1 veces de la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador, desde la fecha de su exigibilidad hasta la de su extinción. Este interés se calculará de acuerdo con las tasas de interés aplicables a cada período trimestral que dure la mora por cada mes de retraso sin lugar a liquidaciones diarias; la fracción de mes se liquidará como mes completo. Este sistema de cobro de intereses se aplicará también para todas las obligaciones en mora que se generen en la ley a favor de instituciones del Estado, excluyendo las instituciones financieras, así como para los casos de mora patronal ante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.". "Art. 85.- Notificación de los actos administrativos.- Todo acto administrativo relacionado con la determinación de la obligación tributaria, así como las resoluciones que dicten las autoridades respectivas, se notificará a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones, con arreglo a los preceptos de este Código. El acto de que se trate no será eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación." "Art. 95.- Interrupción de la caducidad.- Los plazos de caducidad se interrumpirán por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente. Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente. Si al momento de notificarse con la orden de determinación faltare menos de un año para que opere la caducidad, según lo dispuesto en el artículo precedente, la interrupción de la caducidad producida por esta orden de determinación no podrá extenderse por más de un año contado desde la fecha en que se produjo la interrupción; en este caso, si el contribuyente no fuere notificado con el acto de determinación dentro de este año de extinción, se entenderá que ha caducado la facultad determinadora de la administración tributaria. Si la orden de determinación fuere notificada al sujeto pasivo cuando se encuentra pendiente de discurrir un lapso mayor a un año para que opere la caducidad, el acto de determinación deberá ser notificado al contribuyente dentro de los pertinentes plazos previstos por el artículo precedente. Se entenderá que se ha interrumpido la caducidad de la orden de determinación si, dentro de dichos plazos el contribuyente no es notificado con el acto de determinación, con el que culmina la fiscalización realizada.".* **3.1.6.- Las normas denunciadas son subsumibles a los hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia de instancia.-** Esta Sala considera que el fallo recurrido registra como hecho probado que en las Actas Borrador de Determinación Complementaria se han reconocido los valores cancelados por el sujeto pasivo, tanto del ejercicio económico 2004, como 2005 y que la condonación del 25% ha sido aceptada por la Administración Tributaria conforme se desprende la Resolución N° 111012010RREC000115 en el numeral 4.6.4. así como el hecho de que cuando el actor realizó los pagos previos en plazos, la obligación tributaria ya había nacido y era exigible al corresponder a los ejercicios fiscales 2004 y 2005 siendo el actor consciente de ello por lo que hizo una declaración sustitutiva y solicitó facilidades de pago a la Administración Tributaria. **3.1.6.1. Resolución sobre la falta de aplicación de los Arts. 19, 21 del Código Orgánico Tributario:** Hay que señalar que la obligación tributaria de acuerdo a lo que establece el Art. 15 del Código Orgánico Tributario es: *"el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.".* La obligación tributaria se la debe entender como el vínculo jurídico que se establece por mandato de ley, entre el Estado y la persona natural o jurídica que incurra en el hecho generador del tributo. El tratadista Giulliani Funrouge, Carlos M, en la obra Derecho Financiero, Volumen 1, Tercera Edición, Ed. Depalma. Buenos Aires,

1976. p. 349 respecto a la obligación tributaria señala: *"El contenido de la obligación tributaria es una prestación jurídica patrimonial, constituyendo, exclusivamente, una obligación de dar, de entregar sumas de dinero en la generalidad de los casos o dar cantidades de cosas, en las situaciones poco frecuentes en la que el tributo es fijado en especie, para que el Estado cumpla sus cometidos, pero siempre se trata de una obligación de dar. Conceptuando a la obligación tributaria como el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto (deudor) debe dar a otro sujeto que actúa ejerciendo el Poder Tributario (acreedor), sumas de dinero o cantidades de cosas determinadas por la Ley. Esto es, el deber de cumplir la prestación, constituye una parte fundamental de la relación jurídica tributaria, constituyendo el centro motor del derecho tributario o como un aspecto importante de él, es indudable que representa el objetivo principal de la actividad desarrollada por el Estado para allegarse recursos pecuniarios.".* **3.1.6.1.1.** Considera esta Sala que de acuerdo a lo establecido en la normativa, esto es en el Art. 18 del Código Orgánico Tributario, nace la obligación tributaria cuando se realiza el presupuesto que la ley establece para configurar el tributo (hecho generador), pero es exigible (Art. 19 del citado Código) a partir de la fecha en que la ley señala al efecto, y en el caso de que deba presentar declaración el sujeto pasivo, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de tal declaración y cuando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación. **3.1.6.2.** Si dentro de los plazos señalados y en uso de la facultad determinadora, la Administración Tributaria establece la cuantía del tributo, los pagos realizados anticipadamente por dicho tributo, las diferencias por pagarse, los intereses y las multas, es evidente que dentro de este proceso determinativo se trataron de varios aspectos de la misma obligación (Impuesto a la Renta) entre otros, los pagos realizados, bajo distintas circunstancias pero en honra a la obligación impositiva conforme los hechos probados descritos en el desarrollo del numeral 6.5. del edicto recurrido, de conformidad a lo señalado en el Art. 47 del Código Orgánico Tributario, que dice: *"Cuando el crédito a favor del sujeto activo del tributo comprenda también intereses y multas, los pagos parciales se imputarán en el siguiente orden: primero a intereses; luego al tributo; y, por último a multas",* (pese a no ser admitido este artículo como norma infringida se lo menciona como parte de la motivación de este fallo al tener relación directa con el controvertido), por lo tanto habiendo la ley señalado la forma de imputar los pagos parciales a una misma obligación, y de acuerdo a los hechos probados por la Sala de instancia, no caben las alegaciones del actor respecto a que existen pagos previos que no pueden imputarse a la determinación efectuada por la Administración Tributaria. Por lo expuesto esta Sala considera que no existe falta de aplicación del Art. 19 del Código Orgánico Tributario. **3.1.6.3.** En cuanto a la falta de aplicación del Art. 21 del Código Orgánico Tributario que tiene relación con los intereses causados, Esta Sala Especializada indica que el fallo recurrido no determina dentro de los hechos probados una decisión en relación al tema en mención, por tanto no cabe la alegación de la falta de aplicación de dicha norma cuando no existen hechos subsumibles a la misma. Por lo expresado no se ha configurado la causal primera invocada por el recurrente. **3.1.7.- Resolución sobre la falta de aplicación del Art. 85 del Código Orgánico Tributario y aplicación indebida del Art. 95 del mismo cuerpo legal.-** Esta Sala iniciará mencionado que el contenido de esta normas fue descrito en el numeral 3.1.5 del presente fallo y para verificar si se produjo la falta de aplicación e indebida aplicación de las mismas es menester que se realice un pronunciamiento acerca de lo que establece el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que señala: *"ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.".* El Art. 70 ibídem dispone: "ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.- *Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.". Y el Art. 74 del mismo cuerpo legal señala: "IMPUGNACIÓN.- Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acta administrativa que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo.".* **3.1.7.1.** Esta Sala manifiesta, que: **1.** En primer lugar se debe tener en consideración los conceptos de acto administrativo y de actos de simple administración; así tenemos los Arts. 65 y 70 del

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en cuyas disposiciones se establecen los conceptos de las figuras en mención, los actos de simple administración o de mero trámite son una serie de actuaciones, vías o caminos a seguir por parte de la Administración para conseguir un acto o resolución final, es decir el acto administrativo. La doctrina establece que los actos administrativos son aquellas manifestaciones de voluntad investidos de poder público que se efectúan en ejercicio de la gestión administrativa, y que producen efectos individuales; cabe precisar que estos actos, deben ser notificados, para que surtan efectos, pero los actos de fiscalización, entendidos como actos de simple administración, no necesitan ser notificados por tratarse de actos, "medio" y no actos "fin". **2.** Al establecerse la diferencia entre el acto administrativo y el acto de simple administración, se tiene que el acto administrativo al producir efectos jurídicos directos al administrado debe obligatoriamente ser notificado, con el objeto que el administrado pueda revertir la decisión de la Administración si considera que es errada; mientras que el acto de simple administración no necesariamente debe ser notificado, puesto que producirá sus efectos jurídicos únicamente con la emisión del acto administrativo definitivo y en razón de que al ser autos medios de una preparación no afecta le decisión final de la administración. **3.** La Administración Tributaria en el ejercicio de su facultad determinadora prevista en el Art. 68 del Código Orgánico Tributario, dentro del ejercicio de la gestión pública, necesariamente debe conducir su actuación por intermedio de actos de simple administración, los cuales no están en la obligación de ser notificados al contribuyente, en virtud que no producen efectos jurídicos directos en su contra, este es el caso de los **avances de determinación** a los que se refiere el segundo inciso del Art. 95 del Código Orgánico Tributario, los cuales en razón del contenido de dicha disposición deben realizarse cada quince días. Se debe tener en consideración que estos denominados "avances de determinación" o "actos de fiscalización" como se los denomina en el segundo inciso del Art. 95 ibídem, corresponden no solamente a requerimientos de información que efectúa la Administración Tributaria, o diligencias contables las cuales necesariamente deben ser notificadas a los contribuyentes, sino que también corresponderían a trabajos internos de cruces de información, verificación de bases de datos, etc. (actuaciones conforme lo establece el Art. 91 del Código Orgánico Tributario), los cuales no se encuentran en la obligación de ser notificados, pero que deben obligatoriamente constar en los expedientes de la Administración Tributaria con el objeto que se pueda verificar el avance de la determinación y que la misma no haya sido interrumpida por más de quince días, conforme lo ordena el Art. 95 del Código Orgánico Tributario en su inciso segundo. **4.** Esta Sala Especializada ya se ha pronunciado al respecto en los fallos de los recursos Nos. 355-2012 y 490 2012 cuyos extractos se procede a citar a continuación: **Fallo 355-2012: "a.5.-** *La actora ha alegado que el acto determinativo tiene falta de validez toda vez que el mismo se dejó de continuar por más de 15 días consecutivos por lo que no tiene efecto conforme el art. 95 segundo inciso del Código Tributario; de la revisión de la resolución impugnada y del expediente anexo como prueba, se ha evidenciado que existe constancia que se han realizado requerimientos de información debidamente notificados, oficios notificados y oficios quincenales dentro de la auditoría realizada. A lo dicho y en atención a los oficios quincenales, es pertinente transcribir el texto del artículo ya mencionado: "Art. 95.-Interrupción de la caducidad.-Los plazos de caducidad se interrumpirán por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente.-Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente. (...)"el subrayado es de la Sala. Sin embargo, es criterio de esta Sala que los informes de avances de determinación se enmarcan dentro de los conceptos de actos de simple administración; así, como norma referente tenemos el art. 70 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que dispone que se consideran actos de simple administración a: "Art. 70.-ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.-Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia" el subrayado es de la Sala; la diferencia entre un acto administrativo y un acto de simple administración se da por los efectos que cada uno produce; en consecuencia, un acto administrativo al*

producir un efecto directo debe ser notificado al contribuyente para que surta efectos, de lo contrario resultaría ineficaz; mientras que, un acto de simple administración, al ser una declaración interna que produce efectos indirectos, no está obligado a notificarse, sin que ello afecte su eficacia. Del análisis precedente, esta Sala evidencia que no se ha producido la suspensión de los actos de fiscalización"., **Fallo 490 2012:** ***"5.2.*** *Caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria, al respecto esta Sala considera:* ***a)*** *La compañía accionante ha indicado que caduco la facultad de la Administración Tributaria como consecuencia de la suspensión de los "actos de fiscalización" por más de 15 días, conforme lo manifiesta el art. 95 del Código Tributario;* ***b)*** *El criterio de esta Sala respecto a la naturaleza de los actos de fiscalización, se enmarca dentro de los conceptos de "actos administrativos" y "actos de simple administración";* ***c)*** *Como norma referente tenemos el art. 70 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que dispone que se consideran actos de simple administración a "... toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia" (el subrayado le pertenece a esta Sala); la diferencia entre un acto administrativo y un acto de simple administración se da por los efectos que cada uno produce, en consecuencia, un acto administrativo al producir un efecto directo está llamado a ser notificado al contribuyente para que surta efectos; mientras que, un acto de simple administración al ser una declaración interna que produce efectos indirectos no está obligado a notificarse, sin que esto afecte su eficacia;* ***d)*** *La Sala A quo en su sentencia emitida ha concluido indicando que, en el caso en referencia la facultad determinadora de la Administración Tributaria no ha caducado toda vez que del proceso se ha evidenciado que los actos de simple administración no han dejado de efectuarse dentro de 15 días actuaciones lo cual es confirmado por esta Sala concluyendo así que no ha existido aplicación indebida del 95 del Código Orgánico Tributario por parte del Tribunal juzgador, peor aún falta de aplicación del art. 85 Ibídem."* **3.1.7.2)** El Tribunal A quo luego de citar un fallo expedido por la Corte Nacional de Justicia cuyo asunto de fondo considera idéntico a la alegación del actor, como hecho probado concluye sobre el tema que: *"...la alegación hecha por el recurrente de haberse producido la inactividad por parte de la Administración Tributaria en la fase administrativa, no procede por cuanto dentro de las actuaciones de la administración es normal y procedente la existencia de informes internos, memorandos, etc., que forme parte del proceso de determinación, teniendo los mismos como finalidad, el servir de base para la emisión de la respectiva acta de determinación o resolución.".* **3.1.7.3)** En cuanto a la falta de aplicación del Art. 85 del Código Tributario que tiene relación con la notificación de los actos administrativos, esta Sala Especializada indica que el fallo recurrido no determina dentro de los hechos probados una decisión en relación al tema en mención, por tanto no cabe la alegación de la falta de aplicación de dicha norma cuando no existen hechos subsumibles a la misma. Por lo expresado no se ha configurado la causal primera invocada. **3.1.7.4)** Ahora bien en función de los hechos probados por la Sala de instancia en el numeral 6.4 del fallo recurrido, y por el análisis realizado en el numeral 3.7.1.1) de este fallo, esta Sala Especializada coincide con el criterio expresado por el Tribunal A quo y en consecuencia considera que no existe indebida aplicación del Art. 95 del Código Orgánico Tributario, por lo tanto no se ha configurado la causal primera invocada, en consecuencia queda resuelto el problema jurídico enunciado en el numeral 2.2. del presente fallo.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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

No se casa la sentencia y por lo tanto se desecha el recurso de casación interpuesto. Sin costas. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

III

Resolución nro. 0010-2014
Juicio nro. 165-2010

Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General Suplente y por tanto Representante Legal de la Compañía DENMAR S.A., contra el Director Regional Norte de Servicio de Rentas Internas.- Impugnación de resolución que confirma el Acta de determinación del Impuesto a la Renta por el ejercicio fiscal del año 2006

SÍNTESIS

El Gerente General Suplente y por tanto representante legal de la compañía DENMAR S.A., presenta demanda contencioso tributaria de impugnación, en contra de la Resolución emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, que ha confirmado el acta de determinación, con la que se le ha determinado un impuesto a la renta a pagar por el ejercicio fiscal 200. La Procuradora Fiscal, en la contestación de la demanda indica que durante la tramitación del reclamo administrativo, se cumplió con todas las etapas prevista en la ley y así al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 96 numeral 3 del Código Tributario. El Tribunal de lo Contencioso Tributario establece que la Administración Tributaria, en una determinación directa, no podía establecer presunciones sobre partes relacionadas, debiendo dar cumplimiento al pronunciamiento emitido por Autoridad competente, por lo que procede a aceptar la demanda planteada y dejar sin efecto la resolución y el acta de determinación. Por no estar de acuerdo con esta resolución el Representante de la Administración Tributaria interpone el recurso de casación en base a las causales quinta y tercera de la Ley de casación, alegó la falta de aplicación de los Arts. 270 del Código Tributario; 9, 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 115 del Código de Procedimiento Civil y 274 del Código de Procedimiento Civil y como norma indirecta se fundamentó en la aplicación indebida del Art. 91 del Código Tributario. Una vez analizado el recurso planteado, La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia declara la nulidad de la sentencia y expide la sentencia que corresponde aceptando parcialmente la demanda interpuesta y confirmar la legitimidad de la Resolución dejando sin efecto el recargo del 20% sobre el principal, por la consideración expuesta en el punto 6.8.3. de este fallo.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2010-0165

Jueza Ponente: Dra. Sandra Maldonado Puente

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No. 1, CUARTA SALA. Quito, lunes 18 de noviembre del 2013, las 09h24. **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente acción en virtud de la Resolución No. 024-2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura de 23 de abril de 2013, publicada en el Registro Oficial No. 953 de 14 de mayo de 2013 y la reforma al Código Orgánico de la Función de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio de 2013, por las que se nos nombra juezas y jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1. Comparece a esta Judicatura el señor José Begnini López, en calidad de Gerente General Suplente y por tanto representante legal de la compañía DENMAR S.A., conforme lo demuestra con la copia certificada del nombramiento otorgado a su favor, constante a fojas 12, y presenta demanda contencioso tributaria de impugnación, en contra de la Resolución No. 117012010RREC35559 de 20 de octubre de 2010, emitida por el Director Regional Norte del

Servicio de Rentas Internas, que ha confirmado el acta de determinación No. 1720100100061 de 08 de abril de 2010, con la que se le ha determinado un impuesto a la renta a pagar por el ejercicio fiscal 2006 de USD 78,971.09, con un recargo del 20% sobre el principal de USD 15,794.22, más los respectivos intereses, con lo cual manifiesta su desacuerdo. **1.- LA DEMANDA:** El actor, mediante demandad presentada el 19 de noviembre de 2010 dentro del término establecido en el art. 229 del Código Tributario, constante a fojas 1 a 11 del proceso, indica que el 27 de marzo de 2009 se emitió la orden de determinación No. 2009170042, con lo cual se inició el proceso de verificación de la declaración de la Compañía por impuesto a la renta del año 2006. Que el 12 de febrero de 2010 se emitió el acta borrador de determinación No. RNO-FITADBl10-00040 respecto de la obligación determinada, a la cual la Compañía presentó las observaciones del caso, ninguna de Las cuales fueron tomadas en cuenta y el 08 de abril de 2010 se procedió a emitir el Acta de Determinación No. 1720100100061 por impuesto a la renta del 2006. Que por cuanto el acta se levantó contraviniendo expresas disposiciones legales referentes a la facultad determinadora de la Administración Tributaria, interpuso su reclamo administrativo en contra de la misma para que se revise el acta e indicando las razones por las cuales esta es errada y no aplicable, sin embargo el 20 de octubre de 2010 se emitió la resolución No. 117012010RREC035559, que negó su reclamo, confirmó el acta y no consideró ninguno de los fundamentos de hecho y derecho expresados en el mismo, por lo cual la impugna en su demanda. **1.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LA DEMANDA:** El actor impugna la Resolución No. 117012010RREC03559, ya que en la misma no se han observado las normas referentes al debido proceso, término probatorio y audiencia que solicitó en su momento a la Autoridad demandada para probar sus argumentos y desvanecer el Acta de Determinación emitida. Que en la emisión del Acta de Determinación No. 1720100100061 se aplicó una normativa tributaria distinta a la vigente en el ejercicio económico del 2006, entonces hay una aplicación retroactiva de la ley que causa nulidad de todo lo actuado toda vez que viola los derechos constitucionales sobre el régimen tributario constantes en el artículo 300 de la Constitución de la República. Que además la resolución emitida carece de motivación suficiente, ya que la misma se ha limitado solamente a enunciar normas legales, reportes estadísticos e información no relacionada al sujeto pasivo, con el fin de crear impuestos inexistentes. Indica que el SRI en su actividad determinadora, por ser una facultad reglada, no se ha ceñido estrictamente a dicha potestad en la forma que las leyes lo disponen, es decir que no podía realizar prácticas determinativas regladas propias de la determinación presuntiva, cuando sí es posible la determinación directa, por cuanto la Administración Tributaria está aceptando que la contabilidad de la Compañía actora es "aceptable por razones fundamentales" y que "presenta mérito suficiente" para que no se establezca una determinación presuntiva como lo prevé el art. 92 del Código Tributario, pues la actividad de DENMAR S.A. es acreditable mediante su contabilidad; y pese a ello en el proceso determinativo ha aplicado coeficientes, precios de referencia y estadísticas de mercado, específicamente en la determinación de los ingresos por ventas en exportaciones, en donde utiliza una "metodología aplicada" con el fin de establecer un precio referencial a los tallos de flor y así determinar el total de las ventas y la corrección de precios al informe de precios de transferencia. Que estas prerrogativas, que son propias de la determinación presuntiva, debió ajustarse a lo establecido en los artículos 209, 210 y 211 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir debió fundamentar el uso de la determinación presuntiva, situación que no la realiza ya que como lo manifiesta en su acta de determinación, realiza una determinación directa, por lo tanto el acta es nula por los errores de derecho implícitas en su emisión. Que lo único que se ha buscado es generarle a la compañía más ingresos y a consecuencia de ello, provocar deliberada e injustificadamente más impuesto a la renta. Manifiesta, que en el evento no consentido de que se niegue el fundamento anterior, impugna los precios de transferencia establecidos por cuanto la Autoridad demandada para dicho análisis ha utilizado "precios de rosas F.O.B MIAMI", cuando las ventas de DENMAR se realizaron a un precio "EXWORK'S o EXFÁBRICA – QUITO", más aún cuando estos productos son despachados por la actora en Quito, ya que precios FOB-MIAMI son precios de venta del producto en Miami hacia terceros; precios que incluyen transporte interno, transporte internacional y todos los costos que implica la exportación de la flor a Miami, mientras que el precio EX_WORK'S es el precio de la rosa fijado para la venta "en la

GACETA JUDICIAL

finca" o "en la fábrica", por lo que los costos de transporte nacional, seguro del producto, transporte y manejo internacional no son asumidos por la Empresa que compra el producto, sino por Denmar, por lo que no se han comparado situaciones similares. Que se ha establecido en el numeral 3.6.12 del acta impugnada que la compañía se encuentra vinculada al grupo florícola HOSA (Horticultura de la Sabana S.A.) de origen colombiano, y que mantiene relaciones comerciales con las siguientes partes relacionadas Prohosa Ltda. C.I. Hosa Cía. Ltda., Hosa Internacional y Bloemen Trading B.V., todo lo cual consta en el informe de precios de transferencia sin embargo es necesario aclarar y diferenciar las empresas relacionadas por participación accionarial y las relacionas por volumen de transacción. Que, en el primer caso, indica, se debe analizar la participación directa o indirecta en la dirección, administración, control o capital de la otra y si en las operaciones entre dichas empresas relacionadas existe una plena competencia; y en el segundo caso analizar la proporción de las transacciones entre las partes, mecanismo de precios usados en tales operaciones y la existencia de la plena competencia; entonces la Administración Tributaria, al realizar este análisis, llega a la conclusión que entre Denmar y las tres primeras las operaciones sí se condujeron de acuerdo al principio de plena competencia, sin embargo respecto de Bloemen Trading B. V. considera que en su IPT omitió incluirla como parte relacionada, cuando en el informe sí está considerada como tal, por el volumen de transacciones puesto que con la misma se constituyen más del 95% de las ventas durante el 2006, que superan los USD 7'000,000.00. Que, en el acta impugnada, numeral 3.6.1.2, se ha realizado un cuadro de las transacciones, en el que se da a entender que su representada se encuentra inmersa en un esquema de triangulación comercial con el fin de evadir el principio de plena competencia, por lo que estaría creando ventas ficticias, tendientes a evadir obligaciones fiscales en el Ecuador. Que según el acta se presume que el total de su producción de rosas le estaría vendiendo Denmar directamente a HOSA INTERNATIONAL (su relacionada), utilizando como una intermediaria a Bloemen Trading C.V., lo cual lo rechazan expresamente, ya que conforme consta en su IPT Hosa International se encuentra vinculada a Denmar por la importación de material de empaque, es decir que Denmar compra productos a Hosa y no al revés, lo cual evidencia en la contabilidad de la Compañía. Explican, que respecto de la proporción de las transacciones con Bloemen, se evidencia lo siguiente. Denmar le vende a Bloemen su producción y Bloemen hace la exportación de las flores a sus clientes y consignatarios finales. Denmar por el acuerdo contractual hace el despacho y trámites de exportación del producto comprado por Bloemen, por lo que se deben diferenciar las operaciones formales de exportación del producto al exterior y la logística del despacho de cajas y producción de flor al exterior; y esta confusión es la que le lleva a la Autoridad demandada a concluir que, en vista de estas operaciones, la mayor compradora de la compañía es la que mayor cuenta por cobrar registra, y establecen que la relación con Bloemen no es por proporción de las transacciones, sino por participación accionaria, pues al ser el mayor deudor, Denmar estaría influenciado, direccionado y administrado por Bloemen Trading, lo cual es incorrecto. Que en el acta impugnada numeral 3.6.2.2, la Administración llega a la conclusión de que, en los mecanismos de precios de ciertas operaciones de exportación hechas por Denmar a Bloemen, existió un grado de flexibilidad en la fijación de precios, que no cabría en una relación entre partes independientes, de acuerdo al método seleccionado para la aplicación del principio de plena competencia, respecto de lo cual el actor indica que para que la Administración Tributaria realice la determinación, debió conocer el negocio de producción y venta de flores en el Ecuador, así como la determinación de los precios de facturación de dicha producción, para lo cual realiza una explicación técnica de la oferta y la demanda, las ventas al por mayor y menor, la colocación de la flor en el mercado de exportación, sobre la longitud de los tallos de las rosas relacionadas con el precio de las mismas y porqué la determinación no debía medirse por precio del tallo sino por metro cuadrado de producción, y las razones por las cuales no se pueden aplicar los precios obtenidos del "Portal de Noticias del Mercado de Frutas y Vegetales del Servicio de Mercadotecnia Agrícola del USD", toda vez que dicho precios, que corresponden al precio FOB en Miami, tiene relación con los precios de venta de los productos hacia terceras personas en los EEUU, más no refleja los precios de compra de los productos de Ecuador, especialmente de los precios de Denmar, que utiliza precios de venta en la finca o exfábrica, ante lo cual pierden eficacia los precios aplicados en los numerales 1,2,3 y 4 del numeral 3.6.2.2 del acta de

determinación, donde claramente establece que las exportaciones tuvieron como mercados de destino países como Argentina, Holanda, Rusia, Centroamérica, El Caribe, Canadá, EEUU, Indonesia, Europa Occidental, Países Bálticos y Países Escandinavos, por lo que no es posible aplicar "supuestos precios" de mercado en los EEUU, para todos los países del mundo. Que sobre la administración efectiva del negocio y la afirmación que realiza la Administración Tributaria de que Bloemen intervino en la administración del negocio de Denmar y el grupo Hosa, por cuanto 6,722 registros de exportaciones facturadas a Bloemen tuvieron como consignatario a Hosa International en Miami, dice el actor que esta consideración es improcedente ya que de los 50,000.00 registros de exportaciones, 6,722 apenas equivalen al 13% de las ventas y que por lo tanto no puede establecerse que ha existido la intermediación de un tercero entre el grupo de relacionadas situación que no aceptarían partes independientes, ya que no existe relación entre accionistas, no existe una relación entre administradores, no existe ninguna vinculación salvo una relación comercial de compra de la totalidad de la producción generada en el Ecuador con precios constantes y pagos oportunos. Que tampoco es cierto, como lo establece la Autoridad demandada que existe vinculación por una supuesta cesión de registro de marca de Hosa a Demnar, ya que la marca por la cual se pagan las regalías es de propiedad de Kingsley Ventures Limited y no es razón suficiente para justificar la supuesta relación de administración del negocio. Que tampoco puede establecerse que Bloemen es relacionada directa por función de la comercialización y ejecución del contrato, bajo la errónea consideración que realiza el SRI de que DEMMAR S.A. tiene una oficina que se dedica a la comercialización de las flores en el exterior, cuando lo que realmente mantiene Denmar S.A. es un departamento de logística para el envío de las flores a su cliente Bloemen, ya que es al único a quien le vende el 95% de su producción de flores, y que, en virtud del contrato exclusivo de venta que mantiene Denmar con Bloemen, no se ha cumplido la cláusula primera, por cuanto presume que Bloemen intermedió únicamente en la facturación de la flor, mas no en la distribución de los productos, situación que la Administración debe probar que es así y no actuar con base en presunciones. Para concluir, la Compañía actora, objeta el método utilizado por la Autoridad demandada para establecer el ajuste de precios de transferencia por cuanto al aplicarse el método de precio comparable no controlado (MPCC) y compararse únicamente precios, el margen bruto puede verse afectado por diferencias en las prácticas contables de las compañías comparables por la asignación de costos y gastos, por lo que de acuerdo con los lineamientos de a OECD y MMNT que fue aplicado por la Compañía, es el que mejor permite comprobar si los precios y valores de las transacciones realizadas por Denmar con sus partes vinculadas del exterior, afectan la determinación del impuesto a la renta en el Ecuador y cumplen con el principio de plena competencia, lo cual no permite el método aplicado por la Administración Tributaria, sobre todo cuando aplica comparables que distorsionan la comparación debida, por recurrir a información no relacionada con las transacciones que ha realizado la Empresa. Por todo lo indicado, impugna la Resolución No. 117012010RREC035559, y solicita que se dé de baja la misma y en consecuencia el acta de determinación No. 1720100100061 y se declare en firme la declaración presentada por la empresa en el año 2006- **2.- SORTEO**: Recibida la demanda en la Secretaria del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito, correspondió su conocimiento y resolución en virtud del sorteo realizado el 19 de noviembre de 2010, según consta a fojas 38 de autos, a la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito. La Sala a través de su Juez de Sustanciación, admitió a trámite la demanda mediante providencia de 08 de febrero de 2011 y ordenó citar con ella a la Autoridad demandada. **3.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**. Practicada la citación en debida forma, comparece a contestar la demanda la abogada Priscila Isabel Castro Hurtado, Procuradora Fiscal, quien indica: 1. Que durante la tramitación del reclamo administrativo, se cumplió con todas las etapas prevista en la ley y así al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 96 numeral 3 del Código Tributario, se abrió la causa a prueba por 30 días con la finalidad de contar con mayores elementos de análisis, con lo cual hace notar a la Sala, que la Administración Tributaria tanto en la etapa de determinación como en la tramitación del reclamo administrativo, dio la oportunidad a la Compañía actora, de presentar documentación que justifique las diferencias determinadas. Que sobre la audiencia, el art. 130 del Código Tributario, establece que la convocatoria a audiencia es facultativa de la Administración Tributaria, por lo tanto no es obligatorio; que también

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

puede ser solicitada a petición de parte, cosa que no sucedió en el presente caso. Por todo esto queda evidenciado que la Administración Tributaria respetó en todo momento el derecho de defensa del actor. Sobre la alegación de la parte actora, de que existe nulidad, manifiesta que el Código Tributario en su art. 139 considera que para que proceda la declaratoria de invalidez es necesario que concurran las circunstancias señaladas en los numerales 1 y 2 de esta norma jurídica, criterio que ha sido confirmado por la jurisprudencia ecuatoriana, en varios fallos que cita. Al respecto, tanto el Acta de Determinación No. 172201100100061 como la Resolución No. 7012010RREC035559 fueron emitidas por el Director Regional Norte del servicio de Rentas Internas quien ostenta la calidad de autoridad competente y, por otra parte, la Dirección Regional Norte cumplió con el procedimiento y las formalidades establecidas para los procesos de determinación y para la sustanciación del reclamo administrativo, garantizado en cada momento el derecho a la defensa del actor. En consecuencia, como en ninguno de los mencionados actos administrativos se ha incurrido en alguna de las circunstancias detalladas en el artículo 139 del Código Tributario, solicita que al momento de dictar sentencia confirme su validez. Que respecto de la falta de motivación en estos dos actos administrativos tomó en consideración los hechos con relevancia tributaria (fundamentos de hecho) así como también las normas jurídica aplicables a los mismos (fundamentos de derecho), motivándolos adecuadamente. Por consiguiente en el caso que nos ocupa, se han cumplido adecuadamente los presupuestos relativos a la motivación de los actos conforme el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República vigente en dicho año y el artículo 81 del Código Tributario. Que acerca de la determinación, el actor en el libelo de su demanda alega que la Administración Tributaria realizó en realidad una determinación presuntiva, lo que no es cierto por las siguientes razones: 1. Durante la ejecución del proceso determinativo en todo momento se respetó el procedimiento establecido en la ley; por lo que la Administración Tributaria no incurrió en errores de procedimiento que causen indefensión al actor por cuanto cumplió con el presupuesto legal para ejecutar la determinación de la obligación tributaria. 2.- Que lo que se realizó es una determinación directa, ya que en el ejercicio de la facultad determinadora que involucra controlar la veracidad de la información con la que se llegó a obtener la base imponible y sobre la cual se produjo el respectivo impuesto, se establece claramente que la determinación se hará sobre la base de la declaración del propio contribuyente y entre otras con la información que posea la Administración Tributaria, así como de otros documentos que existan en poder de terceros, parámetros que se cumplen a cabalidad en el presente caso, en tal consideración, mal se puede hablar de que se efectuó una determinación presuntiva, ya que esta solamente se la podía efectuar cuando no fuera posible la determinación directa o por falta de declaración del sujeto pasivo. Que la propia normativa legal de precios de transferencia establece los parámetros para aplicar los diferente métodos; pues no existe ninguna disposición legal que indique de manera expresa o tácita, que las regulaciones aplicables a precios de transferencia de bienes o servicios correspondan a la determinación presuntiva, por el contrario, entendiendo de manera literal el sentido jurídico de la Legislación Tributaria Vigente para el año 2006, el Servicio de rentas Internas realizó el proceso de determinación de conformidad con lo establecido en el art. 91 del Código Tributario, referente a la determinación directa y los artículos 66.1, 66.2, 66.3, 66.4, 66.5 y 66.6 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario vigente en el año 2006, lo cual respalda el análisis y los ajustes por precios de transferencia realizados, quedando así desvirtuado el argumento del actor referente a la aplicación de disposiciones legales para la regulación de precios de transferencia, que no estaban vigentes para el año 2006 y peor aún que se le hay realizado una determinación presuntiva, cuando la Administración Tributaria ejerció su facultad determinadora sobre la base de la declaración de la parte actora. Argumenta, que justamente en ejercicio de esta facultad determinadora, la Administración Tributaria verificó la información declarada por DENMAR S.A. con la siguiente información reportada por terceros en el puerto de embarque (F.O.B. en Miami) de importaciones a través de Miami: 1. Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EEUU (USD) y su portal de Noticias de Mercado de Frutas y Vegetales (Agricultural Marketing Service, Fruit and Vegetables Market News, USD, Washington, DC., USA.);2. Los reportes originales con la información sobre rosas se denomina MH FV221, de la cual la Administración Tributaria cuenta con una copia inquebrantable de los mismos; 3. Guía del Usuario de la

Noticias del Mercado de Frutas y Vegetales, Programas de Frutas y Vegetales, Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EEUU, actualizado en mayo de 2009 ("Fruit and Vegetable Market News user Guide", Fruit and Vegetable Programs, Agricultural Marketing Services, USD); 4. Sistema de Comercio Agrícola Mundial (Global Agricultural Trade Systern), GI/TS por sus siglas en inglés; 5. Consultas avanzadas de datos sobre el comercio de productos piscícolas, forestales, textiles y agrícolas, entre ellos rosas, claveles y pompones. Este sistema fue proporcionado por el Servicio de Agricultura Extranjera (Foreign Agicultural Services) FAS por sus siglas en inglés, del Departamento de Agricultura de EEUU (United States Departament o Agriculture) USD por sus siglas en inglés"; 6. Movimientos históricos de volúmenes de rosas por día de importaciones a través de Miami, Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EEUU y su portal de noticias del Mercado de Frutas y Vegetales (Agricultural Marketing Services, Fruit and Vegetables Market News USD, Washington, DC. USA); 7 Formularios anuales y trimestrales (10k y 10Q respectivamente) correspondiente al ejercicio económico 2006 de Hines Horticulture Inc. Comisión de intercambios Fiduciarios de los Estados Unidos de América (Securities and Exchange Comission SEC); 8. Memoria y estados contables correspondientes a los ejercicios económicos finalizados el 31 de diciembre de 2006 y 2005, S.A. San Miguel A.G.I.C.I. y F. Comisión Nacional de Valores de la República Argentina; 9. Informes anuales de 2004, 2005 y 2006, formularios trimestrales 10Q de 2006 y formulario 10-K (SEC) de 2006 de Chiquita Brands International Inc.; 10 Formularios Trimestrales 10-Q de 2006 y 10-K de 2006 de ML Macadamia Orchards, L.P (SEC); y, 11. Formulario anual 20-F de 2004, 2005 y 2006 de Fresh del Monte Produce. Inc. (SEC). Con toda esta información la Administración realizó el siguiente análisis de los antecedentes del contribuyente y de su grupo: Que la empresa actora, se encuentra vinculada al grupo florícola internacional HOSA. (Horticultura de la Sabana S.A.), de origen colombiano; que con sus relacionadas, mantuvo operaciones comerciales y financieras, así: a) Con Phosa Ltda., la importación y exportación de esquejes; b) Con C.I. Hosa Ltda. el otorgamiento y mantenimiento de préstamos y el correspondiente pago de intereses; c) Con Hosa International, importaciones de material de empaque; y, d) Con Bloemen Trading B.V., a quien Denmar vendió el 98% de sus exportaciones. De acuerdo con su IPT, el actor considera que existe una vinculación con Prohosa Ltda., C.1, Hosa Ltda. Y Hosa International, de acuerdo al numeral 3 del artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus reformas. En la sección correspondiente a partes vinculadas y transacciones sujetas a análisis (pág. 24 IPT 2006) y a lo largo del documento, el actor no incluyó a Bloemen como parte relacionada ni sus operaciones de facturación con esta, como sujetas al análisis de precios de transferencia. La Administración Tributaria en ejercicio de su facultad determinadora analizó la relación existente entre DENMAR S.A. y BLOEMEN con base en los siguientes argumentos: 1. Proporción de las transacciones. De acuerdo a la base de datos de packing list, en el 2006 Denmar facturó a Bloemen más el 97% del total de sus exportaciones, tanto en valor como en cantidad exportada, como consecuencia de la proporción de transacciones con clientes, los mayores compradores de una compañía son quienes mayores cuentas por cobrar registran, lo cual fue confirmado, según la Autoridad demandada, por la información de cartera entregada por el contribuyente en el proceso de determinación, que revela un valor de USD 649,556.69 de cuentas por cobrar a Bloemen versus USD 681,893.32 de cuentas por cobrar a clientes en total, es decir casi el 95% del total; así mismo, que los mecanismos de precios de ciertas operaciones de exportación, donde entre otros factores se diferencian los largos de tallo, demuestran que existió un grado de flexibilidad en la fijación de precios que no cabría en una relación entre partes independientes, de acuerdo al método seleccionado en aplicación del principio de plena competencia; si en el contrato suscrito entre el actor y Bloemen, establecieron invariablemente un precio de USD 0.16 en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2006; a lo largo de los meses de julio, agosto, septiembre y los días 1,2 y 3 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.20; del 4 al 23 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0,22; y, del 24 de octubre al 31 de diciembre de 2006 establecieron un precio invariable de USD 0.28. Estos precios se fijaron independientemente de si las rosas eran spray o híbridas de té (estándar). Para identificar los precios realmente establecidos, la Administración Tributaria analizó la base de datos de packing lists de 2006 entregada por el contribuyente. En esta base

se verificó que , entre los 58,497 registros de operaciones con Bloemeng, 24,454 registros, es decir un 41,80, se estableció invariable y exactamente un precio de USD 0.16 por tallo (El precio más bajo); es decir que DENMAR S.A. y BLOEMEN fijaron un precio invariable de USD 0,16 por tallo, para el 41,80 de sus ventas, sin considerar elementos vitales dentro del negocio florícola como son: la diferencia de precios dependiendo del tipo de flor por los costos de producción, fechas de venta pico como son Día de la Madre (mayo), 14 de febrero, festividades donde la flor puede ser vendida en un mejor precio por la demanda existente, el largo del tallo, aspectos entre otros que son decisivos para vender una flor en una operación realizada entre partes independientes. Además llama la atención que 41,80% de las ventas se haya realizado por el precio menor esto es USD 0,16, particularidades que difícilmente se darían entre partes independientes. 2. Administración efectiva del negocio. Donde se puede verificar que 6,722 registros de exportaciones facturadas a Bloemen tuvieron como consignatario a Hosa Internacional en Miami, compañía del grupo Hosa y declarada por Denmar como su parte relacionada. La intermediación de Bloemen en estas operaciones entre dos miembros del mismo grupo internacional demuestra que el negocio, tanto de Denmar y su grupo, como de Bloemen, fue administrado efectivamente en conjunto y bajo condiciones, como es la intermediación de un tercero en ventas entre dos partes relacionadas, que no aceptaría parte independientes. En segundo lugar, se ha observado que la relación entre Bloemen y el grupo Hosa no se ha producido solamente en la intermediación en la venta de flores, existen otros negocios en común, esto se demuestra en la cesión de los derechos de la marca comercial con logo "Fresh Label" registrada en la oficina de patentes y marcas de EE.UU. con el número de serie 76104671 y con el número de registro 2581131. La cesión fue hecha por C.L Hosa Ltda., de Colombia a favor de Bloemen el 10 de julio de 2009. Cabe señalar que la aplicación para el registro de esta marca la hizo Kingsley Ventures Limited el día 7 de agosto de 2000, la misma fecha en que también registró la marca comercial con logo (el logo del contribuyente) "Denmar" con el número de serie 76104670 y con el número de registro 2581130, es decir los números de serie y registros inmediatos anteriores a los respectivos números de la marca cedida a Bloemen. En esa misma fecha, es decir el 7 de agosto de 2000, Kingsley Ventures Limited registró la marca "Hosa" y e logo del grupo Hosa, que más tarde fueron cedidos a C.1. Hosa Ltda. Por último Kingsley Ventures Limited dueño de la marca "Denmar" en EEUU, en algunos de los documentos de los trámites en la oficina de patentes y marcas de EEUU, registra la misma dirección de las Islas Vírgenes Británicas que Bloemen (que registra su domicilio en ese territorio como sucursal), y en tercer lugar, analizando la función de comercialización en las operaciones de exportación del actor, se determina que el mismo ejerció funciones de comercialización que habrían sido responsabilidad de la empresa comercializadora, situación que no ocurriría si la relación se habría producido entre partes independientes. Así mismo, la Autoridad demandada considera que la domiciliación de Bloemen Trading en Holanda que es un paraíso fiscal, determina que no haya tenido una representación en el mercado norteamericano. Por todos estos aspectos la Administración Tributaria conforme lo establecido en el art. 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus Reformas establece que, para efectos tributarios en el período analizado, Bloemen Trading C.V. fue parte relacionada de Denmar S. A. por administrar efectivamente el negocio de Denmar; por la realización efectiva de la función de comercialización, por tener altas proporciones de transacciones entre sí en las exportaciones de Denmar facturadas a Bloemen, y por fijar precios con mecanismos que no habrán utilizado partes independientes, todos estos son factores que permiten revelar que Bloemen en varios momentos ha tenido gran influencia en la administración efectiva del negocio. En tal virtud, la Autoridad demandada consideró regular precios de transferencia, en las operaciones de exportación de bienes de propia producción realizadas en 2006 por el actor y cuyo cliente fue Bloemen pues, según indica, se verificó el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 91 del Código Tributario, tal como lo establece el artículo 66.5 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus reformas. En consecuencia, dice que la Administración Tributaria ha realizado el análisis de precios de transferencia de las operaciones de exportación a Bloemen, de acuerdo a la normativa legal vigente en el período analizado con una identificación de las operaciones realmente efectuadas, para lo cual la Administración analizó las operaciones de exportación de Denmar destinadas a EEUU, uno de los principales mercados

mundiales de consumo, y facturadas a Bloemen, sociedad holandesa relacionada al actor para fines tributarios de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho presentados anteriormente. El valor total, neto de notas de débito y notas de crédito, de las operaciones de exportación del actor asciende a USD 7,569.S97.41. De este valor, USD 7,391.720.83 (97.65%) corresponde a exportaciones netas facturadas en el año a Bloemen. Esta suma incluye USD 5,254,750.90 correspondiente a las operaciones analizadas. Con el fin de identificar las operaciones y funciones realmente efectuadas por Denmar y Bloemen, la Administración dice haber realizado un análisis de la función de comercialización, riesgos asumidos y términos contractuales en las operaciones analizadas, de donde concluyó que si bien Denmar envió los bienes comercializados a EEUU, de forma directa; las facturas de las transacciones realizadas las envió a Holanda, país al cual no se envió físicamente el producto; además porque considera que Denmar si realizó actividades de comercialización de bienes de procedencia extranjera en los mercados mundiales, ya que indica que los gastos operacionales relacionados con las ventas del 2006, ascendieron a USD 114,293.93; y por la constatación de un sitio web del grupo Hosa, a través del cual se realizaban las operaciones de comercialización de Denmar. Respecto de los riesgos, analiza la Administración Tributaria que son casi nulos, justamente por el bien que es comercializado, no está afectado por daños de obsolescencia, ni variación en tipo de cambio, ni riesgo de variación en los precios, aunque la Administración indica que observa la fijación invariable de precios a 0.16, cuando el precio de la flor varía según la temporada, y concluyen en un análisis respecto de los términos contractuales, alegando que algunos de los términos reflejados en el contrato, no se cumplieron estrictamente, como por ejemplo el territorio y la no intervención de terceros, en las obligaciones estipuladas, por lo que aseguran que el precio establecido entre Denmar y Bloemen y las condiciones de negociación fueron diferentes a los precios y condiciones que se hubieren pactado entre partes independientes. Luego pasa a considerar la selección del método por parte de la Administración Tributaria, en donde establece que la información sobre la cual realiza la selección de las comparables, es la del mercado de flores en Miami y del portal de noticias del mercado de frutas y vegetales, en donde se pone a disposición del público, reportes de precios históricos de varios productos entre ello precios unitarios de las rosas por día en el puerto de embarque (F.O.B. en Miami, de importaciones a través de Miami, para lo cual realizan la comparabilidad entre los bienes, cualidades, habilidad, disponibilidad volumen y oferta, tipo de negocio, funciones de activos y riesgos, período de las operaciones, ajustes de comparabilidad, largo de tallos, fecha de las ventas descuentos de precios de venta al importador, para finalmente establecer el rango de plena competencia y la mediana y establecer el ajuste por precios de transferencia con los valores de los precios en el mercado de EEUU con referencia a FOB Miami, de donde la Administración Tributaria concluye que el ajuste que debió haber realizado la compañía por precios de transferencia era de USD 629,987.68, y no de USD 238,000.00, por lo que existe una diferencia en ajuste de precios de transferencia de USD 391,987.68, por lo que solicita que se deseche la demanda y se confirme tanto el acta de determinación No. 1720100100061, como la Resolución No. 1170120010RREC035559, y alega además que la carga de la prueba está a cargo del actor y que los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. La Procuradora fiscal ha legitimado su intervención dentro de la causa, conforme consta a fojas 142 y 144 del proceso. La Sala mediante providencia de 16 de marzo de 2011, a fojas 147, califica la contestación a la demanda y apertura la causa a prueba por el término común de 10 días. **4.- DE LAS PRUEBAS:** Comparece en primer lugar la Autoridad demandada quien solicita: Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable a la Administración Tributaria, en especial la contestación a la demanda en la que se fundamenta plenamente su actuación; que se reproduzca y tenga como prueba a su favor la Resolución No. 11701210RREC035559; que se señale día y hora para que se lleve a cabo la diligencia de exhibición de los expedientes administrativos que culminaron con la emisión del acta de determinación No. 1720100100061 y la Resolución No. 117012010RREC035559; que se tenga en cuenta que el actor debe probar los hechos propuestos afirmativamente en su demanda, e, impugna la prueba presentada y que llegare a presentar la parte actora, en todo cuanto fuere ilegal, improcedente y ajeno a la litis. Luego comparece el Actor, a fojas 151 y 152, quien solicita: que se reproduzca a su favor todo lo que de autos le fuere favorable, en especial la demanda propuesta y sus fundamentos;

que se reproduzca a su favor la Resolución No. 11701210RREC03559 por las razones que indica; que se tome en cuenta que la actividad determinadora es reglada y que al proceso determinativo le son aplicables las normas de la determinación directa; que se señale día y hora para que se lleve a cabo una audiencia de inspección contable a los libros de la Compañía, en el domicilio principal de la misma; que se señale día y hora para que se lleve a cabo una diligencia de inspección judicial a la finca florícola de la Compañía, en la planta productora en la vía Tabacundo-Cayambe; que se oficie a la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas para que remita el expediente completo del proceso determinativo iniciado con la Orden de Determinación No. 2009170042, notificada el 27 de marzo de 2009 y que dio origen al Acta de Determinación No. 1720100100061 de 06 de abril de 2010; que impugna la contestación a la demanda presentada por la Administración Tributaria dentro del juicio, por carecer de asidero legal, interpretando a su arbitrio la normativa tributaria aplicable al caso; e, impugna todas las pruebas que presente o llegare a presentar el Servicio de Rentas Internas. Habiéndose evacuado todas las pruebas solicitadas por las partes en sus respectivos escritos de prueba, se agotó el trámite de la causa, por lo que corresponde dictar sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 273 del Código Tributario, para cuyo efecto se considera: **PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de lo que dispone el art. 220 del Código Tributario, en armonía con lo dispuesto por los artículos 173 y 178 número 3 de la Constitución de la República, y el art. 219 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** El proceso ha sido tramitado de conformidad con las normas pertinentes del Código Tributario, sin que se hubiere omitido solemnidad sustancial alguna, con observaría de las garantías del debido proceso previstas en el art. 76 de la Constitución de la República, por lo que no hay nulidad que declarar. **TERCERO.-** La Sala considera que el asunto medular de la demanda planteada consiste en establecer si la Administración Tributaria actuó conforme a las normas legales, al momento en que ejerció su facultad determinadora, observando las normas pertinentes que rigen dicha actividad reglada, y en consecuencia, si por la determinación realizada, puede exigírsele a la Compañía actora el pago del impuesto a la renta determinado. Conforme lo indicado en el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, complementado por la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Fiscal de la extinguida Corte Suprema de Justicia contenida en más de tres fallos concordantes y uniformes sobre el mismo punto de derecho que en el caso se vincula con el control de legalidad que el juzgador debe realizar tanto del acto administrativo de determinación impugnado como de los antecedentes del mismo y de todo aquello que se relacione con ese acto, incluso supliendo las omisiones que en derecho hayan incurrido las partes, es pertinente formular varias observaciones puntuales a los actos administrativos formulados que han culminado con el acta de determinación impugnada. Sobre el particular se establece que: **CUARTO.-** Analizadas la demanda, contestación a la demanda y las pruebas oportuna y debidamente actuadas en este proceso y que constan a fojas 41 a 108 y 126 a 146 del expediente, se observa lo siguiente: **4.1.** La compañía actora se dedica al cultivo en el país, de algunas especies de flores, las mismas que son vendidas a su único cliente en el exterior Bloemen Tranding C.V., con quien mantiene el 98% de la proporción de sus transacciones, es decir, es a esta a quien le vende prácticamente la totalidad de la cosecha de las flores. La Compañía actora ha establecido en su informe integral de precios de transferencia, que Bloemen, no es una compañía relacionada, pues no ha de se encuentra relacionada de forma directa. (sic). **4.2.** La Administración Tributaria ha glosado a la compañía actora, argumentando, básicamente que, "presume" que al venderle el 98% de la flor a Bloemen Trading C.V., está utilizando a un tercero relacionado para evitar tributariamente, algún tipo de imposición de su renta en el país, y por ello le ha realizado una determinación, en su decir, directa, por la que le realizó un ajuste por precios de transferencia y así determinó los efectivos ingresos, que podría haber obtenido si su tercero relacionado –como lo ha considerado el SRI- no hubiera intervenido en la venta de la flor. **4.3.** Dentro de la etapa de prueba, se realizó una diligencia de inspección ocular en la hacienda florícola, conforme consta a fojas 169 y vuelta del proceso, para verificar el proceso de producción y comercialización de la flor; y otra diligencia de inspección contable, a fojas 171 a 173 de autos, en la que se puso a consideración de la Sala la contabilidad de la Compañía, se nombró peritos para que, con sus informe, aclaren ciertos aspectos referentes a los actos que se juzga, quienes han presentado sus informes dando respuesta las preguntas

planteadas por las partes (Ingeniero Diego Gavilanes Alencastro a fojas 233 a 241 y C.P.A. Dudley Arellano a fojas 295 a 302). Consta también que se ha procedido con la exhibición del expediente administrativo de auditoría tributaria, donde constan las actuaciones realizadas por la Autoridad demandada en el proceso de fiscalización a la Compañía actora, a fojas 178 a 191; así como el Informe Integral de precios de transferencia que ha sido reproducido en la etapa de prueba, emitido por auditores independientes Deloitte & Touche, por el ejercicio fiscal finalizado al 31 de diciembre de 2006. **4.4.** Para el efecto, la Sala ha analizado la normativa tributaria vigente al año 2006 relacionada con la determinación directa, precios de transferencia, informes periciales, informe de precios de transferencia y acto impugnado, de lo que puede concluir lo siguiente: **QUINTO.- 5.1 Sobre la base imponible del impuesto a la renta.** El art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente al ejercicio fiscal auditado, disponía: "Base imponible. En general, 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". Es así como la base imponible del impuesto a la renta de la Compañía DENMAR S.A., en el ejercicio Sala de lo Contencioso con la totalidad de los ingresos verificados en dicho período impositivo, por la venta de la flores a su mayor cliente Bloemen situación que debía ser el (sic) la contabilidad del sujeto pasivo, pues la determinación realizada por éste, en su declaración de impuesto a la renta, debió efectuarse en virtud de los resultados que arrojó su contabilidad conforme lo establecido en el art. 21 ibídem, y que debía estar contenida en los libros de registros respectivos, con los valores consignados con base en los documentos de respaldo –situación que fue examinada en su momento por auditoría tributaria, por la Sala en la diligencia de exhibición de la contabilidad y por los peritos designados, al momento de emitir sus informe periciales-, sin que, al ejercicio fiscal 2006, haya sido legalmente exigible, obtener la base imponible del impuesto, con ingresos ajustados o aplicación de métodos no contemplados en la Ley; y, en tal virtud, no constantes en su contabilidad, ni en los documentos de respaldo que sustenta cada registro. Tenemos entonces que una contabilidad que cuenta con todos los soportes requeridos es legítima, y de igual forma la liquidación y declaración del impuesto a la renta realizada por el contribuyente, con base en los resultados de dicha contabilidad, respecto de los cuales le correspondía tributar conforme a las normas legales pertinentes. **5.2. Sobre la forma de determinación realizada por la Administración Tributaria a Denmar S.A.** En específico, la determinación por el sujeto activo puede ser de dos formas, o directa o presuntiva, y el Código Tributario nos indica en los artículos 91 y 92, cuando procede cada una de ellas, así: *"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 base 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 (...)"; "Art. 92 Forma presuntiva. Tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o presten mérito suficiente para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determina la ley respectiva."* El Acta de Determinación Tributaria impugnada dispuso, conforme consta en sus antecedentes, la realización de una determinación directa a la compañía Denmar S.A., es decir, la verificación, con base en su contabilidad, en primer lugar, de lo consignado en la declaración de impuesto a la renta del año 2006, y la correcta aplicación de las normas legales y contables a dicho ejercicio económico, sin que en el acta de determinación, se hubiere cuestionado de forma alguna, los registros contables y demás documentación de respaldo, por lo que ha dado mérito suficiente a la contabilidad y sus registros; y es con base en esta información contable, que la Administración Tributaria, debió efectuar la determinación, sin que pueda desmerecerla, cuando ha sido llevada acorde a la normativa vigente, por presunciones, en dicho momento, extra legales. Dentro del proceso de determinación directa –conforme

así lo indica la Autoridad demandada-, procedió a regular precios de transferencia, según la facultad establecida en el art. 91 del Código Tributario, vigente al ejercicio fiscal 2006, que al hablas sobre la determinación indicaba: *"(…) El sujeto activo podrá, dentro de la determinación directa establecer las normas necesarias para regular los precios de transferencia de bienes o servicios para efectos tributarios. El ejercicio de esta facultas procederá exclusivamente, en los siguientes casos: a) Si las ventas se efectúan al costo a un valor inferior al costo, salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que los bienes vendidos sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar transferencias en tales condiciones, para lo cual el sujeto pasivo presentará un informe al Servicio de Rentas Internas. b) También procederá la regulación si las ventas al exterior se efectúan a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta, a nivel de primer importador; salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que no fue posible vender a precios de mercado, sea porque la producción exportable fue marginal o porque los bienes sufrieron deterioro; y, c) Se regularán los costos si las importaciones se efectúan aprecios superiores de los que rigen en los mercados internacionales. Las disposiciones de este artículo contenidas en los literales a), b) c) no son aplicables a las venta al detal. Para efectos de las anteriores regulaciones el Servicio de Rentas Internas mantendrá información actualizada de las operaciones de comercio exterior para lo cual podrá requerirla de los organismos que la posean. En cualquier caso la administración tributaria deberá respetar los principios tributarios de igualdad y generalidad, así como las normas internacionales de valoración".* Sin embargo, es necesario e imprescindible que la Administración Tributaria para que regule precios de transferencia –como lo establece la norma- se cumplan los presupuestos de los literales a), b) y c), por lo que, fuera de estas tres situaciones, sería imposible que la Administración Tributaria regule precios de transferencia, en el ejercicio fiscal del año 2006, y como parte de una determinación directa; todo lo cual debe ser debidamente justificado. **5.3. Sobre la determinación de Precios de transferencia.** Entonces, la Sala juzgadora pasa a considerar si la regulación de precios de transferencia que ha realizado la Autoridad demandada es fundamentada, conforme a las normas legales que le atribuyen esta facultad, partiendo del hecho de que Denmar S.A. se le realizó una determinación directa, por así haberlo confirmado la Administración Tributaria. Precios de transferencia. De manera general, y sin formalidades económicas o legales, el precio de transferencia es el precio de los bienes transferidos o de los servicios pactados por parte de dos empresas que pertenecen a un mismo grupo económico o a una misma persona. En una negociación entre partes independientes también denominados terceros o empresas no relacionadas, normalmente las fuerzas de mercado (oferta y demanda) son las que determinan las condiciones, tanto de sus relaciones comerciales, como de las financieras. Sin embargo, puede llegar a existir un cuestionamiento (el cual se puede interpretar como una presunción) de que, en las negociaciones llevadas a cabo por partes relacionadas, las fuerzas de mercado no tengan una afectación directa en las relaciones comerciales y financieras bajo las mismas condiciones que las llevadas a cabo entre partes independientes. En palabras sencillas, podría darse el caso de que una de ellas (empresas relacionadas) le pueda vender más caro o más barato a la otra, sin que tengan mucho que ver las condiciones de mercado. Todo lo dicho implica que, para poder establecer que las transacciones se han efectuado a precios distintos a los que rige en el mercado, se debe dudar suficiente y justificadamente de la transacción, lo que conlleva a cuestionar la realidad de los datos y documentos soporte de la contabilidad, y por ende, la propia contabilidad. Pero este cuestionamiento, debe ser sustentado, ya que pretender desconocer la verdad contenida en un documento y en la contabilidad legítimas, donde las reglas para fijar precios reales para efectos tributarios y modificar una base imponible legalmente determinada, deben estar claramente previstas en una norma legal, esto en estricta observación del derecho a la seguridad jurídica y del principio de legalidad. Si bien, a partir del año 2005, Ecuador incluyó dentro de sus normas tributarias, un marco metodológico para conocer si los precios o márgenes de rentabilidad obtenidos en transacciones controladas (entre empresas relacionas) se ajustan a las condiciones normales de mercado, "principio (sic) concurrencia conocido internacionalmente como "Arm's Length", solo permita a la Administración, solicitar información a los sujetos pasivos relacionados con la (sic) que se examina, quienes estaban obligados a suministrarla, conforme se desprende los considerandos del Decreto Ejecutivo No. 2430, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 494 de 31 de diciembre de 2004, sin que se haya modificado,

por este hecho, la forma del cálculo de la base imponible del impuesto a la renta, contenida en el art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, realizada en función de una contabilidad debidamente respaldada. Principio de Plena Competencia. Para efectos tributarios se entiende por principio de plena competencia aquel en el que, cuando se establezca o impongan condiciones entre dos partes relacionadas, en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán cuantificadas y registradas. Partes Relacionadas. Para efectos tributarios, se consideran partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección administración, control o capital de la otra, o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad, domiciliado o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas. El artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus Reformas, vigente a la época, estableció que la Administración Tributaria podía establecer partes relacionadas por presunción, cuando las transacciones que se realizaren no se ajustaren al principio de plena competencia, lo cual fue declarado nulo por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 (sentencia emitida el 24 de octubre de 2005 dentro del juicio de impugnación No. 22891-2723-IS-V propuesto por la Cámara de Comercio de Quito, en contra del Decreto Ejecutivo No. 2430 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 494 de 31 de diciembre de 2004), en tal virtud la Administración Tributaria, en una determinación directa, no podía establecer presunciones sobre partes relacionadas, debiendo dar cumplimiento al pronunciamiento emitido por Autoridad competente. **5.2.1.** El acta de determinación y la resolución administrativa que son objeto de esta acción, indican las normas reglamentarias con base en las cuales han determinado un ajuste por precios de transferencia, respecto de las exportaciones realizada por Denmar S.A. a Bloemen Trading de Holanda, y para el efecto han presumido que existe una vinculación directa entre estas dos compañías, por cierto supuestos económicos. **5.2.2.** Consideran que el 98% de la producción de rosas se destina al mercado internacional, siendo su principal cliente la Compañía Bloemen Trading C.V. a quien se le vendió el total de su producción, a un precio ex fábrica o F.O.B. Quito, situación que la Sala indica, se ve reflejada en la contabilidad analizada, pues así lo han establecido los peritos en los informes periciales, y también en el informe integral de precios de transferencia, en el que, por tal razón, no se incluyó como parte relacionada a Bloemen Trading. C.V. **5.2.3.** La administración considera que al ser esta, la que mayor porcentaje de las ventas abarca, incurre en la dirección, toma de decisiones y manejo financiero de la empresa actora, por lo que ha presumido su relación e indica que debió considerarse como relacionada para efectos de ajustes en precios de transferencia sin embargo, conforme ya se estableció en líneas anteriores, dichas presunciones no podía realizar la Administración Tributaria, al haber sido declarada la nulidad parcial del art. 4 del Reglamento que establecía tal facultad; que además no es procedente pues las presunciones debe establecerla la Ley, con base en un procedimiento establecido y no a través de un reglamento. **5.2.4.** Luego auditoría tributaria ha analizado aspectos relacionados con los precios previamente convenidos con Bloemen Trading y su contrato de venta exclusiva, y los riesgos asumido por las partes en la comercialización de las rosas, por lo cual concluyen que los precios contractuales, no se ajustan al principio de plena competencia en consecuencia han realizado un ajuste por precios de transferencia en las exportaciones de flores que realiza Denmar S. A., presumiendo que la compañía Bloemen Trading es utilizada como una intermediaria; y, que se efectuó una triangulación para evitar la imposición ecuatoriana a los ingresos provenientes de la exportación de flores; situación que es rechazada de manera enfática por la empresa actora. **5.2.5.** La Autoridad demandada, para sustentar sus presunciones, al realizar el ajuste por precios de transferencia aplicó un precio FOB Miami a las ventas realizadas por Denmar S.A. a Bloemen Trading, contrario a lo que su contabilidad y facturas de venta sustentaban y que reflejaron que las ventas realizadas a Bloemen Trading, fue a un precio FOB Quito, sin que de los actos administrativos se justifique de manera alguna, la razón o razones para desconocer los registros contables, que demostraban dicha fijación de precios y en consecuencia poder aplicar un precio FOB Miami; lo cual además vuelve imposible la comparación de los precios

por ser precios distintos, en mercados distintos y que evidentemente arrojan resultados distintos a los obtenidos por la Compañía actora. Extender esa comparación a situaciones que no son comparables, sería desconocer el manejo real de la empresa, desconocer su contabilidad, sus ajustes e impuesto y aplicar –en este sentido- presunciones con base en precios que no pueden aplicarse en el mercado nacional. Así mismo, dicen los actos impugnados, que respecto de las características físicas de los bienes exportados –rosas-, han realizado la comparación, con base a los precios históricos reportados por el portal de frutas y verduras del USD, con rosas, que según manifiesta, tiene las mismas "características generales" de los bienes analizados tomando como referencia el largo de tallo de las rosas híbridas de té, en donde entran variedades como "colores surtidos", "Charlotte", "Forever Young" y "Freedom". La compañía actora en sus fundamentos de hecho y derecho, ha indicado, que era necesario que la Administración Tributaria conozca el negocio de las flores, ya que el precio internacional de las flores se fija con la "longitud de tallos", entonces a mayor longitud del tallo, mayor es el precio, de ahí que las rosas con tallos de 70 cm. de largo son las de mejor precio. Sin embargo, del análisis de la Administración Tributaria, no se puede establecer si Denmar S. A. produjo el mismo largo de tallo en toda sus variedades de rosas exportadas, para que pueda aplicarse los precios FOB Miami como lo ha establecido en el acta de determinación tributaria, de ahí que tampoco las características físicas de los bienes, conforme lo ha establecido auditoria tributaria, son comparables, por existir gran variedad de rosas y longitud de tallos que hacen variable el precio en el mercado. Otra de las comparaciones que realiza la Autoridad demandada, se refiere a los riesgos en la comercialización, de donde se desprende que, del análisis que ha realizado, concluye que Bloemen Trading no incurre en ningún riesgo, y que quien realiza la labor de comercialización es Denmar S.A. y no Bloemen Trading, sin embargo consta que en la realización de la inspección ocular a la finca florícola de la empresa actora, la Sala ha dejado constancia del proceso de producción y comercialización de los flores, así como de la forma de establecer el precio FOB Quito, situación adicional que permite concluir que el ajuste de precios de transferencia, que ha realizado la Administración Tributaria, no se han ajustado a las normas legales de una determinación directa. Por todo lo manifestado, y en virtud, de la Administración Tributaria ha realizado variaciones a la base imponible del impuesto a la renta, no contempladas en la Ley que rigen la materia; no ha sustentado de forma suficiente el ajuste por precios de transferencia que ha realizado, ni ha justificado en derecho las razones para desmerecer la realidad económica de las transacciones efectuadas por la compañía actora, ni la contabilidad reportada, y en general por no haber justificado la premisa legal contenida en el literal b) del art. 91 del Código Tributario, para que pueda regular precio de transferencia en una determinación directa, la determinación por precios de transferencia debe ser dada de baja, por no haberse apegado a las normas y al principio de legalidad y Reserva de Ley en virtud de ser la facultad determinadora un acto eminentemente reglado, al amparo de lo indicado por el art. 68 del Código Tributario, por lo que debió sujetarse, en todo momento, a las norma relativas a dicho ejercicio. **5.3. Respecto del recargo del 20% sobre el principal.** Para concluir, es necesario indicarle a la Administración Tributaria que sobre el recargo del 20%, establecido en el Art. 90 del Código Tributario, la Sala en aplicación de la resolución de triple reiteración 2 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011, dictada en el sentido de que: "Al construir 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, el 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", no era procedente aplicar en liquidaciones que realice, anteriores al ejercicio económico del año 2008". Por las consideraciones que se dejan expuestas, la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1 de Quito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta la demanda planteada por el señor José Benignini López,

representante legal de la Compañía DENMAR S.A. y deja sin efecto la resolución No. 117012010RREC03559 de 20 de octubre de 2010 y el acta de determinación No. 1720100100061 de 08 de abril de 2010, y la determinación que por impuesto a la renta del año 2006 ha realizado. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver el afianzamiento realizado a su favor, por parte del actor, por USD 9,476.53 que fueron depositados en la cuenta del Banco del Pacífico, con intereses desde la fecha del depósito, a la misma tasa de los créditos contra el sujeto pasivo. Sin costas. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Paola Valdivieso Cevallos, Jueza Presidenta. Dra. Sandra Maldonado Puente, Jueza. Dr. Ángel Loor Mera, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, jueves 30 de julio del 2015, las 08h41.-

ASUNTO: Resolución del recurso de casación interpuesto por el Dr. Patricio Vaca Castro, ofreciendo poder o ratificación y ruego de la Directora Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2013, a las 09h24 por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 17504-2010-0165, deducido por la compañía Denmar S.A., propuesto en contra de la Resolución No. 117012010RREC035559 de 20 de octubre de 2010, que resuelve confirmar el Acta de Determinación No. 1720100100061 de 8 de abril de 2010, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2006.

1. ANTECEDENTES

1.1.- El casacionista Patricio Vaca Castro, ofreciendo poder o ratificación y ruego de las autoridades demandas propone el Recurso de Casación en fecha 9 de diciembre de 2013 ante la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1, el mismo que mediante providencia de fecha 12 de diciembre de 2013, a las 14h24, fue denegado a trámite, por no haber sido interpuesto por parte legítima, conforme lo establecido en el Art. 4 de la Ley de Casación.

1.2.- En relación a lo antes descrito, el Dr. Patricio Vaca Castro y Ab. Priscila Castro, procuradores tributarios del Servicio de Rentas Internas, interponen un recurso de hecho, dentro del término previsto en el Art. 9 de la Ley de Casación, conforme obra del escrito de fecha 17 de diciembre de 2013, el cual, por intermedio de providencia de fecha 18 de diciembre del 2013, a las 11h45, fue aceptado a trámite y se procedió a remitir el expediente completo a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.3.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 9 de diciembre de 2013, el casacionista se fundamentó en la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de Casación, por considerar que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, estableció las normas infringidas tales como: Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación y con incidencia en la aplicación del Art. 91 del Código Tributario; y con respecto a la **causal tercera** de la Ley ibídem, alegó la *falta de aplicación* de los Arts. 270 del Código Tributario; 9, 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 115 del Código de Procedimiento Civil y 274 del Código de Procedimiento Civil y como norma indirecta se fundamentó en la *aplicación indebida* del Art. 91 del Código Tributario.

1.1.1.- Con relación a la **causal quinta** señaló, lo siguiente: *"(...) Es fundamental indicar a los H. Magistrados que la Administración Tributaria realizó una determinación directa, tomando como insumo fundamental la propia contabilidad de la empresa, acogiendo lo dispuesto por el Art. 91 del Código Tributario en lo relacionado con la determinación directa que se debe realizar 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, es por ello que la H. Sala*

motiva su fallo en que la Administración Tributaria vulneró el principio de legalidad y reserva de ley pues la H. Sala considera que la Administración Tributaria estableció la existencia de una parte relacionada por presunción, cuando en realidad lo que la Administración Tributaria, realizó como se indicará más adelante, es una determinación directa y dentro de ésta facultad aplicó los presupuestos del artículo 91 del Código Tributario y procedió en virtud del literal b), al regular las ventas al exterior, pues del análisis de los registros contables se reveló que el 98% de las ventas de DENMAR S.A se realizaron a Bloemen Trading y a un precio menor de mercado, particular que en ningún momento fue desmentido por la parte actora, sin embargo la H. Sala de Instancia confunde la aplicación de este artículo con la determinación por presunción de partes relacionadas. Se debe distinguir que el decreto 2430, en donde se contenían reformas al artículo 04 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que contenía normas sobre partes relacionadas fue declarado parcialmente nulo, mediante sentencia de 24 de octubre de 2005, emitida por la Primera Sala. (...) La Administración Tributaria determinó a Bloemen Trading como una parte relacionada, no por un indicio o presunción, sino por el análisis, concreto y real de la contabilidad de DENMAR S.A. y por la abundante información de terceros. Bajo ningún punto de vista se estableció un parte (sic) relacionada por presunción, al no haberse aplicado el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, no tiene asidero alguno el razonamiento de la H. Sala de dejar sin efecto la Resolución No. 1170120120RREC02559 y Acta de determinación No. 172010010006. La H. Sala dentro de su sentencia en el considerando 5.2.1 referente a partes relacionadas, indica que la facultad para establecer partes relacionadas por presunción se declaró nula mediante sentencia de 24 de octubre de 2005, cabe señalar que este Decreto 2430 lo que contenían eran reformas al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, normativa que jamás se aplicó en este caso. De manera totalmente contraria a la lógica y al propio principio de legalidad la H. Sala considera que se vulneró el principio de legalidad, al supuestamente aplicar una norma reglamentaria que se encuentra declarada nula y que jamás se aplicó. (...)".

1.1.2.- Con relación a la **causal tercera** indicó, lo siguiente: *"(...) Durante la tramitación del juicio se realizó una inspección contable y una exhibición a los expedientes que dieron lugar a los actos impugnados, los informes de los peritos debidamente insinuados por las partes coinciden en varios aspectos. Es más como resultado del análisis de la contabilidad de la empresa es que con certeza se reveló que el 98% de la producción de rosas que produce la compañía DENMAR S.A. se venden a Bloemen Trading C.V, y a un precio inferior al valor del mercado, por lo tanto la propia contabilidad permitió conocer la existencia de esta parte relacionada, en ningún momento la empresa actora logró justificar las razones por las cuales vende cada tallo en 0,16 centavos a Bloemen Trading cuando en el mercado internacional el precio oscila entre 0.22 a 0, 28 centavos dependiendo de la temporada de venta. Por lo tanto la H. Sala de instancia no valoró adecuadamente este análisis contable y concluye que la Administración Tributaria estableció una parte relacionada por presunción. (...) El hecho de que la H. Sala de instancia desconozca en su resolución los resultados de la inspección contable, atenta directamente contra los principios dispositivos de inmediación y concentración y el principio de imparcialidad, el supuesto de que la Administración Tributaria determinó una parte relacionada por presunción jamás fue alegado por ninguna de las partes, en el proceso se demostró con los propios registros contables la existencia de la parte relacionada. Así mismo el hecho de que la Sala de instancia no se sujete a los elementos de prueba aportados por las partes atenta contra el principio de verdad procesal. (...) La Sala de instancia aplicó indebidamente esta norma jurídica que permite a la Administración Tributaria dentro de una determinación directa regular precios de transferencia, justamente al verificarse el presupuesto que las ventas al exterior se hayan realizado a un precio menor al precios (sic) de mercado, en el presente caso del análisis de los registros contables y de información de terceros se determinó con total certeza y claridad que Denmar S. A vendía el 98% de sus producción (sic) a Bloemen Trading y a precios inferiores al mercado, lo cual jamás fue desvirtuado por la parte actora. La Sala de instancia de manera contraria a toda lógica y derecho concluye que se aplicó una norma reglamentaria que estaba declarada nula. (...) En atención del artículo 91 del Código Tributario, vigente en el ejercicio fiscal 2006 la Administración Tributaria tenía la potestad para establecer ajustes por precios de transferencia en una determinación directa, una vez cumplido el presupuesto de que la venta se realice al mayoreo y a un precio menor al precio de mercado. Una vez que se ha determinado con el análisis contable que en efecto se configuraron estos elementos y que se estableció la existencia de una parte relacionada por la certeza que brindan los registros contables de*

la empresa y la información reportada por terceros, a todas luces se determinó la existencia de partes relacionadas y se procedió al ajuste correspondiente. La propia Sala de instancia en su sentencia hace referencia a estos aspectos, sin embargo de manera contradictoria alega que se aplicó una norma reglamentaria que había sido declarada nula, aplicando así de manera totalmente equivocada la disposición contenida en el artículo 91 del Código Tributario. (...)".

1.2.- En consideración al auto de fecha 26 de noviembre de 2014, a las 08h30 la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso de hecho y en tal virtud, procedió al análisis del recurso de casación, el cual fue admitido al amparo del Art. 6 de la Ley de la materia y ordenó correr traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el Art. 13 de la Ley de Casación.

1.3.- El Sr. José Begnini López en calidad de representante legal de la compañía DENMAR S.A., dentro del tiempo (fs. 14 a 17 del cuadernillo de Casación) presentó la contestación al recurso, indicando lo siguiente: *"(...) Además la Administración Tributaria argumenta que es errada la motivación de la H. Sala de instancia, situación que no ha ocurrido en el fallo que se impugna, por la razones que paso a describir: 1. La Administración Tributaria argumenta que determino (sic) a Bloeman como una parte relacionada no por un indicio o presunción, sino por el análisis, concreto y real de la contabilidad de DENMAR S.A. y por la abundante información de terceros; y, 2. Argumenta que el Decreto 2430 contenía meras reformas al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, normativa que supuestamente jamás se aplicó en este caso por la Administración Tributaria. (...) Por otro lado, la Administración Tributaria realizo (sic) una determinación directa, sin apegarse a lo dispuesto el Art. 91 del Código Tributario. La Determinación Directa a la compañía Denmar debía implicar la verificación con base en su contabilidad, en primer lugar, de lo consignado en la declaración de Impuestos a la Renta del año 2006, y la correcta aplicación de las normas legales y contables a dicho ejercicio económico, sin que en el Acta de Determinación la Administración hay cuestionado (sic) de forma alguna los registros contables y demás documentación de respaldo, por lo que la Administración Tributaria dio mérito suficiente a la contabilidad y sus registros sin que en este momento pueda pretender desmerecerla por presunciones extra legales, por ende la misma fue llevada acorde a la normativa vigente. (...) Por lo anotado se evidencia que no se han infringido lo dispuesto en el literal l) del numeral 7) del Art. 76 de nuestra Constitución, por lo que la sentencia se encuentra debidamente motivada, con la aplicación adecuada de los fundamentos de hecho y de derecho que llevo a la autoridades (sic) jurisdiccionales a obtener una conclusión lógica, como se explicó con claridad y precisión en líneas anteriores, por lo que no da lugar al causal (sic) quinta del Art. 3 de la Ley de Casación que alega la recurrente. (...) La Administración Tributaria indica que en la sentencia se aplicó indebidamente el Art. 91 del Código Tributario, que se refiere a la determinación directa, situación que no corresponde a la realidad por las siguientes apreciaciones: En cuanto a que el 98% de la producción de rosas que produce la Compañía DENMAR S.A., se vende a Bloemen Trading C.V., a un supuesto precio inferior al valor del mercado internacional, de lo cual la Administración Tributaria presume la existencia de parte relacionada. Como ya se indicó en líneas anteriores, la Administración Tributaria antes de realizar una determinación en contra de mí representada por la variación en los precios de las flores que vendió, debía conocer el negocio de las flores, ya que el precio internacional de las flores difiere sustancialmente del precio nacional de flores (diferencia en venta F.O.B. Quito y F.O.B. Miami) así como los precios por longitud de tallos, siendo de mayor valor las de mayor tallo, y la referencia internacional utilizado por la Administración no es aplicable en ningún momento; a lo cual hay que sumarle que la Administración Tributaria sustenta sus presunciones para realizar el ajuste por Precios de Transferencia, aplicando un precio FOB Miami a las ventas realizadas por DENMAR S.A. a Bloemen Trading, contrario a lo que la contabilidad y facturas de venta sustentaban y que reflejaron que las ventas realizadas a Bloemen Trading, fue a un precio FOB Quito, sin que los actos administrativos se justifiquen de manera alguna, ya que no se puede aplicar al caso la fijación de un precio FOB Miami, por ende es imposible la comparación de los precios, por ser precios distintos, en mercados distintos y que evidentemente arrojan resultados distintos a los obtenidos por mi representada; en consecuencia, no tiene asidero legal las aseveraciones de la Administración Tributaria. (...) En lo referente a que ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo, cabe acotar que ya se explicó claramente las razones de porque la Compañía DENMAR S.A., en el ejercicio fiscal 2006 vendió el 98% de su producción a Bloemen Trading, a un determinado precio y diferente al*

establecido en el mercado internacional, no siendo aquello razón suficiente para Bloemen sea considerada una parte relacionada de Denmar, tal y como lo estableció la Administración Tributaria en base a meras presunciones, situación que no era concebible debido a la declaratoria de nulidad parcial del Art. 4 del Reglamento que establecía tal facultad; por lo que no cumplió los presupuestos establecidos en el Art. 91 del Código Tributario de la época para efectuar una determinación directa y en ella establecer ajustes por precios de transferencia; por ende la Sala del Tribunal no ha contravenido ninguna disposición legal y más bien a efectuado una valoración de la prueba de manera lógica y razonada. (...)".

1.4.- Finalmente, es esencial manifestar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, la misma que en su parte considerativa indica: *"(...) CUARTO: Analizadas la demanda, contestación a la demanda y las pruebas oportuna y debidamente actuadas en este proceso y que constan a fojas 41 a 108 y 126 a 146 del expediente, se observa lo siguiente:* ***4.1.-*** *La compañía actora se dedica al cultivo en el país, de algunas especies de flores, las mismas que son vendidas a su único cliente en el exterior Bloemen Tranding C.V., con quien mantiene el 98% de la proporción de sus transacciones, es decir, es a esta a quien le vende prácticamente la totalidad de la cosecha de la flores. La compañía actora ha establecido en su Informe Integral de Precios de Transferencia, que Bloemen, no es una compañía relacionada, pues no ha se encuentra relacionada de forma directa.* ***4.2.-*** *La Administración Tributaria ha glosado a la compañía actora, argumentando, básicamente que, "presume" que al venderle el 98% de la flor a Bloemen Trading C.V., está utilizando a un tercero relacionado para evitar tributariamente, algún tipo de imposición de su renta en el país, y por ello le ha realizado una determinación, en su decir, directa, por la que le realizó un ajuste por Precios de Transferencia, y así determinó los efectivos ingresos, que podría haber obtenido si su tercero relacionado –como lo ha considerado el SRI- no hubiera intervenido en la venta de la flor.*

4.3.- *Dentro de la etapa de prueba, se realizó una diligencia de Inspección Ocular a la hacienda florícola, conforme consta a fojas 169 y vuelta del proceso, para verificar el proceso de producción y comercialización de la flor; y otra diligencia de Inspección Contable, a fojas 171 a 173 de autos, en la que se puso a consideración de la Sala la contabilidad de la compañía, se nombró peritos para que, con sus informes, aclaren ciertos aspectos referentes a los actos que se juzga, quienes han presentado sus informes dando respuesta a las preguntas planteadas por las partes (Ing. Diego Gavilanes Alencastro a fojas 233 a 241 y C.P.A. Dudley Arellano a fojas 295 a 302). Consta también que se ha procedido con la exhibición del expediente administrativo de auditoría tributaria, donde constan las actuaciones realizadas por la Autoridad demandada en el proceso de fiscalización a la compañía actora, a fojas 178 a 191; así como el Informe Integral de Precios de Transferencia que ha sido reproducido en la etapa de prueba, emitido por los Auditores Independientes Deloitte & Touche, por el ejercicio fiscal finalizado al 31 de diciembre de 2006.* ***4.4.-*** *Para el efecto, la Sala ha analizado la normativa tributaria vigente al año 2006 relacionada con la Determinación Directa, Precios de Transferencia, informes periciales, Informe de Precios de Transferencia y acto impugnado, de lo que puede concluir lo siguiente:* ***QUINTO.- 5.1.- Sobre la base imponible del Impuesto a la Renta.-*** *El Art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente al ejercicio fiscal auditado, disponía: "Base imponible.- En general, 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". Es así como la base imponible del Impuesto a la Renta de la compañía DENMAR S.A., en el ejercicio fiscal 2006, se constituyó con la totalidad de los ingresos verificados en dicho período impositivo, por la venta de las flores a su mayor cliente Bloemen, situación que debía ser el fiel reflejo de la contabilidad del sujeto pasivo, pues la determinación realizada por éste, en su declaración de Impuesto a la Renta, debió efectuarse en virtud de los resultados que arrojó su contabilidad conforme lo establecido en el Art. 21 ibídem, y que debía estar contenida en los libros de registros respectivos, con los valores consignados con base en los documentos de respaldo -situación que fue examinada en su momento por auditoría tributaria, por la Sala en la diligencia de exhibición de la contabilidad y por los peritos designados, al momento de emitir sus informes periciales-, sin que, al ejercicio fiscal 2006, haya sido legalmente exigible, obtener la base imponible del impuesto, con ingresos ajustados o aplicación de métodos no contemplados en la Ley; y, en tal virtud, no constantes en su contabilidad, ni en los documentos de respaldo que sustentan cada registro. Tenemos entonces que una contabilidad que cuenta con todos los soportes requeridos es legítima, y de igual forma la liquidación y declaración de Impuesto a la Renta realizada por el contribuyente, con*

base en los resultados de dicha contabilidad, respecto de los cuales le correspondía tributar conforme a las normas legales pertinentes. ***5.2.- Sobre la forma de determinación realizada por la Administración Tributaria a Denmar S.A.-*** *En específico, la determinación por el sujeto activo puede ser de dos formas, o directa o presuntiva, y el Código Tributario nos indica en los artículos 91 y 92, cuándo procede cada una de ellas, así: "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 (...)"; "Art. 92.- Forma presuntiva.- Tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presten mérito suficiente para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determine la ley respectiva.". El Acta de Determinación Tributaria impugnada dispuso, conforme consta en sus antecedentes, la realización de una determinación directa a la compañía Denmar S.A., es decir, la verificación, con base en su contabilidad, en primer lugar, de lo consignado en la declaración de Impuesto a la Renta del año 2006, y la correcta aplicación de las normas legales y contables a dicho ejercicio económico, sin que en el Acta de Determinación, se hubiere cuestionado de forma alguna, los registros contables y demás documentación de respaldo, por lo que ha dado mérito suficiente a la contabilidad y sus registros; y es con base en esta información contable, que la Administración Tributaria, debió efectuar la determinación, sin que pueda desmerecerla, cuando ha sido llevada acorde a la normativa vigente, por presunciones, en dicho momento, extra legales. Dentro del proceso de determinación directa –conforme así lo indica la Autoridad demandada-, procedió a regular precios de transferencia, según la facultad establecida en el Art. 91 del Código Tributario, vigente al ejercicio fiscal 2006, que al hablar sobre la determinación directa indicaba: "(...) El sujeto activo podrá, dentro de la determinación directa, establecer las normas necesarias para regular los precios de transferencia de bienes o servicios para efectos tributarios. El ejercicio de esta facultad procederá, exclusivamente, en los siguientes casos: a) Si las ventas se efectúan al costo o a un valor inferior al costo, salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que los bienes vendidos sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar transferencias en tales condiciones, para lo cual el sujeto pasivo presentará un informe al Servicio de Rentas Internas; b) También procederá la regulación si las ventas al exterior se efectúan a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta, a nivel de primer importador; salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que no fue posible vender a precios de mercado, sea porque la producción exportable fue marginal o porque los bienes sufrieron deterioro; y, c) Se regularán los costos si las importaciones se efectúan a precios superiores de los que rigen en los mercados internacionales. Las disposiciones de este artículo, contenidas en los literales a), b) y c) no son aplicables a las ventas al detal. Para efectos de las anteriores regulaciones el Servicio de Rentas Internas mantendrá información actualizada de las operaciones de comercio exterior para lo cual podrá requerirla de los organismos que la posean. En cualquier caso la administración tributaria deberá respetar los principios tributarios de igualdad y generalidad, así como las normas internacionales de valoración". Sin embargo, es necesario e imprescindible que la Administración Tributaria para que regule Precios de Transferencia -como lo establece la norma- se cumplan los presupuestos de los literales a), b) y c), por lo que, fuera de estas tres situaciones, sería imposible que la Administración Tributaria regule Precios de Transferencia, en el ejercicio fiscal del año 2006, y como parte de una determinación directa; todo lo cual debe ser debidamente justificado.* ***5.3.- Sobre la determinación de Precios de Transferencia.-*** *Entonces, la Sala juzgadora pasa a considerar si la regulación de Precios de Transferencia que ha realizado la Autoridad demandada es fundamentada, conforme a las normas legales que le atribuyen esta facultad, partiendo del hecho de que a Denmar S.A. se le realizó una determinación directa, por así haberlo confirmado la Administración Tributaria. PRECIOS DE TRANSFERENCIA.- De manera general, y sin formalidades económicas o legales, el precio de*

transferencia es el precio de los bienes transferidos o de los servicios pactados por parte de dos empresas que pertenecen a un mismo grupo económico o a una misma persona. En una negociación entre partes independientes también denominados terceros o empresas no relacionadas, normalmente las fuerzas de mercado (oferta y demanda) son las que determinan las condiciones, tanto de sus relaciones comerciales, como de las financieras. Sin embargo, puede llegar a existir un cuestionamiento (el cual se puede interpretar como una presunción) de que, en las negociaciones llevadas a cabo por partes relacionadas, las fuerzas de mercado no tengan una afectación directa en las relaciones comerciales y financieras bajo las mismas condiciones que las llevadas a cabo entre partes independientes. En palabras sencillas, podría darse el caso de que una de ellas (empresas relacionadas) le pueda vender más caro o más barato a la otra, sin que tengan mucho que ver las condiciones de mercado. Todo lo dicho implica que, para poder establecer que las transacciones se han efectuado a precios distintos a los que rige en el mercado, se debe dudar suficiente y justificadamente de la transacción, lo que conlleva a cuestionar la realidad de los datos y documentos soporte de la contabilidad, y por ende, la propia contabilidad. Pero este cuestionamiento, debe ser sustentado, ya que pretender desconocer la verdad contenida en un documento y en la contabilidad legítimas, donde las reglas para fijar precios reales para efectos tributarios y modificar una base imponible legalmente determinada, deben estar claramente previstas en una norma legal, esto en estricta observación del Derecho a la Seguridad Jurídica y del Principio de Legalidad. Si bien, a partir del año 2005, Ecuador incluyó dentro de sus normas tributarias, un marco metodológico para conocer si los precios o márgenes de rentabilidad obtenidos en transacciones controladas (entre empresas relacionadas)se ajustan a las condiciones normales de mercado, denominado "principio de plena competencia o concurrencia" conocido internacionalmente como "Arm´s Length", solo le permitía a la Administración, solicitar información a los sujetos pasivos relacionados con la obligación que se examina, quienes estaban obligados a suministrarla, conforme se desprende de los considerandos del Decreto Ejecutivo No. 2430, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 494 de 31 de diciembre de 2004, sin que se haya modificado, por este hecho, la forma del cálculo de la base imponible del Impuesto a la Renta, contenida en el Art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, realizada en función de una contabilidad debidamente respaldada. PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA.- Para efectos tributarios se entiende por principio de plena competencia aquel en el que, cuando se establezca o impongan condiciones entre dos partes relacionadas, en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán cuantificadas y registradas. PARTES RELACIONADAS.- Para efectos tributarios, se consideran partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad, domiciliado o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas. El artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus Reformas, vigente a la época, estableció que la Administración Tributaria podía establecer partes relacionadas por presunción, cuando las transacciones que se realizaren no se ajustaren al principio de plena competencia, lo cual fue declarado nulo por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 (Sentencia emitida el 24 de octubre de 2005 dentro del juicio de impugnación No. 22891-2723-IS-V propuesto por la Cámara de Comercio de Quito, en contra del Decreto Ejecutivo No. 2430 publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 494 de 31 de diciembre de 2004), en tal virtud la Administración Tributaria, en una determinación directa, no podía establecer presunciones sobre partes relacionadas, debiendo dar cumplimiento al pronunciamiento emitido por Autoridad competente. ***5.2.1.-*** *El acta de determinación y la resolución administrativa que son objeto de esta acción, indican las normas reglamentarias con base en las cuales han determinado un ajuste por Precios de Transferencia, respecto de las exportaciones realizada por Denmar S.A. a Bloemen Trading de Holanda, y para el efecto han presumido que existe una vinculación directa entre estas dos compañías, por ciertos supuestos económicos.* ***5.2.2.-*** *Consideran que el 98% de la producción de rosas se destina al mercado internacional, siendo su principal cliente la compañía Bloemen Trading C.V. a quien se le vendió el total de su producción, a un precio ex fábrica o F.O.B. Quito, situación que la Sala indica, se ve reflejada en la contabilidad analizada, pues así lo han establecido los peritos en los informes periciales, y también en el Informe Integral de Precios de*

Transferencia, en el que, por tal razón, no se incluyó como parte relacionada a Bloemen Trading C.V. ***5.2.3.-*** *La Administración considera que al ser esta, la que mayor porcentaje de la ventas abarca, incurre en la dirección, toma de decisiones y manejo financiero de la empresa actora, por lo que ha presumido su relación e indica que debió considerarse como relacionada para efectos de ajustes en Precios de Transferencia, sin embargo, conforme ya se estableció en líneas anteriores, dichas presunciones no podía realizar la Administración Tributaria, al haber sido declarada la nulidad parcial del Art. 4 del Reglamento que establecía tal facultad; que además no es procedente pues las presunciones debe establecerla la Ley, con base en un procedimiento previamente establecido y no a través de un reglamento.* ***5.2.4.-*** *Luego, auditoría tributaria ha analizado aspectos relacionados con los precios previamente convenidos con Bloemen Trading y su contrato de venta exclusiva, y los riesgos asumidos por las partes en la comercialización de las rosas, por lo cual concluyen, que los precios contractuales, no se ajustan al Principio de Plena Competencia, en consecuencia han realizado un ajuste por Precios de Transferencia en las exportaciones de flores que realiza Denmar S.A., presumiendo que la compañía Bloemen Trading es utilizada como una intermediaria; y, que se efectuó una triangulación para evitar la imposición ecuatoriana a los ingresos provenientes de la exportación de flores; situación que es rechazada de manera enfática por la empresa actora.* ***5.2.5.-*** *La Autoridad demandada, para sustentar sus presunciones, al realizar el ajuste por Precios de Transferencia, aplicó un precio FOB Miami a las ventas realizadas por Denmar S.A. a Bloemen Trading, contrario a lo que su contabilidad y facturas de venta sustentaban y que reflejaron que las ventas realizadas a Bloemen Trading, fue a un precio FOB Quito, sin que de los actos administrativos se justifique de manera alguna, la razón o razones para desconocer los registros contables, que demostraban dicha fijación de precios y en consecuencia poder aplicar un precio FOB Miami; lo cual además vuelve imposible la comparación de los precios, por ser precios distintos, en mercados distintos y que evidentemente arrojan resultados distintos a los obtenidos por la compañía actora. Extender esa comparación a situaciones que no son comparables, sería desconocer el manejo real de la empresa, desconocer su contabilidad, sus ajustes e impuesto y aplicar – en este sentido- presunciones con base en precios que no pueden aplicarse en el mercado nacional. Así mismo, dicen los actos impugnados, que respecto de las característica físicas de los bienes exportados –rosas-, han realizado la comparación, con base a los precios históricos reportados por el portal de frutas y verduras del USDA, con rosas, que según manifiesta, tiene las mismas "características generales" de los bienes analizados tomando como referencia el largo de tallo de las rosas híbridas de té, en donde entran variedades como "colores surtidos", "Charlotte", "Forever Young" y "Freedom". La compañía actora en sus fundamentos de hecho y derecho, ha indicado, que era necesario que la Administración Tributaria conozca el negocio de las flores, ya que el precio internacional de las flores se fija por la "longitud de tallos", entonces a mayor longitud del tallo, mayor es el precio, de ahí que las rosas con tallos de 70 cm de largo son las de mejor precio. Sin embargo, del análisis de la Administración Tributaria, no se puede establecer si Denmar S.A. produjo el mismo largo de tallo en toda sus variedades de rosas exportadas, para que pueda aplicarse los precios FOB Miami como lo ha establecido en el acta de determinación tributaria, de ahí que tampoco las características físicas de los bienes, conforme lo ha establecido auditoría tributaria, son comparables, por existir gran variedad de rosas y longitud de tallos que hacen variable el precio en el mercado. Otra de las comparaciones que realiza la Autoridad demandada, se refiere a los riesgos en la comercialización, de donde se desprende que, del análisis que ha realizado, concluye que Bloemen Trading no incurre en ningún riesgo, y que quien realiza la labor de comercialización es Denmar S.A. y no Bloemen Trading, sin embargo consta que en la realización de la Inspección Ocular a la finca florícola de la empresa actora, la Sala ha dejado constancia del proceso de la producción y comercialización de las flores, así como de la forma de establecer el precio FOB Quito, situación adicional que permite concluir que el ajuste de Precios de Transferencia, que ha realizado la Administración Tributaria, no se han ajustado a las normas legales de una determinación directa. Por todo lo manifestado, y en virtud, de que la Administración Tributaria ha realizado variaciones a la base imponible del Impuesto a la Renta, no contempladas en la Ley que rigen la materia; no ha sustentado de forma suficiente el ajuste por Precios de Transferencia que ha realizado, ni ha justificado en derecho las razones para desmerecer la realidad económica de las transacciones efectuadas por la compañía actora, ni la contabilidad reportada, y en general por no haber justificado la premisa legal contenida en el literal b) del Art. 91 del Código Tributario, para que pueda regular Precios de Transferencia en una determinación directa, la determinación por Precios de Transferencia debe ser dada de*

baja, por no haberse apegado a las normas y al Principio de Legalidad y Reserva de Ley, en virtud de ser la facultad determinadora un acto eminentemente reglado, al amparo de lo indicado por el Art. 68 del Código Tributario, por lo que debió sujetarse, en todo momento, a las normas relativas a dicho ejercicio.

5.3.- Respecto del recargo del 20% sobre el principal.- *Para concluir, es necesario indicarle a la Administración Tributaria que sobre el recargo del 20%, establecido en el Art. 90 del Código Tributario, la Sala en aplicación de la Resolución de Triple Reiteración 2 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011, dictada en el sentido de que: "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", no era procedente aplicar en liquidaciones que realice, anteriores al ejercicio económico del año 2008. (...)".*

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente Recurso de Casación, en virtud de las Resoluciones N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones N° 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a foja 01 del proceso y en atención a lo previsto en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III.- VALIDEZ PROCESAL

3.1.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando en autos para resolver, se considera.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Previamente a señalar los cargos imputados, es pertinente indicar que el proponente del recurso de casación ha fundamentado su pedido en las causales quinta y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentando que la sentencia no contiene los requisitos exigidos en la ley y que se ha producido la falta de aplicación de 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 atacada, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL QUINTA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo 1: Falta de motivación en la sentencia recurrida, por cuanto manifiesta que se vulneró la disposición constante en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, en relación y con incidencia en la aplicación del Art. 91 del Código Tributario, referente a la motivación de todo acto emanado por autoridad judicial o administrativa y a la determinación tributaria directa, respectivamente.

CAUSAL TERCERA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo 2: Falta de aplicación de los Arts. 270 del Código Tributario; 9, 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 115 del Código de Procedimiento Civil y 274 del Código de Procedimiento Civil; relativo a la valoración de las pruebas, principios de imparcialidad, dispositivo, de inmediación, concentración y de verdad procesal; la prueba la cual debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la sentencia y su motivación, respectivamente; y como norma indirecta la aplicación indebida del Art. 91 del Código Tributario, relativo a la determinación tributaria directa.

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El recurso de casación conforme lo ha reconocido la propia doctrina y jurisprudencia, posee un carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene como base fundamental el operar sobre una resolución ejecutoriada, expedida por un Tribunal de Instancia. Cabe señalar que per se, no constituye una nueva instancia, así como tampoco abre la posibilidad de un nuevo examen del proceso, de ahí su ratificación sobre su esencia formal, cuyos requisitos y términos se encuentran establecidos en la Ley. Finalmente, la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme los problemas jurídicos descritos en este fallo, el recurrente acusa la falta de motivación en la sentencia recurrida, así como la falta de aplicación del precepto jurídico relativo a la valoración de la prueba, lo que conllevó a la equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia atacada y como norma indirecta la aplicación indebida de norma de derecho en el referido fallo, conforme lo señalado en el número 4.1., cargos 1 y 2 cuyos textos son los siguientes:

- CONSTITUCIÓN 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:

***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.*

-CÓDIGO TRIBUTARIO

***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.*

***Art. 270.-** Valoración de las pruebas.- 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 aquellas que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros. (...)*

-CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Art. 9.- *PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.*

Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

***Art. 19.-** PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN.- 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.*

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

***Art. 27.-** PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- 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.*

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

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.*

Art. 274.- *En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales*

obligatorios, y en los principios de justicia universal.
5.2.1.- En consideración a la causal quinta alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 5 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: *"5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles;".* Ahora bien, es pertinente enfocarnos a la primera hipótesis de dicho motivo, la misma que se orienta a un error in procedendo, por el incumplimiento de la actividad procesal y determinada por los requisitos de fondo y forma que toda sentencia o auto deben contener, si llegase a faltar alguna parte de la resolución final, ya sea la relación de los hechos, motivación o decisión; esta se encontraría diminuta y sería susceptible de casación.
5.2.2.- Bajo el contexto antes descrito, se procede a analizar las acusaciones formuladas por la recurrente, la misma que alega, que la Sala de instancia infringió la siguiente norma de derecho, tal como: Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.
5.2.2.1.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la **"falta de requisitos exigidos por la Ley",** quien manifiesta conforme se estableció en el punto 1.1.1 de este fallo, que la resolución acusada carece de uno de los requisitos formales exigibles para que toda finalización de un litigio judicial sea válido y eficaz, como lo es, **la motivación;** esta Sala Especializada señala que para el profesor Eduardo García de Enterría la motivación es un mecanismo técnico de control de la causa del acto: *"Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha terminado la decisión. Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica plenamente la resolución. No cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la Ley de cuya aplicación se trata por otro igualmente indeterminado; habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión".* Ahora bien, una vez examinada la sentencia objetada, se aprecia que la Sala Juzgadora ha indicado en su *parte expositiva*, la parte procesal que propone la acción materia del litigio, los actos administrativos impugnados (materia de la controversia), de igual manera se establece la pretensión y solicitud efectuada de manera clara y concreta, también consta la notificación a la parte demandada y las excepciones propuestas por ésta; en la *parte considerativa*, se ubica la competencia del Tribunal para conocer la causa puesta a conocimiento, la declaración de que en el proceso no se encontró vicio alguno, el objeto de la litis, la actuación de pruebas, la operación mental de los hechos argüidos por las partes procesales, puestos a conocimiento y someramente sustentados en las normas jurídicas, subjetivamente expuestas y ubicadas en el fallo. Cabe indicar que la normativa aplicada por el Tribunal A quo, no se apega al caso propuesto por las partes, el mismo que según la sentencia materia de análisis, se puede entrever lo siguiente como objeto de la litis: ***"TERCERO:*** *La Sala considera que el asunto medular de la demanda planteada, consiste en establecer si la Administración Tributaria actúo conforme a las normas legales, al momento en que ejerció su Facultad Determinadora, observando las normas pertinentes que rigen dicha actividad reglada, y en consecuencia, si por la determinación realizada, puede exigírsele a la compañía actora el pago del Impuesto a la Renta determinado"*; una vez expresado esto y tal y como se indica en la parte considerativa del fallo atacado, el mismo en donde se manifiesta que la Administración Tributaria fundamentó su actuar en base de una normativa que fue declarada nula mediante Sentencia emitida el 24 de octubre de 2005 dentro del juicio de impugnación N° 22891-2723-IS-V incoado por la Cámara de Comercio de Quito, en contra del Decreto Ejecutivo N° 2430 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 494 de 31 de diciembre de 2004, como lo fue el Art. 1 número 9 incisos tercero y cuarto del mencionado cuerpo reglamentario, el cual establecía la presunción de considerar empresas relacionadas cuando la transacción se realice a sociedades domiciliadas en paraísos fiscales, o cuando las transacciones no se ajusten al principio de plena competencia; de manera adicional, se esgrime en la Sentencia emitida el 24 de octubre de 2005, que el Servicio de Rentas Internas goza de las suficientes atribuciones legales para regular los precios de transferencia, conforme los presupuestos legales establecidos en el artículo 91 del Código Tributario. También

se pudo evidenciar que los análisis expuestos por el Juez del Tribunal de instancia se enfocan sólo a la parte propuesta por el actor y no se muestra la contraposición de los argumentos expuestos por la Autoridad Tributaria. Por todo lo antes expuesto, y conforme a la disposición contenida en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que dicha norma, no sólo evidencia la trascendencia de la motivación en las sentencias y autos, sino que también señala el efecto que produce su incumplimiento, el cual, como no puede ser de otra manera, acarrea la nulidad de los fallos que no se encuentren debidamente motivados, es decir, que en los mismos, no se explique la pertinencia y debida correspondencia que las normas jurídicas, deben guardar con los hechos propuestos y atacados por las partes procesales; y finalmente consta *la resolución* del caso, en donde se expone la decisión. De lo anterior, se concluye que la Sala juzgadora ha infringido el Art. 76 número 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, como ya se ha manifestado en este apartado, la Sala Juzgadora en su sentencia de 18 de noviembre de 2013, a las 09h24, no realiza consideración alguna para llegar a su decisión, y se limita a señalar varios hechos propuestos por los litigantes, normas jurídicas que a criterio de la Sala inferior son aplicables al caso concreto y deja entrever la posibilidad de que con la determinación efectuada por el Ente Administrativo, se le pueda exigir a la compañía actora el pago del Impuesto a la Renta determinado, todo esto sin mayor asidero, y peor aún sin motivación lógica y racional que el caso amerita y que conforme al precepto constitucional la motivación en las decisiones judiciales y administrativas son determinantes para que las mismas surtan plenos efectos y así puedan ser acatadas por los recurrentes; lo que deja en evidencia la falta de motivación de la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, a las 09h24. En consecuencia el fallo recurrido conforme el Art. 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, adolece de NULIDAD al no cumplir con el requisito de motivación; por tanto, se configura plenamente la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación y así se la declara, por lo que este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde:

VI.- SENTENCIA DE MÉRITO

6.1.- El señor José Begnini López, en calidad de Representante Legal de la compañía DENMAR S.A., según se desprende del documento que acredita su representación, que adjunta y obra del proceso a fs. 12, comparece y deduce demanda contenciosa tributaria en contra del señor Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, impugnando la Resolución No. 117012010RREC035559 de 20 de octubre de 2010, que resuelve confirmar el contenido del Acta de Determinación N° 1720100100061 de 08 de abril de 2010 emitida por la autoridad demandada. Fundamenta su pretensión en lo siguiente: **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-** Como antecedente señala que el 27 de marzo de 2009, el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, emitió la Orden de Determinación No. 2009170042, con el objeto de verificar el cumplimiento de la obligación tributaria de la compañía actora, correspondiente al Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2006. Indica que con fecha 12 de febrero de 2010, la Administración Tributaria hace conocer a DENMAR S.A., el contenido del Acta Borrador de Determinación No. RNO-FITADBL10-00040 correspondiente al Impuesto a la Renta del período fiscal 2006, por lo que, dentro del término legal, DENMAR presentó las observaciones al Acta Borrador de Determinación Tributaria, y adicionalmente señala que ninguna de las consideraciones formuladas por éste, fueron acogidas por la Administración Tributaria. Con fecha 08 de abril de 2010, el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas emitió el Acta de Determinación No. 1720100100061 a causa del Impuesto a la Renta del ejercicio económico del año 2006, estableciendo un valor a pagar por USD 78,971.09. También señala que por motivo de que el Acta de Determinación No. 1720100100061 fue levantada contraviniendo expresas disposiciones legales referentes a la facultad determinadora de la Administración Tributaria, interpuse el 06 de mayo de 2010 un reclamo administrativo de impugnación del Acta de Determinación, solicitando a la autoridad competente la revisión del Acta emitida y de las cuentas de la compañía, en razón de que el impuesto determinado y las apreciaciones realizadas eran contrarias a lo establecido en un primer momento por la compañía actora respecto de la declaración presentada por el contribuyente y por cuanto sustentó el Acta en información errada y no aplicable. El 20 de octubre de 2010, se procede a emitir la Resolución N° 117012010RREC035559, por medio de la cual el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, niega mi reclamo administrativo de impugnación del Acta de Deter-

minación, confirmando el Acta de Determinación en su integridad, sin considerar ningún fundamento de hecho o derecho de su reclamo, y desconociendo los errores de hecho y de derecho incurridos por la Administración Tributaria. En razón de todo lo expuesto y por no encontrarse de acuerdo con la resolución emitida por la Autoridad Tributaria demandada, la IMPUGNA y señala algunas consideraciones: **6.1.1.- Respecto al término probatorio, debido proceso y audiencia:** Del escrito de prueba presentado por DENMAR S.A., dentro del término respectivo solicitó dos inspecciones, las cuales no fueron proveídas ni consideradas por la Administración Tributaria. De acuerdo al Art. 130 del Código Tributario, la Administración Tributaria debió convocar a una audiencia con el fin de que el sujeto pasivo pueda hacer valer sus derechos, presentando pruebas y alegatos. Por cuanto el tema materia de la reclamación es muy técnico y relacionado con un mercado muy complejo, se requería dicha audiencia para aclarar los errores de hecho y de derecho incurridos por la autoridad. **6.1.2.- Irretroactividad de la Ley:** La Administración Tributaria en el Acta de Determinación N° 1720100100061 aplicó normativa tributaria distinta a las vigentes para el ejercicio económico 2006. **6.1.3.- Fundamentos de Hecho y Derecho y Motivación:** La motivación constituye la relación entre los fundamentos de hecho y derechos, fehacientemente probados, que permite llegar a una conclusión razonada. **d) ¿Determinación Directa o Presuntiva?**: En efecto, la Administración pasa por alto las disposiciones constitucionales del Debido Proceso y violenta la disposición del Art. 10 del Código Tributario, que le merece a la facultad utilizada por la Administración la calidad de actividad reglado. También indica que conforme al señalamiento de la norma jurídica, la actividad de la Administración para el ejercicio de la facultad determinadora es REGLADA, en consecuencia debía estrictamente, constreñirse a ejercer dicha potestad y calidad en la forma que las Leyes disponen, es decir no podía, en primer lugar realizar prácticas determinativas, regladas, propias de la determinación presuntiva, cuando "si es posible la determinación directa". Finalmente arguye que la Administración Tributaria no comprende lo que el Código Tributario quiere decir con "Actividad Reglada" pues ha incorporado en su proceso de determinación la combinación de la Determinación "Directa", pues a decir de la propia Administración, ese es el ejercicio reglado que ha utilizado, y, finalmente se ha distraído de la contabilidad del sujeto pasivo, al presumir una serie de "hechos, indicios y circunstancias" para establecer hechos generadores inexistentes, y, mediante "coeficientes" obtener bases imponibles y cuantías, las mismas que son características exclusivas de la Determinación "Presuntiva". **e) Doble imposición del Impuesto a la Renta.-** En el Acta de Determinación N° 1720100100061 ha buscado la forma de generar más ingresos a la compañía y como consecuencia de esto provocar deliberada e injustificadamente más Impuestos a la Renta; y que en efecto se pretende cobrar un Impuesto a la Renta sobre un monto, que equivale a imponer sobre el mismo hecho, el impuesto de manera doble. **f) Supuestos no consentidos e impugnación de Precios de Transferencia.-** Indica que todo el análisis realizado por la Administración Tributaria es equivocado y no tiene sustento técnico por una sola razón: La Administración Tributaria para el análisis de precios de rosas F.O.B. – MIAMI, cuando las ventas de Denmar se realizan EX WORK'S O EXFÁBRICA – QUITO aun cuando estos productos son despachados por Denmar en Quito. Es decir precios F.O.B. Miami son precios de venta del producto en Miami hacia terceros. Estos son precios de rosas que incluye transporte interno, transporte internacional, y cuanto costo implica colocarlos en la ciudad de Miami, EEUU. En cambio los precios de Denmar son EX – WORK'S (conocido es español como Ex - fábrica), lo cual implica que los precios de rosas son fijados para la venta "en la finca" o en la fábrica. Los costos de transporte nacional, seguro de producto, transporte y manejo internacional no son asumidos por la empresa que compra el producto y no por Denmar. En este punto efectúa algunas puntualizaciones sobre la relación comercial entre Denmar con la empresa Bloemen Trading C.V., relativas a la estructura del grupo; proporción de transacciones; mecanismos de precios usados en las operaciones entre Bloemen y Denmar; administración efectiva del negocio; función de comercialización; funciones de comercialización asumidas por Denmar; conclusiones sobre la función de comercialización en las operaciones analizadas; riesgos; términos contractuales; selección de método por parte de la Administración Tributaria, comparabilidad en el análisis de la Administración Tributaria y comparabilidad de los bienes; comparabilidad funcional: tipo de negocio y funciones, activos y riesgos; comparabilidad en circunstancias económicas: cadena de

comercialización y mercado geográfico. **g) Liquidación del Impuesto a la Renta del periodo fiscal 2006.-** La Administración Tributaria en consideración de los fundamentos de hecho y derecho expuestos en el Acta Borrador, realiza una liquidación del Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio impositivo 2006, por un "Ajuste por Precios de Transferencia" en la cantidad de USD 391,987.68 sin considerar intereses, además de un recargo en la cantidad de USD 15,794.22, todo lo cual deviene de una equivocada aplicación de datos, de información no comparable e ilegal que conlleva a una determinación de plena competencia irreal, y que afecta negativamente a los derechos de Denmar S.A. **h) Liquidación del Impuesto a la Renta ejercicio económico 2006**.- Señala que la liquidación del Impuesto a la Renta del año 2006, debe darse de baja por cuanto, la misma incluye ingresos creados presuntivamente por supuestos precios ficticios creados por el SRI que jamás se dieron, generando un ingreso adicional de USD 391,987.68 no declarado por la compañía, con lo cual generan en el reclamo del acta recurrida indebidamente, un pago por Impuesto a la Renta a favor del Fisco de USD 78,971.09 y un recargo del 20% sobre el principal, esto es la suma de USD 15,794.22 más los correspondientes intereses, dejando en claro que todo lo cual deviene de una equivocación aplicación de datos, de información no comparable e ilegal que conlleva a una determinación de plena competencia irreal, y que afecta negativamente a los derechos de Denmar S.A. Por todo lo antes manifestado el actor procesal, impugna la Resolución No. 117012010RREC035559, la misma que solicita se dé de baja y de igual manera se proceda con el Acta de Determinación No. 1720100100061, acto que fue confirmado por la Resolución impugnada y que se declare en firme la declaración presentada por la empresa actora durante el año 2006.

6.2.- Con fecha 08 de febrero del 2011, a las 17h15 se acepta a trámite el escrito de demanda y se ordena citar a la Autoridad demandada; y notificar al señor Procurador General del Estado, actos procesales que los cumple el señor Secretario Relator, los días 08, 09, 10 y 11 de febrero de 2011, en su despacho y en persona, respectivamente, conforme consta de las razones que obran a fs. 94-95.

6.3.- Se indica que, a pesar de que el Procurador General del Estado, fue debidamente citado con la demanda propuesta, éste no compareció indicando las razones legales de su participación en este proceso, ni señaló domicilio para notificaciones posteriores.

6.4.- La Ab. Priscila Isabel Castro Hurtado, en calidad de Procuradora Fiscal de la Autoridad Demandada, comparece y contesta la demanda, dentro del presente proceso. Contestación que en síntesis se refiere a los siguientes aspectos: **6.4.1.-** Durante la tramitación del reclamo administrativo, la Administración Tributaria cumplió con todas las etapas previstas en la Ley, al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 96 numeral 3 del Código Tributario. El día 25 de mayo de 2010, el Servicio de Rentas Internas notificó con la providencia No. 117012010PREC002717, por medio de la cual, abrió la causa a prueba por el término de TREINTA DÍAS HÁBILES. La Procuradora Fiscal hace notar a la Sala que tanto en la etapa administrativa como en la tramitación del reclamo administrativo de impugnación al acta de determinación concedió a la parte actora la oportunidad de presentar documentación que justifique las diferencias determinadas; también señala que dada la complejidad del tema, propuesto por el reclamante, la Administración Tributaria le concedió el máximo término de prueba, para que el hoy actor procesal, sustente debidamente sus alegaciones; garantizando así el derecho a la defensa del administrador. En relación, a la convocatoria de las partes a una audiencia, cita lo determinado en el Art. 130 del Código Tributario y señala que la realización de dicha audiencia es facultativa de la Administración Tributaria, no es obligatorio; incluso señala que esta Audiencia puede ser pedida a petición de parte, situación que no ocurrió en el caso que nos atañe. **6.4.2.-** Sobre la alegación efectuada por la parte actora, cita el Art. 139 del Código Tributario y señala que para que proceda la declaratoria de invalidez es necesario que concurran las circunstancias indicadas en los numerales 1 y 2 de la norma jurídica antes referida y además, esgrime varios fallos jurisprudenciales, que confirman la tesis propuesta. También señala que tanto el Acta de Determinación No. 1720100100061 como la Resolución No. 11701201ORREC035559 fueron emitidas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas quien ostenta la calidad de autoridad competente y, por tanto, se cumplió con el procedimiento y las formalidades establecidas para los procesos de determinación y para los reclamos administrativos, garantizando en todo momento el derecho a la defensa del actor. En consecuencia, como en ninguno de los mencionados

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

actos administrativos se ha incurrido en alguna de las circunstancias detalladas en el artículo 139 del Código Tributario, solicita que al momento de dictar sentencia se confirme su validez. **6.4.3.-** Respecto de la falta de motivación de los actos impugnados, indica que la Administración Tributaria tomó en consideración los hechos con relevancia tributaria (fundamentos de hecho) así como también las normas jurídicas aplicables a los mismos (fundamentos de derecho), motivándolos adecuadamente. Por consiguiente en el caso que nos ocupa, se han cumplido adecuadamente los presupuestos relativos a la motivación de los actos conforme el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución y el Art. 81 del Código Tributario. **6.4.4.-** Acerca de la determinación, indica que la parte actora alega que la Administración Tributaria realizó en realidad una determinación presuntiva, lo que está completamente alejado de la verdad por las siguientes razones: **6.4.4.1.-** Durante la ejecución del proceso determinativo en todo momento se respetó el procedimiento establecido en la ley; también señala que la Administración Tributaria no incurrió en errores de procedimiento que causen indefensión al contribuyente, hoy el actor procesal; por cuanto cumplió con el presupuesto legal para ejecutar la determinación de la obligación tributaria. **6.4.4.2.-** La Administración Tributaria efectuó una determinación directa, puesto que en el ejercicio de la facultad determinadora que involucra controlar la veracidad de la información con la que se llegó a obtener la base imponible y sobre la cual se produjo el respectivo impuesto, se estableció claramente que la determinación se hará sobre la base de la declaración del propio contribuyente y entre otras con la información que posea la Administración Tributaria, así como de otros documentos que existan en poder de terceros, parámetros que se cumplen a cabalidad en el presente caso, en tal consideración, mal se puede hablar de que se efectuó una determinación presuntiva, en consideración de que ésta solamente se la podía efectuar cuando no fuese posible la determinación directa o por falta de declaración del sujeto pasivo. Agrega que la propia normativa legal de precios de transferencia establece los parámetros para aplicar los diferentes métodos; puesto que no existe ninguna disposición legal que indique de manera expresa o tácita, que las regulaciones aplicables a precios de transferencia de bienes o servicios correspondan a la determinación presuntiva, por el contrario, entendiendo a cabalidad el sentido jurídico de la legislación tributaria vigente para el año 2006, el Servicio de Rentas Internas realizó el proceso de determinación de conformidad con lo establecido en el Art. 91 del Código Tributario, referente a la determinación directa y conforme los Arts. 66.1 66.2, 66.3, 66.4, 66.5, y 66.6 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario vigente en el año 2006, lo cual desvirtúa el argumento del contribuyente, referente a la aplicación de disposiciones legales para la regulación de precios de transferencia, que no estaban vigentes para el año 2006 y también indica que no se ha efectuado una determinación presuntiva, cuando la Administración Tributaria ejerció su facultad determinadora sobre la base de la declaración de la parte actora. Arguye, que justamente en ejercicio de esta facultad determinadora, la Administración Tributaria verificó la información declarada por DENMAR S.A con la siguiente información reportada por terceros: **6.4.4.2.1.-** Reporte de precios históricos de varios productos, entre ellos precios unitarios de rosas, por día, en el puerto de embarque (F.O.B. en Miami) de importaciones a través de Miami, Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EEUU (USDA) y su portal de Noticias del Mercado de Frutas y Vegetales (Agricultural Marketing Service, Fruit and Vegetables Market News, USDA, Washington, DC, USA). Los reportes originales con la información sobre rosas se denominan MH_FV221, de la cual la Administración Tributaria cuenta con una copia inquebrantable (el sello en la primera hoja, es decir la hoja con la certificación, se encuentra adherido a una cinta que une al resto de hojas del reporte, por lo que no se puede hacer alteraciones a ninguna de las hojas sin que quede evidencia del quebranto) de los mismos; **6.4.4.2.2.-** Guía del Usuario de las Noticias del Mercado de Frutas y vegetales, Programas de Frutas y Vegetales, Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EEUU, actualizado en Mayo/2009 ("Fruit and Vegetable Market News User Guide", Fruit and Vegetable Programs, Agricultural Marketing Services, USDA); **6.4.4.2.3.-** Sistema de Comercio Agrícola Mundial (Global Agricultural Trade Systerm), GATS por sus siglas en inglés: Consulta avanzadas de datos sobre el comercio de productos piscícolas, forestales, textiles y agrícolas, entre ellos rosas, claveles y pompones. Este sistema fue proporcionado por el Servicio de Agricultura Extranjera (Foreing Agricultural Services) FAS por sus siglas en inglés,

del Departamento de Agricultura de EE.UU (United States Departament of Agriculture) USDA por sus siglas en inglés"; **6.4.4.2.4.-** Movimientos históricos de volúmenes de rosas por día de importaciones a través de Miami, Servicio de Mercadotecnia Agrícola del Departamento de Agricultura de los EE.UU y su portal de Noticias del Mercado de Frutas y Vegetales (Agricultural Marketing Services, Fruit and Vegetables Market News. USDA, Washington, DC. USA); **6.4.4.2.5.-** Formularios anuales y trimestrales (10-K y 10-Q respectivamente) correspondiente al ejercicio económico 2006 de Hines Horticulture Inc., Comisión de Intercambios Fiduciarios de los Estados Unidos de América (Securities and Exchange Commission SEC); **6.4.4.2.6.-** Memoria y estados contables correspondientes a los ejercicios económicos finalizados el 31 de diciembre de 2006 y 2005, S.A. San Miguel A.G.I.C.I. y F, Comisión Nacional de Valores de la República Argentina; **6.4.4.2.7.-** Memoria y estados contables correspondientes a los ejercicios económicos finalizados el 31 de diciembre de 2006 y 2005, S.A. San Miguel A.G.I.C.I. y F, Comisión Nacional de Valores de la República Argentina; **6.4.4.2.8.-** Informes anuales de 2004, 2005, y 2006, formularios trimestrales 10-Q de 2006 y formulario 10-K (SEC) de 2006 de Chiquita Brands International Inc.; **6.4.4.2.9.-** Formularios Trimestrales 10-Q de 2006 y 10-K de 2006 de ML Macadamia Orchards, L.P (SEC); y, **6.4.4.2.10.-** Formulario anual 20-F de 2004, 2005 y 2006 de Fresh del Monte Produce lnc. (SEC). Con toda esta información la Administración realizó el siguiente análisis: **6.4.4.2.10.1.-** La empresa actora se encuentra vinculada al grupo florícola internacional HOSA, conforme se desprende del Informe de Precios de Transferencia p. 23 (Horticultura de la Sabana S.A. de origen colombiano). También se indica que el contribuyente hoy actor, mantuvo operaciones comerciales y financieras, con sus empresas relacionadas, conforme se señala a continuación: **6.4.4.2.10.1.1.-** Con Prohosa Ltda., una empresa colombiana, cuya transacción con el contribuyente Denmar fue la importación y exportación de esquejes; **6.4.4.2.10.1.2.-** Con C.I. Hosa Ltda., también empresa colombiana, quien le facilitó al contribuyente el otorgamiento y mantenimiento de préstamos y el correspondiente pago de intereses; **6.4.4.2.10.1.3.-** Con Hosa lnternational, una empresa comercializadora ubicada en EE.UU., y cuyas operaciones con el contribuyente fueron importaciones de material de empaque; y, **6.4.4.2.10.1.4.-** Con Bloemen Trading B.V., constituida en Holanda y a quien Denmar vendió el 98% de sus exportaciones en volumen. De acuerdo con su Informe de Precios de Transferencia del año 2006, el actor procesal considera que existe una vinculación con Prohosa Ltda., C.l. Hosa Ltda. y Hosa lnternational, de acuerdo al numeral 3 del artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus reformas. Dentro del Informe de Precios de Transferencia del año 2006, en la sección 3.3 Partes Vinculadas y Transacciones Sujetas a Análisis (p. 24 IPT 2006), a lo largo del documento, el actor no incluyó a Bloemen como parte relacionada ni sus operaciones de facturación con ésta, como sujetas al análisis de precios de transferencia. **6.4.4.2.11.-** La Administración Tributaria en ejercicio de su facultad determinadora analizó la relación existente entre DENMAR S.A. y BLOEMEN con base en los siguientes argumentos: **6.4.4.2.11.1.- Proporción de las transacciones.-** De acuerdo a la base de datos de packing lists, en el 2006 Denmar facturó a Bloemen más del 97% del total de sus exportaciones, tanto en valor como en cantidad exportada, como consecuencia de la proporción de transacciones con clientes, los mayores compradores de una compañía son quienes mayores cuentas por cobrar registran; esto fue confirmado por la información de cartera proporcionada por el propio contribuyente en el proceso de determinación, que revela un valor de USD 649,556.69 de cuentas por cobrar a Bloemen versus USD 681,893.32 de cuentas por cobrar a clientes en total, es decir casi el 95% del total. **6.4.4.2.11.2.- Mecanismos de precios usados en las operaciones entre Bloemen y Denmar.-** Los mecanismos de precios de ciertas operaciones de exportación, donde entre otros factores se diferencian los largos de tallo, hechas por Denmar y facturadas a Bloemen, y se demuestran que existió un grado de flexibilidad en la fijación de precios que no cabría en una relación entre partes independientes, de acuerdo al método seleccionado en aplicación del principio de plena competencia. La Administración Tributaria señala que en el contrato suscrito entre el actor y Bloemen, establecieron invariablemente un precio de USD 0.16 en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2006; a lo largo de los meses de julio, agosto, septiembre y los días 1, 2 y 3 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.20; del 4 al 23 de octubre

establecieron un precio invariable de USD 0.22; y, del 24 de octubre al 31 de diciembre de 2006 establecieron un precio invariable de USD 0.28. Estos precios se fijaron independientemente de si la exportación fue de rosas en spray o híbridas de té (estándar). Para identificar los precios realmente establecidos, la Administración Tributaria analizó la base de datos de packing lists de 2006 entregada por el contribuyente. En esta base se verificó que, entre los 58,497 registros de operaciones con Bloemeng, 24.454 registros, es decir un 41.80%, se estableció invariable y exactamente un precio de USD 0.16 por tallo (el precio más bajo). En consideración a todo lo antes esgrimido, la Administración Tributaria agrega que DENMAR S.A., y BLOEMEN fijaron un precio invariable de USD 0,16 por tallo, para el 41,80% de sus ventas, sin considerar elementos vitales dentro del negocio florícola como son: la diferencia de precios dependiendo del tipo de flor por los costos de producción, fechas de venta pico como son Día de la Madre (mayo), 14 de Febrero, festividades donde la flor puede ser vendida en un mejor precio por la demanda existente, el largo del tallo, aspectos entre otros que son decisivos para vender una flor en una operación realizada entre partes independientes. Además llama la atención que 41,80 % de las ventas se haya realizado por el PRECIO MENOR esto es USD 0,16, particularidades que difícilmente se darían entre partes independientes. **6.4.4.2.11.3.- Administración efectiva del negocio.-** De acuerdo a la información entregada por el propio contribuyente Denmar e información de terceros, la Administración Tributaria pudo verificar, que en su base de datos de los packing lists del año 2006 entregado por Denmar, se encontró que 6,722 registros de exportaciones facturadas a Bloemen tuvieron como consignatario a Hosa lnternational en Miami, compañía del grupo Hosa y declarada por Denmar como su parte relacionada. La intermediación de Bloemen en estas operaciones entre dos miembros del mismo grupo internacional demuestra que el negocio, tanto de Denmar y su grupo, como de Bloemen, fue administrado efectivamente en conjunto y bajo condiciones, como es la intermediación de un tercero en ventas entre dos partes relacionadas, que no aceptaría parte independientes. También el ente administrativo señala que de la relación entre Bloemen y el grupo Hosa no sólo se ha producido la intermediación en la venta de flores, manifiesta que existen otros negocios en común, esto se demuestra en la cesión de los derechos de la marca comercial con logo "Fresh Label" registrada en la oficina de patentes y marcas de EEUU con el número de serie 76104671 y con el número de registro 2581131. La cesión fue hecha por C.L Hosa Ltda., de Colombia a favor de Bloemen el 10 de julio de 2009. Cabe señalar que la aplicación para el registro de esta marca la hizo Kingsley Ventures Limited el día 7 de agosto de 2000, la misma fecha en que también registró la marca comercial con logo (el logo del contribuyente) "Denmar" con el número de serie 76104670 y con el número de registro 2581130, es decir los números de serie y registro inmediatos anteriores a los respectivos números de la marca cedida a Bloemen. En esa misma fecha, es decir el 7 de agosto de 2000, Kingsley Ventures Limited registró la marca "Hosa" y el logo del grupo Hosa, que más tarde fueron cedidos a C.l. Hosa Ltda. Por último, Kingsley Ventures Limited dueño de la marca "Denmar" en EEUU, en algunos de los documentos de los trámites en la oficina de patentes y marcas de EEUU, registra la misma dirección en las Islas Vírgenes Británicas que Bloemen (que registra su domicilio en ese territorio como sucursal) y finalmente, señala que analizando la función de comercialización en las operaciones de exportación del actor, se determina que ejerció funciones de comercialización que habrían sido responsabilidad de la empresa comercializadora, si la relación se habría producido entre partes independientes. Por todos estos aspectos la Administración Tributaria, conforme lo establecido en el Art. 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario y sus reformas se establece que, para efectos tributarios en el período analizado, Bloemen Trading C. V. fue parte relacionada de Denmar S.A. por administrar efectivamente ambas algunos pedidos de Hosa Internacional de Miami (miembro del grupo internacional del que es miembro Denmar), por la realización efectiva de la función de comercialización, por tener altas proporciones de transacciones entre sí en las exportaciones de Denmar facturadas a Bloemen, y por fijar precios con mecanismos que no habrían utilizado partes independientes. En relación a todo lo anterior concluye, que todos estos son factores permiten revelar que Bloemen en varios momentos ha tenido gran influencia en la Administración efectiva del negocio. **6.4.4.2.11.4.- Precios de transferencia.-** Las operaciones de exportación de bienes de propia producción realizadas en 2006 por el actor y cuyo cliente fue Bloemen, indica que las mismas están

sujetas a la regulación de precios de transferencia dentro del proceso de determinación directa. En consecuencia, indica que la Administración Tributaria ha realizado el análisis de precios de transferencia de las operaciones de exportación a Bloemen, de acuerdo a la normativa legal vigente en el período analizado. **6.4.4.2.11.5.- Identificación de las operaciones realmente efectuadas.-** La Administración Tributaria analizó las operaciones de exportación de Denmar destinadas a EE.UU, -uno de los principales mercados mundiales de consumo-, y facturadas a Bloemen, (sociedad holandesa) relacionada al actor para fines tributarios de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho presentados anteriormente. El valor total, neto de notas de débito y notas de crédito, de las operaciones de exportación del actor asciende a USD 7,569.897.41. De este valor, USD 7,391.720.83 (97.65%) corresponde a exportaciones netas facturadas en el año a Bloemen. Esta suma incluye USD 5,254,750.90 correspondiente a las operaciones analizadas. Con el fin de identificar las operaciones y funciones realmente efectuadas por Denmar y Bloemen, la Administración Tributaria procedió a efectuar un análisis de la función de comercialización, riesgos asumidos y términos contractuales en las operaciones analizadas, y tal como se detalla en la contestación a su demanda. **6.4.4.2.12.- Acerca de los riesgos.-** En consideración a los riesgos, la Administración Tributaria indica que existen cuatro tipos de riesgos, sobre los cuales señala quien los asumió y cuál fue su importancia dentro de la intermediación en las operaciones analizadas; evidenciándose que la variación de precios de venta no solamente es un riesgo, sino una oportunidad de obtener lucros extraordinarios, si es que los precios suben. También señala que por lógica, las partes independientes no fijarían precios más bajos en los meses en que conocen que los volúmenes y los precios son mayores. De igual manera se indica que no existieron riesgos de variación de tipo de cambio, por cuanto, el destino de la exportación de las operaciones analizadas fue EE. UU., en cuya moneda fue hecha la facturación del contribuyente en 2006, su contabilidad y su declaración de Impuesto a la Renta correspondiente; y finalmente, señala que la compañía actora estuvo expuesta a un nivel bajo de riesgo crediticio puesto que la mayor parte de sus ventas se efectuaron a partes relacionadas. Sin embargo, el riesgo fue más alto, de acuerdo a la incobrabilidad de las cuentas de los clientes de Bloemen. **6.4.4.2.13.- Términos contractuales.-** En relación a los términos efectuados señala que algunos de los términos reflejados en el contrato entregado por el contribuyente no se cumplieron realmente, como por ejemplo el territorio y la no intervención de terceros en las obligaciones estipuladas. Además, ciertas condiciones, como el carácter retroactivo del contrato, sugieren que los términos reales difieren de los establecidos en el contrato. Como consecuencia de su relación, el precio establecido entre Denmar y Bloemen y las condiciones de negociación fueron diferentes a los precios y condiciones que hubieran pactado partes independientes. **6.4.4.2.14.- Selección del método por parte de la Administración Tributaria.-** La Administración Tributaria establece que la comprobación de las circunstancias establecidas en el artículo 91 del Código Tributario y el resultante ajuste de precios de transferencia realizado por la Administración Tributaria es el resultado de la aplicación del Método de Precio Comparable no Controlado (MPCNC). La selección de este método se sustenta en la técnica, incluidas las recomendaciones de las Directrices de la OCDE, y en un nivel de comparabilidad suficiente. Este método consiste en comparar los precios de bienes facturados entre partes relacionadas con los precios de bienes facturados entre partes independientes, en circunstancias comparables. El Ente Administrativo arguye entre otras cosas que, el servicio de Mercadotecnia Agrícola del USDA y su portal de Noticias del Mercado de Frutas y Vegetales pone a disposición del público reportes de precios históricos de varios productos, entre ellos precios unitarios de rosas por día en el puerto de embarque (F.O.B. en Miami) de importaciones a través de Miami. También hace un análisis de la comparabilidad de las características físicas de los bienes, cuyos precios históricos son reportados por el USDA son flores de corte, con las mismas características generales que las de las operaciones analizadas. De igual estatuye, la comparabilidad de los bienes determinando sus cualidades y fiabilidad; entre otros aspectos que obran en el escrito de contestación a la demanda. Finalmente, la Procuradora Fiscal a manera de pretensión solicita que en función de las excepciones anotadas, se deseche la demanda y se confirme en sentencia tanto el Acta de Determinación No. 1720100100061 como la Resolución N° 117012010RREC035559; y además alega que la carga de la prueba le corresponde al actor y que los

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

actos administrativos impugnados gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Se indica que la Procuradora Fiscal ha legitimado su intervención dentro de la causa, conforme obra a fs. 142 a 146 del proceso.

6.5.- El escrito de contestación a la demanda se acepta a trámite con providencia de fecha 16 de marzo de 2011, con lo que se da por trabada la litis. En consideración del Art. 257 del Código Tributario y por existir hechos que justificar, se apertura el término de prueba por el término de diez (10) días.

6.6.- En etapa de prueba, la Administración Tributaria por su parte, en escrito de foja 149, reproduce a más de lo favorable de autos, los actos administrativos impugnados, solicita se lleve a cabo la diligencia de exhibición de los expedientes administrativos que culminaron con la emisión del Acta de Determinación No. 1720100100061 como la Resolución No. 117012010RREC035559, señala la obligación procesal de probar los hechos propuestos afirmativamente en su demanda, conforme el Art. 258 del Código Tributario, e impugna la prueba presentada por el actor. Con fecha 04 de abril del 2011, el actor ingresa su escrito de prueba, el mismo que no es proveído, por cuanto su ingreso al proceso, es extemporáneo. Con fecha 28 de abril de 2011 el actor solicita conforme el Art. 262 del Código Tributario, la práctica de pruebas de oficio, por parte de la Sala. De conformidad a la facultad oficiosa antes señalada, se dispone la diligencia de inspección contable a los libros de la compañía, para que se pueda determinar, en base a los documentos contables, los precios reales obtenidos por Denmar S.A., durante el ejercicio fiscal 2006, por venta de producto y si estos precios nacionales tienen relación con previos del mercado a dicha fecha; y también se dispuso la inspección judicial a la finca florícola, con el fin de verificar in situ, el proceso de comercialización y venta de la producción y determinar que los precios son ex fábrica o F.O.B. Quito.

6.7.- Siendo este el estado del Proceso, la Sala para resolverlo, se sustenta en las siguientes consideraciones: **6.7.1.-** Conforme lo señalado en el punto 5.2.2.1 de este fallo, de acuerdo a la nulidad encontrada en el fallo recurrido, amparados en el Art. 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, se está procediendo a efectuar la sentencia de mérito correspondiente, y por lo que se indica que esta Sala Especializada es competente para conocer y decidir sobre la materia de la controversia. **6.7.2-** El proceso es válido puesto que se lo ha tramitado de conformidad con la Ley, sin omisiones que pudieran viciarlo y se ha garantizado el derecho a la defensa de las partes intervinientes. **6.7.3.-** La personería del actor se encuentra justificada, con el nombramiento que obra de fs. 41 y 43; y, la de la autoridad demandada, con los documentos que constan a fs. 142 y 146. **6.7.4.-** En síntesis, la controversia, se relaciona con un tema de puro derecho, y consiste en establecer si la determinación efectuada por la Administración Tributaria estuvo apegada a la facultad reglada, o si su actuación fue producto de la discrecionalidad y por tanto atentó a los principios legales y constitucionales; por lo mismo, también se pretende establecer si la Administración Tributaria está facultada para regular los precios de transferencia y si esta actuación, corresponde a una determinación presuntiva, distinta a la que manifiesta haber efectuado la Administración Tributaria. **6.7.5.-** De los antecedentes expuestos se evidencia que la litis se centra en el análisis de la determinación tributaria llevada a cabo por la Administración Tributaria y que consta en el Acta de Determinación N° 1720100100061 de 08 de abril de 2010 emitida por la autoridad demandada, puesto que las partes litigantes coinciden en que el Servicio de Rentas Internas acogió la contabilidad de la Empresa y en base a esta efectuó el acto de determinación tributaria, también coinciden en que la compañía Denmar tiene como único cliente en el exterior a Bloemen Tranding C. V., con quien mantiene el 98% de sus ventas de especies de flores; pero difieren en cuanto al tipo de determinación efectuada por la Administración y a la factibilidad de regulación de los precios de transferencia, puesto que a criterio del actor, el Ente Administrativo ha incorporado en su proceso de determinación la combinación de la "Determinación Directa" y al presumir una serie de "hechos, indicios y circunstancias" para establecer hechos generadores inexistentes y, mediante "coeficientes" obtener bases imponibles y cuantías, las mismas que son características exclusivas de la "Determinación Presuntiva; en tanto que, la Administración Tributaria ha señalado que su actuación se enmarca en la facultad reglada y no discrecional, que se puede vislumbrar en la determinación directa que le efectuó al contribuyente Denmar S.A., y además manifiesta que la supuesta determinación presuntiva que alega el actor, está totalmente alejada de la verdad; también señala que no existe de manera expresa o tácita que las regulaciones aplica-

bles a precios de transferencia de bienes y servicios correspondan a una determinación presuntiva.

6.8.- En consideración a lo antes esgrimido, corresponde a esta Sala, en estricto derecho dirimir la controversia y para hacerlo realiza el siguiente análisis: **6.8.1.-** La Administración Tributaria tiene en el ejercicio de la gestión tributaria, a la facultad determinadora, la misma que consiste en establecer el hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo; para mejor ilustración nos permitimos citar lo siguiente: *"... el conjunto de normas jurídicas que disciplina la actividad administrativa del que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las relaciones tributarias sustantivas y de las relaciones entre la administración pública y los particulares que sirven al desenvolvimiento de esta actividad ..."* (JARACH, Dino citado por Juan Martín Queralt, y otros. "*Curso de Derecho Financiero y Tributario"*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 307) Como se puede evidenciar de la doctrina citada, la determinación tributaria constituye una actividad reglada y no discrecional, apegada a los principios de legalidad, seguridad jurídica, etc., que a más de permitir la recaudación tributaria, también apoya al cumplimiento de deberes formales y sustanciales acaecidos por la relación jurídica existente entre el Estado y los particulares. De igual manera el Art. 9 del Código Tributario señala en qué consiste la gestión tributaria, enmarcándose en las funciones de determinación, recaudación de los tributos, entre otras, así: *"Art. 9.- Gestión tributaria.- La gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias".* En el mismo sentido los Arts. 67 y 68 del Código Tributario, señalan las facultades de la Administración Tributaria, en donde se indica que dentro del ejercicio de las mismas, el Servicio de Rentas Internas goza de la facultad determinadora de la obligación tributaria, de la siguiente manera: *"Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.- Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos";* atribución que al ser ejercitada, comprende lo siguiente: *"Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación";* concordante con lo esgrimido en el Art. 68 de la norma antes citada: *"Art. 87.- Concepto.- La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. Cuando una determinación deba tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente al valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales, a la fecha de producido el hecho generador. Caso contrario, se practicará pericialmente el avalúo de acuerdo a los elementos valorativos que rigieron a esa fecha".* De la normativa antes citada y de lo ya expresado en líneas anteriores, la Administración Tributaria goza plena y legalmente de la facultad determinadora, la misma que al ejercitarla se debe tomar en cuenta entre otras cosas la verificación de las declaraciones de los contribuyentes o responsables y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación. Ahora bien, el Código Tributario en sus Arts. 91, 92 y 93 señalan las formas de determinación, así: *"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. Art. 92.- Forma presuntiva.- Tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presten mérito suficiente*

para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determine la ley respectiva. Art. 93.- Determinación mixta.- Determinación mixta, es la que efectúa la administración a base de los datos requeridos por ella a los contribuyentes o responsables, quienes quedan vinculados por tales datos, para todos los efectos." Del acto administrativo impugnado se desprende que el 06 de mayo de 2010 el Sr. José Alejandro Begnini López, en su calidad de Gerente General Suplente y como tal representante legal de la compañía DENMAR S.A., formuló un reclamo administrativo en contra del Acta de Determinación No. 1720100100061 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2006; de la actuación de la Administración Tributaria se evidencia que la determinación efectuada fue directa, por cuanto tomó como base el contenido de la declaración del propio contribuyente Denmar, la información que el Ente Administrativo posee y otros documentos que existen y que se encuentren en poder de terceros. Dentro del proceso de determinación y de acuerdo a lo indicado en el acto impugnado se puede vislumbrar que, la Administración Tributaria procedió a regular los precios de transferencia, de acuerdo a la facultad establecida en el Art. 91 del Código Tributario (vigente a la fecha de la determinación tributaria), el mismo que indicaba: *"(...) El sujeto activo podrá, dentro de la determinación directa, establecer las para regular los precios de transferencia de bienes o servicios para efectos tributarios. El ejercicio de esta facultad procederá, exclusivamente, en los siguientes casos: a) Si las ventas se efectúan al costo o a un valor inferior al costo, salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que los bienes vendidos sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar transferencias en tales condiciones, para lo cual el sujeto pasivo presentará un informe al Servicio de Rentas Internas; b) También procederá la regulación si las ventas al exterior se efectúan a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta, a nivel de primer importador; salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que no fue posible vender a precios de mercado, sea porque la producción exportable fue marginal o porque los bienes sufrieron deterioro; y, c) Se regularán los costos si las importaciones se efectúan a precios superiores de los que rigen en los mercados internacionales. Las disposiciones de este artículo, contenidas en los literales a), b) y c) no son aplicables a las ventas al detal. Para efectos de las anteriores regulaciones el Servicio de Rentas Internas mantendrá información actualizada de las operaciones de comercio exterior para lo cual podrá requerirla de los organismos que la posean. En cualquier caso la Administración Tributaria deberá respetar los principios tributarios de igualdad y generalidad, así como las normas internacionales de valoración".* El Servicio de Rentas Internas está plenamente facultado para regular los precios de transferencia de acuerdo a lo esgrimido en cualquiera de los casos propuestos en la norma jurídica; para el caso que nos atañe, la Administración Tributaria se enfocó en el caso planteado en la letra b), por cuanto, procedió a regular los precios de transferencia, tras encontrar que las ventas de la Empresa Denmar S.A., se efectuaron a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta. Dicha información la Administración Tributaria la extrajo, tal como consta del acto impugnado, así como se manifestó en la contestación a la demanda, que del contrato suscrito entre el contribuyente Denmar y Bloemen, establecieron de manera invariable un precio de USD 0.16 en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2006; a lo largo de los meses de julio, agosto, septiembre y los días 1, 2 y 3 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.20; del 4 al 23 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.22; y, del 24 de octubre al 31 de diciembre de 2006 establecieron un precio invariable de USD 0.28; situación disímil a la que se pactaría entre partes independientes, razón por la cual, el Servicio de Rentas Internas en uso de sus atribuciones legales y ratificando lo esgrimido en la parte resolutiva de la sentencia emitida dentro del juicio de impugnación N°. 22891-2723-IS-V, procedió a regular los precios de transferencia. 6.8.2.- Es dable señalar e identificar si efectivamente existió o no, un vínculo entre Denmar y Bloemen, como partes relacionadas, para lo cual, se procede a citar lo que señala el Art. innumerado, a continuación del Art. 4.1 inciso a continuación del número 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno: *"Art. (...).- Partes relacionadas.- Para efectos tributarios se considerarán partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un*

tercero, sea persona natural o sociedad domiciliada o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas. (...) Para establecer la existencia de algún tipo de relación o vinculación entre contribuyentes, la Administración Tributaria atenderá de forma general a la participación accionaria u otros derechos societarios sobre el patrimonio de las sociedades, los tenedores de capital, la administración efectiva del negocio, la distribución de utilidades, la proporción de las transacciones entre tales contribuyentes, los mecanismos de precios usados en tales operaciones.". Conforme obra del acto impugnado y de la contestación a la demanda, la autoridad tributaria demandada establece que se estableció la existencia de la relación para efectos tributarios entre Denmar y Bloemen, así: **a) Administración efectiva del negocio:** De la información proporcionada por Denmar S.A., e información de terceros se evidenció que Bloemen intervino en la administración efectiva del negocio de Denmar y el grupo Hosa, conforme obra de lo esgrimido en el acto impugnado y en la contestación a la demanda. **b) Proporción de transacciones:** De acuerdo a la base de datos de packing lists, en 2006 Denmar facturó a Bloemen más del 97% del total de sus exportaciones; esto fue confirmado por el propio contribuyente Denmar, cuando le proporcionó al SRI, la cartera que reveló un valor de USD 649, 556.69 de cuentas por cobrar a Bloemen, en consideración a USD 681,893.32 de cuentas por cobrar a clientes en total, es decir casi el 95% del total; **c) Mecanismos de precios usados:** Entre varios factores se diferenciaron los largos de tallo, hechas por Denmar y facturadas a Bloemen, en donde se demuestra que existió un grado de flexibilidad en la fijación de precios que no hubiese sido permitido en una relación entre partes independientes, en consideración al método seleccionado de aplicación al principio de plena competencia. De lo antes expuesto, se colige que la Administración Tributaria estableció la existencia de la relación y vinculación entre Denmar y Bloemen, a causa de la administración efectiva de la empresa Denmar por parte de Bloemen; la proporción de transacciones la cual arrojó un porcentaje de 97% del total de exportaciones hacia Bloemen y finalmente el mecanismo de precios usados entre Bloemen y Denmar, que difieren, si se hubiese pactado entre partes independientes. **6.8.3.-** En los anteriores puntos expuestos y debidamente analizados es imprescindible indicar y valorar lo propio sobre los informes periciales y sus anexos, que obran dentro del proceso a fs. 205 a 296, al efectuar un análisis global de los mismos, se ha evidenciado que son bastante coincidentes entre sí, en lo que respecta a los puntos controvertidos y materia de la litis, así: **6.8.3.1.-** Señalan que Denmar en la declaración de Impuesto a la Renta del año 2006 señaló en el casillero 813 el ajuste de precios de transferencia que el propio contribuyente actor efectuó, en consideración a los registros contables de la Empresa Denmar, el mismo que se lo hizo mediante el método "Standing Order". **6.8.3.2.-** También indican que el destino de los productos de la empresa actora es en su mayoría a los Estados Unidos de América. **6.8.3.3.-** También se enfocan en las exportaciones netas de rosas, facturadas a la empresa Bloemen las cuales abarcan el 97,32%. **6.8.3.4.-** Establecen que el Servicio de Rentas Internas no aplicó los precios de venta a mayoristas bajo la figura de "Standing Order" cuyos precios son fijados por temporada y durante el año a un menor precio, sino que en su defecto consideró los precios de temporada mercado abierto, razón por la cual se generaron distorsiones; frente a este evento, es necesario indicar que la Administración Tributaria al encontrar diferencias como ya se manifestó en líneas anteriores, procedió a regular los precios de transferencias, tal y como lo señala la doctrina propuesta por María Begoña Villaverde Gómez, en su estudio del Principio "at arm´s lenght y precios de transferencia", proporcionado al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, que a continuación se cita: *"(...) el uso de precios de transferencia no conlleva necesariamente la posibilidad de que los Estados adopten medias (sic) correctoras de la tributación de las empresas asociadas, puesto que debe concurrir un elemento más: que se haya producido una nula o menor tributación como resultado del recurso a este tipo de precios. El elemento volitivo aparece, en el sentido de que no existe otra motivación que la fiscal para recurrir al uso de precios de transferencia" (...)".* Como se puede comprender de lo expuesto, la reformulación de precios de transferencia, efectuada por la Administración Tributaria, operó por su facultad determinadora y verificadora de la declaración vinculante y definitiva del contribuyente, y por cuanto, encontró que los precios fijados previamente por la empresa Denmar, no respondía a la realidad ni económica, peor jurídica, situación que denotó una distinta tributación; por lo que se enfocó y aplicó lo dispuesto en el Art. 91 letra b)

del Código Tributario que regía para la época de la determinación tributaria. **6.8.3.5.-** Finalmente sobre el tema de partes relacionadas, en los informes se agrega el Informe Integral de Precios de Transferencia por el ejercicio fiscal 31 de diciembre del 2006, en el cual consta la vinculación que existe entre Denmar y Bloemen, el cual fue proporcionado por el contribuyente hoy actor. **6.8.4.-** Por todo lo esgrimido, se ha configurado el vínculo entre Denmar y Bloemen, como partes relacionadas, y se ha evidenciado que la actuación de la Administración Tributaria fue reglada y acorde a lo que la norma vigente para la época estatuía, y no se ha comprobado la determinación presuntiva que a criterio del actor, se aplicó en este caso; por lo que la actuación de la Administración Tributaria fue acorde a la realidad económica y jurídica existente. **6.8.5.-** Finalmente, esta Sala Especializada se pronuncia sobre el recargo del 20% sobre el principal, así: el Art. 90 del Código Tributario reformado por el Art. 2 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre de 2007, establece: *"Determinación por el sujeto activo.- El sujeto activo establecerá la obligación tributaria, en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora, conforme al artículo 68 de este Código, directa o presuntivamente. La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal."* El Diccionario de la Real Academia Española, define al recargo como: *"(…) un aumento de carga. Hacer un nuevo cargo. Agravar una cuota o impuesto u otra prestación que se adeuda. Cantidad o tanto por ciento en que se incrementa la deuda por lo general a causa del retraso de un pago."* El recargo introducido en el Art. 90 del Código Tributario tiene una naturaleza indemnizatoria, disuasiva y resarcitoria, que persigue impulsar al sujeto pasivo a que liquide sus impuestos conforme a la ley, y de no ser el caso, indemnizar a la Administración por el costo en el que incurre por llevar a cabo el proceso determinativo, por el cual se establece un mayor impuesto a pagar a favor del fisco. El recargo tiene lugar cuando existe un perjuicio o retraso en un pago, es decir tiene relación directa con la obligación adeudada. Como se observa, el recargo, es un aumento contributivo, es un incremento de la deuda, por motivos compensatorios, indemnizatorios o disuasivos, por lo que no se puede afirmar que se trata de un tipo de sanción, es un incremento automático de la obligación tributaria incumplida. La facultad determinadora de la Administración Tributaria se desenvuelve a través de un procedimiento establecido legalmente, procedimiento que culmina o concluye con la emisión de un acta de determinación, la misma que de establecer un valor por impuesto a pagar en contra del contribuyente deberá determinar a la vez el recargo del 20% sobre el impuesto, establecido en la determinación. Finalmente, se trae a colación el Fallo de Triple reiteración, contenido en la Resolución de 4 de mayo de 2011 y publicado en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011, el mismo que refiere lo siguiente sobre el recargo del 20% a la obligación tributaria que se aplica cuando el sujeto activo ejerce su facultad determinadora: *"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 consideración a todo lo antes indicado, el proceso determinativo iniciado en contra de la empresa Denmar corresponde al ejercicio económico 2006, el cual es anterior a la fecha de vigencia de la norma jurídica expedida el 30 de diciembre de 2007, y como se señala en el fallo de triple reiteración, su aplicación no es retroactiva, por consiguiente, no amerita el cobro en este caso del 20% de recargo, por lo que no es procedente su aplicación.

VII. DECISIÓN

7.1.- Por los fundamentos expuestos, 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,** resuelve:

VIII. SENTENCIA

8.1.- ACEPTAR parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. José Begnini López, en calidad de representante legal de la compañía DENMAR S.A., y confirmar la legitimidad de la Resolución

N° 117012010RREC035559 de 20 de octubre de 2010, que resuelve el contenido del Acta de Determinación N° 1720100100061 de 08 de abril de 2010 emitida por la autoridad demandada. Dejar sin efecto el recargo del 20% sobre el principal, por la consideración expuesta en el punto 6.8.3. de este fallo.

8.2.- DESÍGNESE para que actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora a la Ab. Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal N° 6037-DNTH-2015-KP.

8.3.- Sin costas.

8.4.- Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, jueves 20 de agosto del 2015, las 09h59.

VISTOS: (0010-2014) Aclaración y ampliación de la sentencia emitida por esta Sala el día jueves, 30 de julio del 2015, a las 08h41, que acepta parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. José Begnini López, en calidad de representante legal de la compañía DENMAR S.A., y confirmó la legitimidad de la Resolución n.° 117012010RREC035559 de 20 de octubre de 2010, que resolvió el contenido del Acta de Determinación n.° 1720100100061 de 08 de abril de 2010 emitida por la autoridad demandada, a excepción del recargo del 20% sobre el principal, el cual se declaró como no procedente por el contenido del Fallo de Triple Reiteración descrito en la Resolución de 4 de mayo de 2011 y publicado en el Registro Oficial n.° 471 de 16 de junio de 2011. La compañía actora por intermedio de su abogado patrocinador el Dr. Andrew Eguiguren y dentro del término legal, solicita su aclaración y ampliación. Para resolver se considera: **1.-** El Art. 274 primer inciso del Código Tributario indica: *"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 multas, intereses o costas"*. **2.-** En tal virtud, cabe mencionar que el derecho de corrección que hace el juez, de oficio o a petición de parte, relativo al texto de una sentencia o resolución judicial; es decir, la aclaración prosperará cuando los términos de un auto o de una sentencia sean oscuros, ambiguos o contradictorios y la ampliación prosperará si se formulase de manera idónea que el juzgador omitió resolver sobre algún punto controvertido. **3.-** La compañía Denmar S.A., solicita se aclare y amplíe la sentencia de mérito, argumentando lo siguiente: *"(...) 1.- Conforme los dos informes periciales concurrentes, la Sala se sirva aclarar y ampliar la sentencia indicando si para una Determinación Directa realizada por el SRI se consideró aparte de la información presentada por el sujeto pasivo, conforme lo dispuesto en el Art. 91 del Código Tributario información ajena y que no tiene relación directa ni indirecta con la operación y declaraciones de Denmar S.A., como es el uso de la página web del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de Norteamérica. 2.- Si para la sentencia dictada por la Sala, que acepta parcialmente la demanda interpuesta por la empresa Denmar S.A., por tratarse de una determinación directa por parte del SRI, que la Sala se sirva aclarar y ampliar si se debe considerar para la aplicación del Acta de Determinación No. 1720100100061 de 08 de abril de 2010 emitida por el SRI, y del tributo a pagar conforme consta al impuesto a la renta, los precios de venta F.O.B. Quito conforme consta de la información contable y las declaraciones de impuestos presentados por Denmar S.A. o se debe aplicar los precios "presuntos" obtenidos por el SRI de la Página Web del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de Norteamérica. (...)"*. 4.- El Servicio de Rentas por intermedio de su Procuradora Fiscal ha manifestado: "(...) es evidente que, ***las sentencias*** *pueden ampliarse y aclararse, pero con la característica que cada una de éstas posee, por consideración lógica en la redacción de la norma, solo podrá ampliarse la sentencia cuando se haya dejado de resolver algún punto controvertido en alguna de las partes; y, se podrá aclarar la sentencia cuando fuere obscura en algunos de sus pasajes. (...)"*. Por lo tanto, solicita se deseche el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia. Al respecto, la sentencia contenida en el recurso de casación dictada por esta Sala Especializada, consideró de forma clara y razonada, todos y cada uno de los argumentos que el actor estima como no claros y afirma con el pedido de aclaración y ampliación que este Tribunal de Casación omitió resolver alguno de los puntos controvertidos, por lo mismo es menester

traer a colación lo que en su momento se manifestó y consta en la sentencia que hoy se pretende, concederle un pronunciamiento más allá de los recaudos procesales. A fs. 51-52 del cuadernillo de casación se muestra el análisis que en estricto derecho efectuó este Tribunal de Casación por medio de la sentencia de mérito que expidió, estableciéndose que la Administración Tributaria goza del ejercicio de varias facultades, como la determinadora, inmersa en la gestión tributaria; luego de ello se indicó un breve concepto de determinación tributaria, el cual permitió concluir que dicha facultad constituye una actividad reglada y no discrecional, apegada a los principios de legalidad, seguridad jurídica, entre otros; que a más de permitir la recaudación tributaria, también apoya al cumplimiento de deberes formales y sustanciales acaecidos por la relación jurídica existente entre el Estado y los particulares. Así mismo, se mencionaron las clases de determinaciones que el Código Tributario ha estatuido, lo que llevó a indicar que la Administración Tributaria goza plena y legalmente de la facultad determinadora, la misma que al ejercitarla se debe tomar en cuenta entre otras cosas la verificación de las declaraciones de los contribuyentes o responsables y la adopción de las medidas legales que se estimen convenientes para esa determinación. Finalmente, a manera de conclusión esta Sala indicó que: *"(…) Del acto administrativo impugnado se desprende que el 06 de mayo de 2010 el Sr. José Alejandro Begnini López, en su calidad de Gerente General Suplente y como tal representante legal de la compañía DENMAR S.A., formuló un reclamo administrativo en contra del Acta de Determinación n.° 1720100100061 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2006; de la actuación de la Administración Tributaria se evidencia que la determinación efectuada fue directa, por cuanto tomó como base el contenido de la declaración del propio contribuyente Denmar, la información que el Ente Administrativo posee y otros documentos que existen y que se encuentren en poder de terceros. (...)"*. Con respecto al segundo pedido de aclaración y ampliación se advierte al peticionario que el juzgador no tiene la atribución para sugerir o determinar la forma de obrar de ningún contribuyente, con respecto a su forma de tributar, pero si se espera que la misma se enmarque en la normativa jurídica y sobre lo que ella estatuye, manda y permite; por lo que la sentencia de mérito que se dictó tuvo su ocasión a causa de la falta de motivación que se evidenció en el fallo dictado por la Sala del Tribunal A quo, y en la cual se estableció que: *"(...) El Servicio de Rentas Internas está plenamente facultado para regular los precios de transferencia de acuerdo a lo esgrimido en cualquiera de los casos propuestos en la norma jurídica; para el caso que nos atañe, la Administración Tributaria se enfocó en el caso planteado en la letra b), por cuanto, procedió a regular los precios de transferencia, tras encontrar que las ventas de la Empresa Denmar S.A., se efectuaron a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta. Dicha información la Administración Tributaria la extrajo, tal como consta del acto impugnado, así como se manifestó en la contestación a la demanda, que del contrato suscrito entre el contribuyente Denmar y Bloemen, establecieron de manera invariable un precio de USD 0.16 en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2006; a lo largo de los meses de julio, agosto, septiembre y los días 1, 2 y 3 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.20; del 4 al 23 de octubre establecieron un precio invariable de USD 0.22; y, del 24 de octubre al 31 de diciembre de 2006 establecieron un precio invariable de USD 0.28; situación disímil a la que se pactaría entre partes independientes, razón por la cual, el Servicio de Rentas Internas en uso de sus atribuciones legales y ratificando lo esgrimido en la parte resolutiva de la sentencia emitida dentro del juicio de impugnación n.° 22891-2723-IS-V, procedió a regular los precios de transferencia. (...)"*. De igual manera en el punto **6.8.3**. de la sentencia se valoró lo propio sobre los informes periciales, sus anexos y se efectuó un análisis global de los mismos, en donde se probó que de manera abundante coincidían entre sí, en lo que respecta a los puntos controvertidos y materia de la *litis,* conforme se cita: *"(...)* ***6.8.3.1.-*** *Señalan que Denmar en la declaración de Impuesto a la Renta del año 2006 señaló en el casillero 813 el ajuste de precios de transferencia que el propio contribuyente actor efectuó, en consideración a los registros contables de la Empresa Denmar, el mismo que se lo hizo mediante el método "Standing Order".* ***6.8.3.2.-*** *También indican que el destino de los productos de la empresa actora es en su mayoría a los Estados Unidos de América.* ***6.8.3.3.-*** *También se enfocan en las exportaciones netas de rosas, facturadas a la empresa Bloemen las cuales abarcan el 97,32%.* ***6.8.3.4.-*** *Establecen que el Servicio de Rentas Internas no aplicó los precios de venta a mayoristas bajo la figura de "Standing Order" cuyos precios son fijados por temporada y durante el año a un menor precio, sino que en su defecto consideró los precios de temporada mercado abierto, razón por la cual se generaron distorsiones; frente a este evento, es necesario indicar que la Administración Tributaria al encontrar diferencias como ya*

se manifestó en líneas anteriores, procedió a regular los precios de transferencias, tal y como lo señala la doctrina propuesta por María Begoña Villaverde Gómez, en su estudio del Principio "at arm's lenght y precios de transferencia", proporcionado al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, que a continuación se cita: "(…) el uso de precios de transferencia no conlleva necesariamente la posibilidad de que los Estados adopten medias (sic) correctoras de la tributación de las empresas asociadas, puesto que debe concurrir un elemento más: que se haya producido una nula o menor tributación como resultado del recurso a este tipo de precios. El elemento volitivo aparece, en el sentido de que no existe otra motivación que la fiscal para recurrir al uso de precios de transferencia" (...)". Como se puede comprender de lo expuesto, la reformulación de precios de transferencia, efectuada por la Administración Tributaria, operó por su facultad determinadora y verificadora de la declaración vinculante y definitiva del contribuyente, y por cuanto, encontró que los precios fijados previamente por la empresa Denmar, no respondía a la realidad ni económica, peor jurídica, situación que denotó una distinta tributación; por lo que se enfocó y aplicó lo dispuesto en el Art. 91 letra b) del Código Tributario que regía para la época de la determinación tributaria. ***6.8.3.5.-*** *Finalmente sobre el tema de partes relacionadas, en los informes se agrega el Informe Integral de Precios de Transferencia por el ejercicio fiscal 31 de diciembre del 2006, en el cual consta la vinculación que existe entre Denmar y Bloemen, el cual fue proporcionado por el contribuyente hoy actor.* ***6.8.4.-*** *Por todo lo esgrimido, se ha configurado el vínculo entre Denmar y Bloemen, como partes relacionadas, y se ha evidenciado que la actuación de la Administración Tributaria fue reglada y acorde a lo que la norma vigente para la época estatuía, y no se ha comprobado la determinación presuntiva que a criterio del actor, se aplicó en este caso; por lo que la actuación de la Administración Tributaria fue acorde a la realidad económica y jurídica existente. (...)".* Continuando con el mismo orden de ideas, la sentencia dictada por este Tribunal aceptó parcialmente la demanda interpuesta por la compañía Denmar S.A., y confirmó la validez del acto impugnado; por lo que el actor deberá remitirse a lo esgrimido en el fallo de esta Sala Especializada y por ende a lo que estableció en un primer momento el Acta de Determinación n.° 1720100100061 de 8 de abril de 2010, a excepción del recargo del 20% sobre el principal, el cual se constituyó como no procedente. **4.-** Vale indicar que el principal objetivo de la Casación no consiste en enmendar los agravios que las partes consideran se les ha irrogado, sino en corregir los vicios que, en lo concerniente a la aplicación de normas jurídicas, pudiera contener un fallo, con lo cual se busca conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. **5.-** Teniendo en cuenta y según lo expresado en los números 2, 3 y 4 del presente auto, se determina que la sentencia de mérito emitida el 30 de julio del 2015, a las 08h41 es clara y contempla todos los puntos controvertidos materia del litigio, por tanto se rechaza la solicitud de aclaración y ampliación. **6.-** Mediante Oficio N° 1084-SG-CNJ-GNC de 06 de agosto de 2015 se ha encargado al Dr. Rómulo Darío Velasteguí Enríquez, quien pese de no haber suscrito la sentencia n.° 0010-2014, procede a firmar el presente auto por obligación legal. **Notifíquese.-**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dr. Rómulo Darío Velasteguí Enríquez, CONJUEZ NACIONAL.

COPIA NO OFICIAL DE LA GACETA

IV

Resolución nro. 598-2015
Juicio nro. 62-2014

Juicio contencioso tributario propuesto por el Gerente General de la Compañía SEVISA CÍA. LTDA., contra la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas de Loja .- Impugnación de la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de sociedades 2004, orden de cobro y resolución emitidas por la demandada

SÍNTESIS

El Gerente General de la compañía SEVISA CÍA. LTDA., impugna la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de sociedades 2004; así como la orden de cobro y la resolución emitidas por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas de Loja. La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 con competencia en materia tributaria, acepta parcialmente la demanda planteada y deja sin efecto la glosa de recargo del 20% de la Resolución emitida por la señora Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, y modifica la glosa establecida por el bono de eficiencia administrativa; dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004 y declara la validez de la Resolución impugnada. El Procurador Fiscal de la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, fundamentó el recurso de casación en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia recurrida se infringieron las siguientes normas de derecho: arts. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 273 del Código de Procedimiento Civil; 76 de la Constitución de la República del Ecuador, numerales 1 y 7 literal b); 258 del Código Tributario; 101 y 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno; sin embargo, la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declara la admisibilidad únicamente en relación a los artículos 101 y 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno. El accionante expresa que resulta improcedente desde todo punto de vista el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas por lo que solicita se lo rechace por improcedente e incorrectamente fundamentado. Los Jueces de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, luego de analizar lo planteado por las partes en este recurso resuelven que el Tribunal A quo dejó de aplicar los arts. 101 y 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno, al considerar que en la conciliación tributaria no se debe tomar en consideración para determinar el monto de gastos no deducibles el valor declarado por el contribuyente; consecuentemente se encuentra configurado el vicio y la causal invocado por el recurrente, por lo que Casa la sentencia recurrida.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2013-0473

Jueza Ponente: Dra. María Augusta Montaño G.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. PRIMERA SALA TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE. Loja, viernes 20 de diciembre de 2013, las 15h42. Comparece a fojas 28 del proceso el señor Juan Francisco Gallo Egas, gerente general de la compañía SEVISA CÍA. LTDA., con RUC No.

1191712478001, acredita la calidad en la que comparece con el documento de fojas 9, su domicilio afirma tenerlo en la ciudad de Loja. Impugna la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de sociedades 2004, orden de cobro No. 1120080200018 y la resolución No. 111012008RREC003356 emitidas por la Administración Tributaria La demanda ha sido presentada el veintiuno de noviembre de dos mil ocho, esto es, dentro de los veinte días contados desde el siguiente al de la notificación con la resolución 11101008RREC003356 que ha sido impugnada, la misma que ha sido notificada el 22 de octubre de 2008 como se puede establecer de la revisión del documento de fojas 65 del proceso. Cabe mencionar que en ese lapso ha habido dos días feriados, el tres de noviembre y el 18 de noviembre, que corresponden a la Independencia de Cuenca y de Loja en su orden, por lo tanto han sido días no laborables. Se ha cumplido de esta forma con lo previsto en el artículo 229 del Código Tributario. La demanda está dirigida contra la señora Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas de Loja. Como antecedentes menciona: Que la compañía SEVISA CÍA. LTDA., es una empresa legalmente constituida, su objeto social principal es la prestación de servicios de vigilancia y protección, como consta en el RUC obtenido el 8 de mayo de 2004. Que por el giro del negocio requieren personal capacitado y la utilización de recursos en las actividades operativas y de gestión. Que "Según acto administrativo iniciado el 10 de octubre de 2006, con requerimiento de información No. RSU-GTRRINF2006-0217 notificada el día 12 de octubre de 2006. El Servicio de Rentas Internas. Director Regional del Sur, con fecha 18 de abril de 2008 a las 15h50, nos hace extensiva la orden de cobro No. 11200802000018, según liquidación de pago por diferencias en la declaración del impuesto a la renta sociedades año 2004, de la empresa SEVISA Cía. Ltda. Proveído y firmada por la economista María Augusta Mora Andrade, Directora Regional el Sur (sic) del Servicio de Rentas Internas, fechada el 18 de abril del 2008, donde conmina al pago del impuesto a la renta por un monto de 74.442,69 dólares americanos más un recargo de 20% que equivale a 14.088,54 dólares americanos danto (sic) un total de 84.531,23 dólares americanos, correspondiendo supuestamente al impuesto a la renta del período 2004". Como fundamentos de hecho manifiesta que el 17 de mayo de 2008 conforme a lo dispuesto en el art. 115 del Código Tributario –codificación 2005-2009- se presentó ante la Administración Tributaria el reclamo administrativo impugnando la Resolución que originó la orden de cobro No. 11200802000018 de fecha 18 de abril de 2008, se ha adjuntado la información que sustenta el reclamo en diez sobres de manila numerados y foliados en su totalidad por rubros. Que el 12 de junio de 2008 la Administración Tributaria emitió la providencia No. 111012008PREC000084, avocando conocimiento del reclamo administrativo, concediendo un plazo de prueba de 20 días hábiles. Que el 16 de julio de 2008, la Administración Tributaria emite la providencia No. 111012008PREC000108 que dispone: "1. Téngase en cuenta lo solicitado y como prueba por parte del sujeto pasivo la información a la cual hace referencia en el párrafo VIII de su escrito inicial (...)". Que el 22 de octubre de 2008, la Administración Tributaria emite la Resolución No. 111012008RREC003356, notificada el 23 de octubre de 2008 en la que modifican la orden de cobro No. 1120080200018 y conmina a SEVISA CÍA. LTDA., a cancelar el valor de $ 70.195,86 por impuesto a la renta por el ejercicio fiscal 2004. "El departamento contable de mi representada da fe y evidencia del cumplimiento del art. 96 deberes formales. Del Código Tributario –actual codificación, en el ejercicio de las obligaciones Contables y Tributarias del sujeto pasivo". Los fundamentos de Derecho son los siguientes: "Se transcribe el Art. 10 de la Ley 041, sustituido por el art. 49 de la Ley 99-24. El art. 44 de Reglamento Orgánico funcional del Servicio de Rentas Internas, artículo 68, 91 de la Codificación del Código Tributario, artículos 82, 258, 259 del Código Tributario, art 10 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno y el art. 20 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, como sustento de lo actuado por la Administración Tributaria, por lo que resuelve: art. 1 ACEPTAR PARCIALMENTE el reclamo del sujeto pasivo SEVISA CÍA. LTDA., titular del RUC No. 11917124780001. Art. 2 MODIFICAR la orden de cobro No. 1120080200018 contenida en la liquidación de pago por diferencia en la declaración del impuesto a la renta sociedades del ejercicio fiscal 2004, según lo expuesto en el considerando 12 de la presente Resolución. Art. 3 CONSIDERAR no obstante lo referido en el artículo anterior que los fundamentos de hecho y de derecho de la referida orden de cobro No. 1120080200018,

liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta sociedades, se mantienen inalterables Art. 4 RATIFICAR la legitimidad y validez de la orden de cobro No. 1120080200018 contenida en la liquidación de pago por diferencias en la declaración, emitida por la Administración Tributaria y modificada en virtud de los considerandos de la presente resolución. Art. 5 CONMINAR al sujeto pasivo SEVISA CÍA. LTDA., titular del RUC No. 1191712478001 a cancelar el valor de USD. $ 70.195,86 (setenta mil, ciento noventa. Y (**sic**) cinco dólares de Estados Unidos de América, 86/100), por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004, modificado en la presente resolución, respecto del valor contenido en la orden de cobro No. 1120080200018 contenido en la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta sociedades, emitida por esta Administración Tributaria con fecha 18 de abril de 2008 y notificada legalmente la misma fecha, en el plazo de veinte días contados a partir de la notificación de la presente Resolución; para lo cual se tendrá en cuenta la fecha de exigibilidad de la declaración para el pago de los correspondientes intereses por mora y multa de ser el caso.. En el campo de las diferencias en los valores declarados por la Empresa Sevisa Cía. Ltda., y la imputación de valores por parte de la Administración Tributaria, rubro: a. Rubro SUELDOS Y SALARIOS. La Administración Tributaria manifiesta lo siguiente: "En este rubro se encuentra consignado el valor de USD 192.789,26; por lo que el sujeto pasivo adjunta al presente reclamo, planillas de aportes al IESS, ejercicio fiscal 2004, en las cuales se puede evidenciar el total salarios cancelados a los trabajadores de SEVISA Cía. Ltda., los mismos que ascienden a USO (sic) 127.103,44, pero por la diferencia no presentó ningún documento que justifique o desvirtúe los USD 65.685,82. Y considerando que no existe documentación que la sustente, se modifica el valor glosado por la Administración Tributaria de USD 99.016,76 a USD 65.685,82 por este concepto". La Administración Tributaria viola el art. 10 de la Codificación de la L.R.T.I. en concordancia con el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus reformas en el Capítulo IV- Depuración de los Ingresos sus art: 20 y 21 que determina: art. 20. Deducciones generales. En general, son deducibles todos los costos y gastos necesarios causados en el ejercicio económico, directamente vinculados con la realización de cualquier actividad económica y que fueren efectuados con el propósito de obtener, mantener y mejorar rentas gravadas con impuesto a la renta y no exentas. La renta neta de las actividades habituales u ocasionales gravadas será determinada considerando el total de los ingresos no sujetos a impuesto único, ni exentos y las deducciones de los siguientes elementos. b. En los rubros fondos de reserva, décimos tercero y cuarto sueldo. La Administración Tributaria manifiesta: "La verificación que se realizó a este rubro igualmente se basa en la normativa legal citada anteriormente, con la novedad de que en los reportes del IESS, presentados por el propio reclamante, consta el registro único de contribuyentes No. 1190076217001, perteneciente a GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA., lo que permite evidenciar que estas erogaciones corresponden a otro sujeto pasivo, distinto al que ha sido objeto del presente reclamo. Por lo tanto la Administración Tributaria, no puede validar esta documentación a favor de SEVISA Cía. Ruc No. 11917124478001, ya que según consta en el sistema informático, la sociedad a la cual se le atribuye el pago de los fondos de reserva, se encuentra activa y durante el ejercicio fiscal 2004, registra movimientos en sus cuentas tal como se evidencia en su declaración del Impuesto a la Renta". Comentario similar lo hace con los rubros, décimo tercer sueldo y décimo cuarto sueldo. Pero esto constituye una violación del art. 37 y 38 de la Ley de Compañías en concordancia con el art. 18 de la Codificación de Código Tributario y del art. 34 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. C. Rubro recargo 20%. La Administración Tributaria manifiesta: "En respuesta a su observación sobre la vigencia para aplicar el recargo de 20%, le manifestó que la Administración Tributaria mediante la liquidación de pago diferencias en la declaración de impuesto a la renta No. 1120080200018 emitida el 18 de abril de 2008, legalmente notificada el mismo días, mes y año, determinó una obligación tributaria conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que se exponen en la misma, a dicha obligación aplicó el recargo del 20% de acuerdo a lo dispuesto en el art. 90 del Código Orgánico Tributario, dicho recargo al no ser una sanción no tiene efecto retroactivo, puesto que su efecto es disuasivo y resarcitorio, y su finalidad no es represiva, retributiva o de castigo por una conducta ilícita del contribuyente, más bien dicho recargo es un estímulo para el correcto y veraz cumplimiento de las obligaciones tributarias

por parte del sujeto pasivo. El recargo persigue impulsar al sujeto pasivo a que liquide sus impuestos conforme a la ley, y de no ser el caso, indemnizar a la Administración por el costo en el que incurre por llevar a cabo el proceso determinativo, por el cual se establece un mayor impuesto a pagar a favor del Fisco. El recargo tiene lugar cuando existe un perjuicio o retraso en un pago; es decir, tiene relación directa con la obligación adeudada. De lo expuesto se concluye, que la aplicación del recargo del 20% a la obligación tributaria determinada por esta Administración, no se trata de un caso de retroactividad de la norma, sino de un simple ejercicio de una facultad que antes no tenía la Administración Tributaria y ahora ha sido delegada por Ley y es de obligatoria observancia". El demandante se refiere y transcribe las normas vigentes en el año 2004, en la siguiente forma: "LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. EN EL TÍTULO III DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES. Capítulo 1 Principios Generales. Art. 24. Para asegurar el debido proceso, deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, no se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido, más favorable al encausado... LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, EN SU TÍTULO XIII DE LA SUPREMACÍA, DEL CONTROL DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Capítulo 1. De la supremacía de la Constitución. Art. 272. "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrá valor sí, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior..." "Art. 273. Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente..." "Art. 274 Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido... Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio" "CÓDIGO TRIBUTARIO (Codificación No. 2005-09) Art. 3 Poder tributario. Solo 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… Art. 5. Principios tributarios. El efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. Art. 5 Principios tributarios. El régimen tributario se regirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad… Por lo tanto si la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria fue expedida con fecha 28/12/07 y promulgada el 29/12/07, y de esta Ley se aplica el art. 2 imponiendo un recargo a la liquidación de pago por 14.088,54 dólares americanos (20%) imputable al período contable 2004 de Sevisa Cía. Ltda. Infringiendo los arts. 3 y 5 del Código Tributario. En sencillo análisis a nadie se le puede ocurrir que conminarle a pagar 14.088,54 dólares americanos, sea un estímulo. Además está estipulada en norma jurídica expedida el 28/12/07 y promulgada el 29/12/07. d. Cuadro 20. Impuesto a la Renta 2004. La Administración manifiesta en el numeral 15: "Que el art. 68 de la Codificación al Código Tributario manifiesta: "La determinación que la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la Administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo". (...) El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la

composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación. Más en su afán de determinar el monto del tributo comete errores como los registrados en los casilleros: 814-818-899-902, por lo que demostramos como debería haberse realizado..." El actor aporta un cuadro que consta en la página 36 del proceso y luego señala "...Por lo tanto queda demostrado que hasta la determinación realizada por la Administración Tributaria en la cuantía hipotética del tributo a pagar, está errada en su monto, sin considerar las impugnaciones que han sido hechas por la empresa Sevisa Cía. Ltda., en el reclamo administrativo respectivo. Su valor equivocado significa un aumento del 12,87%". Como pretensión o petición concreta el demandante señala: "Con los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en forma clara y precisa y en base a lo dispuesto en los arts. 220, 223, 224, 230 y 234 del Código Tributario (Codificación No. 2005-09), respetuosamente comparezco e impugno ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de sociedades, orden de cobro No. 1120080200018, consiguientemente la resolución No. 111012008RREC003356, por carecer: a) De sustento legal para su ejecución ante la clara y reiterada violación de normas jurídicas establecidas. b) Por cometer error de cálculo en el monto de la cuantía del hipotético tributo a pagarse". La Autoridad tributaria demandada es la Econ. María Augusta Mora Andrade, Directora Regional Sur del Servicio de Rentas Internas de Loja, por ser la autoridad de la que emanó el acto impugnado; señala el lugar donde debe citarse a la funcionaria. Fija como cuantía de la demanda el valor de 70.195,86 dólares americanos. Menciona el domicilio de la Compañía a la que representa, así como el casillero judicial para recibir notificaciones. Autoriza al Dr. Juan Carlos Ramírez Gálvez como su abogado para que presente escritos en su defensa. Ha rendido la caución del 10% de la cuantía en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en la providencia de veinticinco de noviembre del año indicado, con sujeción a lo que manda el art. 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. (Art... (233.1) agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario); el valor de la caución ha sido depositado en la cuenta que el Servicio de Rentas Internas ha señalado, como se puede advertir del documento de fojas 51. La demanda ha sido calificada y aceptada a trámite el diecisiete de diciembre del dos mil ocho (fs. 42). La citación del señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado de Loja, ha tenido lugar el veinte de enero del dos mil nueve; la citación de la funcionaria demandada, Directora Regional del Sur de Servicio de Rentas Internas ha sido realizada por boletas, la última de ellas le ha sido entregada el cuatro de febrero de dos mil nueve. A fojas 46 y 48 se encuentran escritos de comparecencia del Director Regional 5 de la Procuraduría General del Estado. No opone excepciones. Señala casilla judicial para notificaciones. Acredita su comparecencia con los documentos de fojas 45 y 47. Obra de autos a fojas 53 el oficio en el que se da a conocer al Servicio de Rentas Internas la transferencia de la caución a una de sus cuentas. A fojas 75 comparece el Dr. Fabián Cueva Monteros, Procurador designado por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, su comparecencia la acredita con el oficio No. RSU-JUROGEC09-00002 DE fecha 4 de febrero de 2009 suscrito por la funcionada indicada. (fs. 54). (sic). Contesta la demanda dentro del término previsto por la ley y opone las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda planteada e improcedencia de la acción de la misma. Como antecedentes señala: "El 18 de abril de 2008 se expidió notificó al sujeto pasivo SEVISA CÍA. LTDA., titular del RUC No. 1191712478001 el (sic) liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta No. 1120080200018, correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004. El 17 de mayo de 2008, comparece ante la Administración Tributaria el señor Juan Francisco Gallo Egas, en calidad de representante legal del sujeto pasivo SEVISA CÍA. LTDA., titular del RUC No. 1191712478001, presentando un reclamo administrativo en contra de la orden de cobro No. 1120080200018. En respuesta del mencionado reclamo la Dirección Regional del Sur emite la Resolución No. 111012008RREC003356, mediante la cual se acepta parcialmente la petición del ahora actor". Manifiesta que desvirtúa cada una de las injustificadas alegaciones del actor y que demostrará que quedan como meros enunciados. "1). Respecto de lo alegado por el actor en el literal a) del punto "10" de su demanda. El ahora actor luego de realizar una cita del contenido del acto administrativo impugnado constante en el punto denominado

sueldo y salarios manifiesta que la actuación de la Administración supuestamente viola lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Sobre este particular y pese a que el contribuyente no realiza una relación de los hechos con la norma citada, ni mucho menos explica la pertinencia de sus dichos, manifiesto: el sujeto pasivo consignó en su declaración el valor de USD $ 192.789,26 de los cuales ha podido sustentar con copias debidamente certificadas de las planillas de aporte al IESS, correspondientes al ejercicio fiscal 2004, la cantidad de USD 127.103,44, por la diferencia no presentó ningún documento que justifique o sustente los USD $ 65.685,82, por lo tanto la Administración Tributaria procedió a desconocer el valor referido como gasto deducible, amparado en lo dispuesto en el numeral 7 del art. 26 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual dispone "Gastos no deducibles (...) 7. Los costos y gastos no sustentados en los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención". Adicionalmente en base de lo dispuesto en los numerales 1 y 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los cuales señalan, respectivamente: "1. Los costos y gastos imputables al ingreso" y "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 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". Sostiene el funcionario que con lo manifestado se aprecia que la actuación de la Administración Tributaria está debidamente fundamentada, que no hay un argumento del actor para desvirtuar su accionar y pide se rechace las alegaciones del actor. 2) "En relación con lo alegado por el actor en el literal b) del punto "10" de su demanda. El exiguo argumento del actor se repite en el presente punto, el cual se refiere al rubro fondos de reserva, décimos tercero y cuarto sueldo; en el mismo sentido el actor hace referencia o cita lo manifestado por la Administración en el primer y segundo párrafo de la página 7 de la Resolución No. 111012008RREC003356, parte de la cual se explica el motivo de la glosa referente al rubro fondos de reserva. En los referidos párrafos la Administración explica que luego de la verificación que se realizó a los documentos presentados por el actor para el sustento de este rubro, como reportes del IESS, constan en los datos de identificación del patrono el Registro único de Contribuyentes No. 1190076217001, y la razón social GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA., lo que permitió evidenciar que estas erogaciones corresponden a otro sujeto pasivo, distinto al demandante. Por lo tanto, la Administración Tributaria, basada en lo dispuesto en el primer inciso y en los numerales 1 y 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno procedió a glosar el rubro referido. En su escrito de demanda el actor manifiesta que la Administración ha contravenido lo dispuesto en la siguiente normativa: artículos 37 y 38 de la Ley de Compañías (referente al contrato y sus requisito (sic) de la escritura para la formación de una sociedad en nombre colectivo), art. 18 del Código Tributario (que se refiere al nacimiento de la obligación tributaria) y el art. 34 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno (que se refiere a la fusión de sociedades). Finalmente es importante señalar que el sujeto pasivo GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA. titular del RUC 1190076217001, mantiene hasta la actualidad su vida jurídica, inclusive ha cumplido con la obligatoriedad de realizar sus declaraciones tributarias hasta la presente fecha, y de acuerdo a los formularios de declaraciones correspondientes al año 2004 se ha podido verificar que la sociedad ha tenido actividad económica. Cómo se puede verificar en el escrito del actor, la defensa planteada se limita a la cita de las normas legales señaladas en líneas anteriores, sin que se haga una exposición de la pertinencia de las mismas con relación al acto supuestamente impugnado, por lo que en realidad no existe una real contradicción con los hechos o rubros observados por la Administración, por lo que solicitamos que se ratifique la actuación de la Administración y el contenido de la Resolución No. 111012008RREC003356". 3) "Referente al literal c) del punto "10" de la demanda. El actor

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

refiere en el literal c) del punto 10 de su demanda que debido a la imposición del recargo establecido en el art. 90 del Código Orgánico Tributario, la Administración estaría transgrediendo el principio de irretroactividad, sobre este particular me permito manifestar: la Administración Tributaria mediante la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta No. 1120080200018 emitida el 18 de abril de 2008, es decir con fecha posterior a la vigencia de la Ley para la Equidad Tributaria, determinó una obligación tributaria conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que se exponen en la misma, a dicha obligación se aplicó el recargo del 20% de acuerdo a lo dispuesto en el art. 90 del Código Orgánico Tributario, debido a que, como ya se ha manifestado, el proceso determinativo (presupuesto generador del recargo) fue efectuado cuando la reforma establecida por la Ley de Equidad Tributaria se encontraba en plena vigencia, por lo tanto de ninguna manera puede suponerse la existencia de un supuesto efecto retroactivo. El recargo persigue impulsar al sujeto pasivo a que liquide sus impuestos conforme a la ley, y de no ser el caso, indemnizar a la Administración por el costo en el que incurre por llevar a cabo el proceso determinativo, por el cual se establece un mayor impuesto a pagar a favor del Fisco. El recargo tiene lugar cuando existe un perjuicio o retraso en un pago; es decir, tiene relación directa con la determinación de la obligación tributaria. De lo expuesto se concluye, que la aplicación del recargo del 20% a la obligación tributaria determinada por esta Administración, no se trata de un caso de retroactividad de la norma, sino de un simple ejercicio de una facultad que antes no tenía la Administración Tributaria y ahora le ha sido delegada por Ley y es de obligatoria observancia". 4) "Respecto al supuesto error en la conciliación tributaria alegada por el actor. El actor manifiesta que a su entender existe un error en cuadro No. 20 denominado "Impuesto a la Renta 2004", constante en la página 15 y 16 de la Resolución No. 111012008RREC003356, de fecha 22 de octubre de 2008, y que por lo tanto se genera una diferencia en la suma correspondiente al casillero 814 "Utilidad Gravable". Para desvirtuar lo alegado por el actor me permito transcribir de manera íntegra el cuadro referido, donde se podrá ratificar la correcta actuación de la Administración". Se trata del cuadro 20. Impuesto a la renta 2004, en el que se observa diferencias en los siguientes rubros: Casillero 806; descripción (+) GASTOS NO DEDUCIBLE EN EL PAÍS; declarado 30.980,00; detectado 218.560,06. Casillero 814; descripción UTILIDAD GRAVABLE; declarado 31.835,65; detectado 249.540,06. Casillero* 818; descripción IMPUESTO A LA RENTA CAUSADO; declarado 7.958,92; detectado 62.385.02. Casillero 820; descripción (-) RETENCIONES EN LA FUENTE; declarado 7.837,66; detectado 3.767,21*. Casillero 899. Descripción SALDO IMPUESTO A LA RENTA A PAGAR; declarado 121,26; detectado: 58.617,81. Casillero 901; descripción pago previo; declarado; detectado 121,26. Casillero 902; descripción Total impuesto a pagar; declarado 121,26; detectado 58.496,55. El Procurador de la Administración Tributaria expresa lo siguiente: "Como se puede observar en el cuadro que antecede, en la columna detectado del casillero 814 "UTILIDAD GRAVABLE" se deja constancia de la explicación de la forma de cálculo, la cual se encuentra al pie del cuadro, la misma que textualmente manifiesta: "Gastos no deducibles detectados en este reclamo más gastos no deducibles declarados". De acuerdo a la explicación señalada tendríamos que el rubro consignado en el casillero 814 (USD$ 249.540,06) se compone de la sumatoria de los siguientes valores: USD $ 30.980,00 y $ 218.560,06 que corresponden a los gastos no deducibles declarados por el contribuyente no deducibles detectados por la Administración, el detalle de los gastos no deducibles detectados por la Administración se encuentra consignado en el cuadro 19 constante en la página 15 de la resolución impugnada. Como se ha podido verificar, no existe el error alegado por el actor, por lo que solicitamos a sus autoridades que se ratifique la validez del acto impugnado en su totalidad. LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA QUE GOZA DE LAS PRESUNCIONES DE LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD Y ESTÁ LLAMADA A CUMPLIRSE Y FUE EXPEDIDA EN ATENCIÓN A LA TRAMITACIÓN LEGAL DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO QUE LA ORIGINÓ Y A TODAS LA PRUEBAS APORTADAS, EN DICHO PROCEDIMIENTO, POR EL DEMANDANTE. Al amparo de lo dispuesto en el art. 82 del Código Tributario, concordante con el mandato del art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que taxativamente dispone que los actos administrativos gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse, me ratifico íntegramente en los fundamentos de hecho y de derecho de la

resolución materia de este proceso. Adicionalmente alego señores Magistrados que conforme lo dispuesto en el art. 259 del Código Tributarios e presumen válidos los hechos y actos que no han sido impugnados expresamente en este proceso contencioso". Finalmente solicita que se rechace la demanda por improcedente con la consiguiente condena en costas y que se ratifique la validez y legalidad del acto administrativo impugnado. Señala casilla judicial para notificaciones. Ha quedado en esta forma trabada la litis. Se ha calificado la contestación a la demanda como clara y completa mediante decreto de fecha veinte tres de marzo de dos mil nueve, se concede diez días para la prueba. En este plazo común las partes han actuado las pruebas que han considerado ajustadas a sus alegaciones. Mediante providencia de fecha veintiuno de mayo del dos mil trece, se ha pedido los autos para sentencia. El día lunes diecisiete de diciembre de dos mil trece, se llevó a efecto una audiencia de estrados solicitada por la Administración Tributaria, conforme se puede establecer de la razón sentada por el Secretario de esta Sala del Tribunal que obra a fojas 1805 del proceso. Encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO.-** Esta Sala es competente en virtud del resorteo del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, realizado por disposición del Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 091-2013, de fecha 7 de agosto del 2013, en la que crea la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Loja, y en mérito de las siguientes disposiciones legales art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 229 del Código Tributario y art. 219 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** En el proceso se ha observado las normas aplicables al trámite de las acciones previsto en el Libro III Título II, Capítulo II del Código Tributario, no se advierte causas de nulidad por lo que se declara la validez de todo lo actuado. **TERCERO.-** La parte accionada ha opuesto las excepciones de "Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda planteada" e "improcedencia de la acción de la demanda". Respecto a la primera el Código Tributario, en el artículo 258 sobre la carga de la prueba lo siguiente "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, salvo aquellos que se presumen legalmente. Los hechos negativos deberán ser probados, cuando impliquen afirmación explícito o implícita, sobre la exención, extinción o modificación de la obligación tributaria "Por su parte el artículo 259 *ibídem* determina "Presunción de validez. Se presumen válidos los hechos actos y resoluciones de las administraciones tributarias que no hayan sido impugnados expresamente con la reclamación administrativa o en la contenciosa ante la jueza o juez de lo Contencioso Tributario, o que no puedan entenderse comprendidos en la impugnación formulada sobre la existencia de la obligación tributaria. Respecto de los impugnados, corresponderá a la Administración la prueba de los hechos y actos del contribuyente, de los que se concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía" .En este contexto, por la impugnación y excepciones alegadas corresponde la carga de la prueba tanto a la parte actora como a la demandada para la justificación de sus asertos. En cuanto a la segunda excepción "improcedencia de la acción", debemos mencionar que la Constitución en el artículo 173 prescribe que "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial". Por su parte el Código Tributario en el artículo 229 determina lo siguiente: "Quienes se creyeren perjudicados por una resolución de única o última instancia administrativa, podrán impugnarla ante la jueza o juez de lo Contencioso Tributario, dentro de veinte días contados desde el siguiente al de su notificación...". Por lo tanto el accionante se encuentra plenamente facultado para deducir las acciones que considere pertinentes en defensa de sus derechos e intereses, motivo por el cual se desecha esa excepción. **CUARTO.-** En decurso del plazo de prueba, la parte actora en el escrito de fojas 82 ha solicitado la siguiente: 4.1. Que se tenga por reproducido a su favor todo lo que de autos le favorezca, en especial la demanda, documentos adjuntos a la misma y auto de aceptación a trámite. 4.2. Que se oficie a la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, solicitándole remita copia certificada de todo el expediente del reclamo administrativo que fue presentado el 17 de mayo de 2008, con el que se impugnó la orden de cobro No. 11200080200018 de fecha 18 de abril del 2008. También solicita que la funcionaria informe si la Compañía GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., mantiene vigente su RUC y si las declaraciones mensuales

del IVA tienen valores consignados. Ante este pedido se ha cursado el oficio No. 611-TDCA-2009 de fecha 6 de julio de 2009- fojas 138. El expediente administrativo ha sido anexado al escrito presentado el siete de agosto del dos mil nueve, por el doctor Fabián Cueva Monteros, Procurador designado por la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas y corre de fojas 167 a fojas 1422 del proceso. La respuesta en atención a la información sobre la Compañía GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., consta a fojas 157-165; el Econ. Víctor Quille C., Funcionario de la Dirección Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, certifica a fojas 157 lo siguiente: "...1. Que revisadas las bases de datos con las que cuenta la Administración Tributaria, se encuentra registrado el sujeto pasivo "GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA." como titular del RUC No. 1190076217001, el mismo que se encuentra en estado ACTIVO, cuyo detalle se incluye en dos fojas adjuntas. 2. Que revisadas las bases de datos con las que cuenta la Administración Tributaria, el sujeto pasivo "GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA." como titular del RUC No. 1190076217001, ha realizado la presentación de las declaraciones del impuesto al valor agregado mensual (Código 2011), cuyo detalle de las declaraciones se incluye en tres fojas adjuntas. Loja, 30 de julio de 2009". El documento de fojas 158 CONSULTA DE CONTRIBUYENTES SOCIEDADES, aporta los siguientes datos: número de RUC: 1190076217001; razón social: GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA.; clase de contribuyente: otros; representante legal/agente de retención: Gallo Egas Juan Francisco. Fecha de inicio de actividades 19/09/1990. Fecha de Constitución: 19/09/1990. Fecha de inscripción: 09/01/1992. Fecha de actualización: 17/09/2004. Actividad económica principal: Actividades de vigilancia y protección a través de guardianes. Dirección principal: provincia Loja, cantón Loja, parroquia El Sagrario, calle 24 de mayo, número s/n. Intersección: Víctor Vivar, referencia: Frente al monumento Segundo Cueva Celi. Teléfono trabajo 2571097. Fax 2571089, mailsevisa@speedtelecom.net.ec. Obligaciones tributarias: anexo de compras y retenciones en la fuente por otros conceptos; anexo relación de dependencia; declaración de impuesto a la rentas sociedades, declaración de retenciones en la fuente, declaración mensual de IVA. Número de establecimientos registrados: del 001 al 002. Abiertos 1; cerrados 1. Del documento de fojas 159 CONSULTA DE CONTRIBUYENTES SOCIEDADES, se obtiene los siguientes datos: número de RUC 1190076217001; razón social GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA. Establecimientos registrados: 001, estado abierto matriz; fec. act. 17/09/2004; nombre comercial: GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CIA. Actividades económicas: actividades de vigilancia y protección a través de guardianes. Dirección del establecimiento: provincia Loja, cantón Loja, parroquia El Sagrario, calle 24 de Mayo s/n intersección Víctor Vivar; teléfono trabajo: 2571097, fax: 2571089; email sevisa@speedtelecom.net.ec. Establecimiento 002 estado cerrado; fec. act. 17/09/2004. Nombre comercial: Gallo Erazo Sotomayor SEVISA y Compañía. fec. inicio act.: 04/07/2001. fec. cierre: 17/09/2004. Dirección establecimiento: provincia Loja, cantón Loja, parroquia El Sagrario, calle 10 de Agosto, número 14-37, intersección: Bolívar edificio: casa del señor Antoliano Sotomayor. Piso 2. Oficina 1. Teléfono. Domicilio 571097, fax 571089. A fojas 160-164 obra el reporte de declaraciones presentadas desde julio de 1999, correspondientes al contribuyente: 1190076217001 Gallo Erazo Sotomayor SEVISA &Cía., emitido el 30 de julio del 2009. 4.3. Que se realice una inspección judicial, con la intervención de peritos, a toda la documentación que obra del expediente. Solicita que en la diligencia, a más de las observaciones de los señores Jueces del Tribunal, y de los señores Peritos, se ordenará que se constaten los siguientes hechos: 4.3.1. "Si el bono de eficiencia administrativa fue cancelado una o más ocasiones"; 4.3.2. "Se constate si en la conciliación tributaria realizada por el Servicio de Rentas Internas, existe un incremento injustificado en los rubros gastos no deducibles. Además se determinará que facturas se consideraron dentro de estos rubros" 4.3.3. "Que se realice un análisis y se determine la utilidad exacta que deberían percibir las compañías de seguridad en el año 2004". 4.3.4. ""Que se realice la verificación sobre los sueldos cancelados al personal de la Compañía SEVISA CÍA. LTDA., en el año 2004". 4.3.5. "Se realizará una verificación de los costos y gastos efectuados en el período fiscal 2004 a fin de que se determine si los mismos tienen relación al objeto social de la compañía de mi gerencia". Por disposición del Tribunal las partes indicarán sus respectivos peritos el momento de la diligencia –fs. 131 y fs. 134 vta. La inspección ha tenido lugar el veintitrés de junio de dos mil nueve, el acta se encuentra a fojas 135 y

136 del proceso. La diligencia de inspección se ha desarrollado con la presencia de las partes procesales y peritos; el Tribunal observa que en el proceso no constan los documentos cuya inspección se solicita y dispone que los peritos informen sobre lo solicitado por el actor y ordenado por el Tribunal en el término de prueba, pedido de fojas 82 parágrafos III. El Dr. Fabián Cueva Monteros, Procurador de la Administración Tributaria, como consta del acta manifiesta la imposibilidad de efectuar la diligencia por no constar los documentos y ante la disposición del Tribunal, solicita que las peritos se pronuncien sobre lo siguiente: "I. Que se determine si el contribuyente ha realizado los correspondientes aportes al Seguro Social obligatorio, sobre la totalidad de las remuneraciones canceladas a sus trabajadores y que constan en los respectivos roles de pago o estados financieros, acorde a lo dispuesto en el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Que se verifique si en los documentos presentados por el actor para el sustento de los rubros "Fondos de reserva", "Décimo tercer y Décimo cuarto sueldo" constan en los datos de identificación del patrono el registro único de contribuyentes No. 1190076217001 y la razón social GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CIA." Se concede treinta días para que los peritos presenten sus informes. Los peritos han presentado sus informes, mas por impugnaciones realizadas por las partes, principalmente contra la perito del Servicio de Rentas Internas por ser funcionaria de esa Institución, el Tribunal mediante providencia de fecha veintitrés de junio de dos mil diez, a fojas 1614 vuelta, designa como perito dirimente a la Licenciada Nancy Raquel Muñoz Guzmán, luego de que otras profesionales designadas como peritos se excusaron del desempeño del cargo. El actor en el escrito de fojas 1581 – 1585 designa como su defensor al doctor Juan Francisco Sinche Pauta y lo autoriza para que suscriba escritos en su defensa; señala nueva casilla judicial. El informe de la perito dirimente licenciada Muñoz Guzmán, obra de fojas 1618 a 1633. La perito se pronuncia sobre las preguntas realizadas por las partes en la siguiente forma. Preguntas de la parte actora: 1. ¿Si el bono de eficiencia administrativa fue cancelado una o más ocasiones?: en su informe contesta: "… al revisar la información entregada por el contribuyente SEVISA CÍA. LTDA. Y analizada minuciosamente puedo indicar que el bono de eficiencia administrativa se canceló por una sola vez a cada trabajador y servidor de la empresa, dicha información se encuentra respaldada en comprobantes de pago debidamente firmados por la persona que recibió el beneficio los mismos que además se encuentran legalizados por la Empresa con la firma de autorización, sello de la Empresa y forma de pago. Realiza un cuadro demostrativo que corre de fojas 1618-1623 y un cuadro en el que consta el total pagado por ese concepto mensualmente desde abril hasta diciembre de 2004, que asciende a la suma de $ 61.903,00.2. ¿Se constate si en la conciliación tributaria realizada por el Servicio de Rentas Internas, existe un incremento injustificado en los rubros gastos no deducibles. Además se determinará que facturas se consideraron dentro de estos rubros? Responde: "Para elaborar la conciliación tributaria es necesario considerar lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno respecto a la manera como se debe elaborar la misma, para ello se hace necesario analizar cada uno de los rubros que contendrá la declaración del impuesto a la renta gastos relacionados con el giro del negocio que cuenten con el sustento legal, físico y contable: deduciendo aquellos gastos que al no tener estas características se los debe de considerar como no deducibles en la declaración original del impuesto a la renta en el casillero 806 gastos no deducibles en el país, consta el valor de $ 30.980,00, valor asignado por la contadora responsable, el que puede incluir sueldos y salarios sin aportes, gastos sin facturas o sin comprobantes de retención, etc… las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas se puede observar que las glosas señaladas se relacionan a los rubros: sueldos y salarios, beneficios sociales indemnizaciones, depreciación acelerada de vehículos, suministros y materiales y gastos de gestión; en la liquidación realizada no se efectúa un seguimiento a los gastos no deducibles lo que aumenta el valor de los mismos a $ 249.560,06 perjudicando de cierta manera al contribuyente al incrementarse estos rubros, pues lo lógico sería que se analicen también los gastos no deducibles a fin de que no exista una duplicidad de los mismos". Respecto al rubro "Sueldos y Salarios" realiza el siguiente análisis: Declarado: $ 192.789,26; determinado SRI $127.103,44; determinado peritaje $ 127.103,44; diferencia declarado y peritaje $65.685.82. En cuanto al "Bono de Eficiencia Administrativa" realiza el siguiente análisis: declarado $ 65.132.02; determinado SRI $ 0; determinado peritaje $ 61.903,00; diferencia declarado y peritaje $ 3.229,03. Concluye de esta forma "De acuerdo a lo analizado los considero como deducibles en virtud

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de haberse cancelado por una sola vez a los trabajadores y funcionarios de la empresa, por lo que no requieren del aporte a la seguridad social conforme lo establece la Ley de Seguridad Social en su parte pertinente. Rubro "Uniformes" realiza este análisis: Declarado $ 26.862,42; determinado SRI $ 24.501,91; determinado peritaje $ 24.469,44; diferencia declarado y peritaje $ 2.392,88. Rubro aporte patronal, IECE Y SECAP: declarado $ 23.428,71; determinado SRI $ 27.522,11; determinado peritaje $ 15.443,07; diferencia declarado y peritaje $ 7.985,64 Rubro "Fondos de Reserva" hace el siguiente análisis: Declarado $ 6.366,58; determinado SRI $ 0; determinado peritaje $ 0; diferencia declarada y peritaje $ 6.366.58. Rubro "Décimo tercer sueldo" Declarado $22.713,48; determinado SRI $ 9.226,20; determinado peritaje $ 22.713,48 que se desglosa en los siguientes valores: informe empresarial 127086 $ 15.524,25; informe empresarial 111181 $ 3.226,97; informe empresarial 128833 $ 3.962,26. Diferencia declarada y peritaje $ 0. Rubro "Décimo Cuarto Sueldo", hace el siguiente análisis: Declarado $ 15.316,47; determinado SRI $ 5.823,02; determinado peritaje $ 15.452,09 desglosado en los siguientes valores: informe empresarial 132089 $ 3.925.77; informe empresarial 60769 $ 9.537,22; informe empresarial 111760 $ 1989,10. Diferencia declarado y peritaje $ 135.62". La señora perito a fojas 1627 establece mediante un cuadro un "RESUMEN DE GLOSAS ESTABLECIDAS DE ACUERDO A INSPECCIÓN PERICIAL RUBRO SUELDOS Y SALARIOS Y BENEFICIOS SOCIALES E INDEMNIZACIONES" que asciende a "TOTAL GLOSAS PERITAJE $ 85.524,33". En cuanto al rubro "Depreciaciones" en la página 1627 realiza un cuadro en el que detalla el listado de facturas de los bienes de propiedad de la Empresa SEVISA CÍA. LTDA., que se deben tomar a su criterio, en cuenta para realizar la respectiva depreciación, en él constan facturas por armas, equipos de computación, equipos de comunicación, impresora, antena, equipos para internet, radios, amoladora, camioneta 1995, camioneta LUV; el valor total de depreciación asciende a $ 4.157,59. Declarado $ 16.443,37; determinado SRI 3.932,88; determinado peritaje $ 4.157,59. Resumen de glosas establecidas de acuerdo a inspección pericial rubro depreciaciones: Rubro depreciaciones, valor $ 12.885,78; total no deducible valor $ 12.885,78. Manifiesta que "los rubros SUMINISTROS Y MATERIALES Y GASTOS DE GESTIÓN, contiene un sinnúmero de *ítems* por lo que no es posibilidad (sic) emitir un criterio real por lo que considero establecer como no deducibles los valores determinados por la administración tributaria. Suministros y materiales. No deducibles $ 20.350,65; gastos de gestión no deducibles $ 8.087,18. Las perito a fojas 1629-1630 efectúa un RESUMEN DE GLOSAS ESTABLECIDAS DE ACUERDO A LA INSPECCIÓN PERICIAL; el total de glosas según el peritaje asciende a $ 126.847,94. Cuadro a fojas 1629) Por otra parte el IMPUESTO A LA RENTA ESTABLECIDO DE ACUERDO A LA INSPECCIÓN PERICIAL, asciende a $ 28.037,41, cuadro fojas 1629-1630- para el efecto fija como total costos de venta la suma de $ 397.003.08; total gastos de administración y ventas el valor de $ 43.612,44 (Total costos y gastos $ 440.615,52). Utilidad del ejercicio $ 1.006,65; 15% participación trabajadores $151.00; gastos no deducibles inspección pericial $ 126.847.94; utilidad del ejercicio $ 127.703,59; impuesto a la renta $ 31.925,88; retenciones en la fuente $ 3.767.21; pago previo $ 121.26; total impuesto a la renta por pagar $ 28.037,41. Concluye que el "IMPUESTO A LA RENTA A CANCELAR EL CONTRIBUYENTE es de $ 28.037,41. Hago notar que en la presente liquidación del impuesto a la renta no se realiza una nueva liquidación del 15% empleados y trabajadores lo que al hacerlo disminuiría el valor del impuesto a la renta del período fiscal inspeccionado. 3. Que se realice un análisis y se determine la utilidad exacta que deberían percibir las compañías de seguridad en el año 2004. Responde "No se puede establecer la utilidad exacta que durante el ejercicio fiscal 2004 habrían obtenido las compañías de seguridad, sin embargo me permito indicar que ningún tipo de empresa puede obtener utilidad superior al 30%. En la Empresa motivo de la inspección judicial existen gastos que son necesarios para la marcha de este tipo de empresas lo que al analizarlos se puede advertir que la utilidad fluctúa entre el 25% y 30%, porcentaje que lo obtengo luego de analizar cada una de las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas y analizadas en Inspección Pericial". 4. Que se realice la verificación sobre sueldos cancelados al personal de la compañía SEVISA CÍA. LTDA. Responde: "Luego de revisados los roles de pago y comprobantes que reposan en el expediente del Honorable Tribunal Distrital y proporcionados por el contribuyente, se puede determinar que el valor que corresponde a sueldos y salarios es de $ 127.103.44, valor

que se encuentra con el aporte del Seguro Social; bono de eficiencia administrativo $ 61.903,00; décimo tercer sueldo $ 22.713,48; décimo cuarto sueldo $ 15.452,09; uniformes $ 2.392,88". 5. Se realizará una verificación de los costos y gastos efectuados en el periodo fiscal 2004 a fin de que se determine si los mismos tienen relación al objeto social de la Compañía de mi gerencia. Contesta la señora perito "Al realizar la revisión de la liquidación de pago motivo del presente informe pericial, me permito indicar que todos los costos y gastos presentados en la misma y proporcionados por el contribuyente se constituyen en costos y gastos necesarios y deducibles dentro de la actividad que cumple la misma, los mismos que detallo a continuación: sueldos y salarios; bonificaciones especiales; aporte patronal; beneficios sociales e indemnizaciones; viáticos y movilización; combustibles y lubricantes; honorarios profesionales; suministros y materiales; mantenimiento de activos; servicios básicos; uniformes; impuestos y contribuciones; refrigerios y alimentación; otros. NOTA. No se anexa ningún documento al presente informe por cuanto toda la información reposa en el expediente del Honorable Tribunal Distrital de Loja…". Se ha puesto en conocimiento de las partes el informe pericial antes referido; la parte actora expresa su acuerdo con el mismo, mientras que la Administración Tributaria presenta observaciones las que constan en el escrito de fojas 1643-1646. La perito ha contestado las preguntas que fueran presentadas por la parte actora en su escrito de prueba para la inspección; en su primer informe omitió absolver las preguntas de la Administración Tributaria por lo que en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, mediante memorial de fojas 1649 y siguientes, manifiesta lo siguientes: 1. Que se determine si el contribuyente ha realizado los correspondientes aportes al Seguro Social obligatorio, sobre la totalidad de las remuneraciones canceladas a sus trabajadores y que constan en los respectivos roles de pago o estados financieros, acorde a lo dispuesto en el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno. "Conforme la información que reposa en el expediente del proceso judicial No. 28-08, se pudo constatar que el contribuyente si ha realizado los respectivos aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sobre los sueldos y salarios cancelados a su personal durante el ejercicio fiscal 2004, información que consta en las planillas de aportes a la Seguridad Social, cuyo monto asciende a un total de $ 127.103,44, las misma que se cancelan a partir de los sueldos correspondientes al mes de mayo del 2004 hasta el mes de diciembre del mismo año; adicionalmente constan los roles de pago con los valores cancelados por concepto de sueldos y salarios. El aporte a la seguridad social consta sobre el valor que como sueldo mensual perciben sus trabajadores mas no sobre las bonificaciones adicionales canceladas, que por no tener el carácter de permanente no requieren el aporte al Seguro Social conforme lo establece el art. 11 de la Ley de Seguridad Social. También me permito indicar que en el expediente se encuentran planillas que corresponden al mes de abril del 2004 de Gallo Erazo Sotomayor SEVISA y Cía. Por el valor de $ 5.231,39, valor que en el presente informe pericial no se lo ha considerado para establecer el valor de sueldos y salarios". 2. Que se verifique si en los documentos presentados por el actor para el sustento de los rubros "fondos de reserva", "décimo tercer y décimo cuarto sueldo", constan en los datos de identificación del patrono el registro único de contribuyentes No. 1190076217001 y la razón social GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA. En lo principal dice: "…Se pudo observar que el reporte empresarial No. 111181 que corresponde a la décima tercera remuneración consta con el RUC No. 1190076217001 que corresponde al período 01-12-2003 al 30-11-2004, cancelándose en el mes de diciembre del 2004, los otros informes empresariales tiene el RUC No. 1191712478001 de la Empresa SEVISA CÍA. LTDA. En cuanto lo que se refiere a los fondos de reserva los documentos que reposan en el expediente corresponden a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA." La Administración Tributaria realiza observaciones al informe pericial, por medio del abogado Claudio Renato Galarza Viera, quien comparece ofreciendo poder o ratificación; efectivamente a fojas 1639 consta la ratificación de sus actos realizada por la señora Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, quien lo autoriza para que actúe en su nombre y en defensa de la Administración Tributaria. En lo que respecta a las observaciones realizadas por la Administración Tributaria, la Perito contesta a fojas 1651. 1. "...sobre el bono de eficiencia administrativa, me permito indicar que el sustento contable para el registro de las transacciones es la documentación fuente, la misma que debe ser suficiente y competente, información que el contribuyente ha anexado en el expediente del juicio No. 28-2008, que como vuelvo a indicar la misma consta en comprobantes de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pago debidamente firmados por la persona que recibió el beneficio, en los cuales se puede constatar la erogación por parte de la Empresa de dicho gasto, en el expediente no se encuentran estados de cuenta, sin embargo la forma de pago conforme se señala en el documento presentado es en efectivo". 2. Conciliación tributaria. Bono de eficiencia administrativa. Manifiesta que la base legal para emitir su criterio sobre el bono de eficiencia administrativa es el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, transcribe su texto que es el siguiente: "En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el 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, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y décimo sexto 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 cualquiera otra remuneración accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio..." Finaliza expresando que el bono de eficiencia administrativa no ha sido pagado en forma mensual sino una sola vez, que consecuentemente no tiene el carácter normal y que no requiere de aporte al seguro social. 3. A fojas 1652 y 1653 constan dos cuadros de análisis de la décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, concluye manifestando "SEVISA CÍA. LTDA., inicia sus actividades el 9 de marzo del año 2004, si las bonificaciones por concepto de décima cuarta y décima tercera remuneración son canceladas en los meses de septiembre y diciembre respectivamente, si se deben considerar como deducibles". 4 Respecto a los porcentajes utilizados para la depreciación de los activos fijos, sostiene que son los que establece el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, de la siguiente forma: equipos de computación 33.33%; maquinaria 10%; vehículos 20%; edificios 5%; muebles y enseres 10%; equipos de oficina 10%. 5 Cuenta Suministros y Materiales. Aduce la perito que la Administración Tributaria determinó como no deducibles el valor de $ 21.107,74 correspondiente a: Las cuentas útiles de oficina $ 2.673,99; municipios $ 67,98; gastos generales $ 15,65; cuotas y suscripciones $ 16.00; mantenimiento de edificios $ 18.229,12; mantenimiento de equipos $ 105,00. 6. Gastos no deducibles: manifiesta que con relación a la liquidación del impuesto a la renta efectuada en el informe pericial, el total de gastos no deducibles es de $ 126.847,94, en el están incluidos $ 30.980 "señalados en el impuesto a la renta presentado por el contribuyente; no puedo establecer que rubros están contemplados dentro de los 30.980,00 por cuanto no existe un detalle pormenorizado de la contadora respecto a que gastos los considero como no deducibles, sin embargo si la Administración Tributaria realizó un análisis de todos los rubros que contiene la declaración del impuesto a la renta en la liquidación de pago practicada por la Administración Tributaria existiría un aumento de gastos no deducibles". 7. "Respecto a la liquidación presentada realmente existe un error en la colocación de la frase en su lugar debería ir utilidad gravable. Aporta un cuadro que consta a fojas 1654 y 1655 idéntico al de fojas 1629-1630 únicamente varía que en el rubro que en el primer cuadro decía utilidad del ejercicio, en el actual dice utilidad gravable, el valor es el mismo $ 127.703,59; total impuesto a la renta por pagar $ 28.037,41. La Administración Tributaria a fojas 1658 – 1656, observa la ampliación del informe de la perito en los siguientes puntos: 1. Respecto a los aportes al Seguro Social. No establece el valor registrado en los roles de pago y si el mismo es igual o no al valor por el que se realizaron los aportes; en base a lo presentado por la perito en su informe, el contribuyente declara por concepto de sueldos y salarios el valor de $ 192.789,26 y aporta al Seguro Social solo $ 127.103,44, argumento "con el que se confirma la glosa levantada por la Administración Tributaria". "...La Perito determina que "... el reporte empresarial No. 111181 que corresponde a la décima tercera remuneración consta con el RUC No. 1190076217001 que corresponde a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA..." observación con la que se desvirtúa lo manifestado por la misma perito en su informe respecto al valor erróneamente establecido por ella, el cual asciende a "22.713,48 incluido el informe empresarial 111181 que corresponde a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CIA. 2. En referencia a la observación sobre el pago del bono de eficiencia administrativa, la Administración Tributaria objeta el informe con la siguiente reflexión: "¿acaso la perito considera que un simple comprobante de pago refleja la erogación de dinero, acaso no es necesario un comprobante de caja o el estado de cuenta en el que efectivamente se

pueda verificar que el dinero con el que supuestamente se realizó el pago de este bono egresó de las cuentas de la empresa?". También la Administración Tributaria observa que respecto al rubro bono de eficiencia administrativa, la perito únicamente transcribe el art. 11 de la Ley de Seguridad Social sin analizar si éste constituye o no una gratificación por la que si se debe realizar la aportación al Seguro Social. Igualmente se disiente con el informe por haber contradicción en el mismo, al haber incluido en el rubro décimo tercer sueldo, el reporte empresarial No. 111181 en el que consta el RUC No. 1190076217001 que corresponde a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA. rubro en el que detalla como razón social de todos los informes empresariales la razón social SEVISA CÍA. LTDA. Otra refutación realiza sobre la información de la perito en cuanto manifiesta que SEVISA CÍA. LTDA. inicia sus actividades el 9 de marzo de 2004 y los pagos de décima cuarta y décima tercera remuneraciones se cancelan en los meses de septiembre y diciembre en su orden y opina que si se deben considerar como deducibles; la administración demandada la analiza lo siguiente "… la perito erróneamente considera que pese a que la empresa SEVISA CÍA. LTDA., no tenía vida jurídica en los meses de enero, febrero y parte de marzo, como realizó estos pagos en los meses de septiembre y diciembre, se debería considerar como gastos deducibles, pese a que correspondan a gastos que sirvieron para generar renta de otra empresa, en este caso GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA." Finalmente se aduce que equivocadamente la perito presenta como total de gastos no deducibles el valor de $ 126.847,94 "sin considerar la variación que existiría al incluir como gasto deducible el informe empresarial No. 111181 cuya razón social corresponde a GALLO ERAZO SOTOMAYOR Y CÍA., así como también los gastos efectuados en períodos en los cuales la empresa SEVISA CÍA. LTDA., no tenía vida jurídica". 4.4. Se oficie a la "INTENDENTA REGIONAL DE COMPAÑÍAS EN LOJA, para que remita certificación sobre el estado actual de la compañía GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA. Todas las novedades que reporte el historial, se consignarán con las debidas fechas". Se ha cursado el oficio No. 612-TDCA-2009, de fecha 6 de julio de 2009, requiriendo esa información –fojas 139. La contestación consta en autos de fojas 143, se trata del oficio No. 09-IDL-679 de fecha 6 de julio de 2009, suscrito por la doctora Cristina Guerrero A. de Vélez, Intendente de Compañías de Loja, en lo principal dice lo siguiente: "...En contestación al oficio No. 612-TDCA-2009 recibido en esta Intendencia el día de hoy, en el que solicita datos de la compañía GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., debo indicar a usted que de conformidad a lo establecido en el art. 431 de la Ley de Compañías las sociedades colectivas, unipersonales, sociedades de hecho y cuentas en participación no están controladas y vigiladas por la Superintendencia de Compañías. Tampoco están obligadas a presentar los requisitos establecidos en el art. 20 ibídem, por lo expuesto no estarán sujetas a pagar contribuciones societarias ni multas por ningún concepto. Sin embargo revisado nuestro registro si existe la compañía SEVISA CÍA. LTDA., de la que se anexa el certificado de existencia legal y cumplimiento de obligaciones y cuyo gerente general es el Sr. JUAN FRANCISCO GALLO EGAS, como consta en la hoja de datos generales que se adjunta..." Adjunta dos documentos, el primero es un certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal del que se aprecia, que la denominación de la compañía es SEVISA CÍA. LTDA. NUMERO DE EXPEDIENTE: 201040-2004, ruc 1191712478001; dirección 24 de Mayo y Segundo Cueva Celi No. s/n, barrio Zamora. Ciudad Loja; consta una certificación en el sentido de que la Compañía ha cumplido con las disposiciones constantes en los artículos 20 y 449 de la Ley de Compañías vigente. "LA COMPAÑÍA TIENE ACTUAL EXISTENCIA JURÍDICA Y SU PLAZO SOCIAL CONCLUYE EL: 09/03/2054". Capital social USD $ 10.000.000. Por la Superintendencia de Compañías firma la doctora Cristina Guerrero Aguirre. Intendente de Compañías de Loja. El segundo documento consiste en un registro de sociedades. Datos generales de la Compañía. Se observan los siguientes datos: nombre SEVISA CÍA. LTDA. Expediente 201040; fecha de constitución 09/03/2004; nacionalidad Ecuador; RUC 1191712478001; plazo social 09/03/2054; tipo de Cía. responsabilidad limitada; dirección legal Loja, cantón Loja; dirección postal: provincia Loja; cantón Loja; ciudad Loja; calle 24 de Mayo; número s/n; intersección Segundo Cueva Celi; barrio Zamora; teléfono 2571092. Actividad económica: CIIUV.3 K7492.0.01. Objeto Social. "Servicios de prevención del delito, vigilancia y seguridad a favor de personas naturales jurídicas, instalaciones y bienes, depósito, custodia y transporte de valores investigación, mantenimiento y reparación de

aparatos dispositivos y sistemas de seguridad, etc. Capital a la fecha: capital suscrito 10.000.000; capital autorizado USD $0,00. Valor x acción USD 1.0000. Administradores de la compañía: Identificación 1700315714; nombre Gallo Egas Juan Francisco; nacionalidad Ecuador; cargo gerente general; fec. Nomb.: 16/07/2008; per 4; fec. Reg. Merc. 17/07/1008 No. Reg. Merc. 559; art. 31; RL/ADMRL; documentos imagen. Identificación 110623402; nombre Sotomayor Montero Julia Josefina; nacionalidad Ecuador; cargo presidente; fec. nomb.: 21/11/2008; PER 4; fec. reg. merc. 24/11/2008. No. Rg. Merc. 959; art. 29 RL/ADM A; documentos imagen. Fecha de emisión 06/07/2009 1:53:12 pm. f: Dra. Cristina Guerrero Aguirre Intendente de Compañías de Loja. 4.5. Se oficie al Ministro de Defensa para que remita copia de la resolución emitida para todas las compañías de seguridad, a fin de que se transformen en compañías limitadas. Esa resolución se tomó el año 2004. Se ha cursado el oficio No. 613-TDCA-2009 de fecha 6 de julio de 2009. No consta de autos la contestación a esa comunicación. 4.6. Que se tenga en cuenta que impugna toda la prueba que presente la contraparte por ilegal, ilegítima e impertinente. Este escrito ha sido proveído mediante decreto de fs. 83. **QUINTO.-** La parte demandada en el escrito de fs. 80 presenta la siguiente prueba: 5.1. Se tenga por reproducido todo lo que de autos le fuere favorable, especialmente la contestación de la demanda, los actos administrativos impugnados que se adjuntó a la contestación, que consta de autos. 5.2. Impugna y objeta la legitimidad de la prueba presentada y que presente la parte actora en lo que le fuere desfavorable, por ser ilegal, injurídica y ajena a la litis. 5.3. Impugna y redarguye de falsos los documentos presentados y que presentare la parte actora. 5.4. Que se disponga que el actor presente todas las planillas donde conste que se efectuaron aportes al Seguro Social por concepto de sueldos, salarios, remuneraciones y en general beneficios sociales legalmente reconocidos, dentro del período fiscal 2004. Ese escrito ha sido atendido mediante decreto de fojas 80 vuelta, con fecha tres de abril del dos mil nueve. Respecto al último pedido se ha concedido el término de ocho días para que el actor presente en este despacho los documentos que se solicitan. La documentación requerida ha sido incorporada al proceso de fojas 84 a fojas 129. **SEXTO.-** Para resolver la presente causa al tenor de lo que manda el art. 270 del Código Tributario "A falta de prueba plena, la jueza juez de lo Contencioso Tributario 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 aquellas que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros..." En virtud del principio de tutela judicial efectiva de los derechos, que rige en la administración de justicia, los jueces y juezas tenemos la obligación de tutelar los derechos de las partes procesales, de resolver las pretensiones y excepciones que los litigantes hayan deducido sobre la base de la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos, la ley y los méritos del proceso. El principio de la verdad procesal imperativamente impone a los jueces y juezas resolver únicamente atendiendo a los elementos aportados en el proceso; no es obligatorio de igual forma, velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de las normas en cumplimiento del principio de seguridad jurídica. Corresponde en este estado analizar y valorar la prueba aportada por las partes procesales, debe tenerse presente lo que imperativamente el Código Tributario prescribe en el art. 273 **"...La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobres 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, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre los puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos."** Lo subrayado y resaltado es de la Sala. Para iniciar esta importante actividad procesal, en primer lugar se debe determinar cuáles son los puntos de la liquidación de pago por diferencias en la declaración del impuesto a la renta de sociedades, orden de cobro No. 1120080200018, y resolución No. 111012008RREC003356, expedidas por el Servicios de Rentas Internas e impugnadas por el actor en su demanda y que en definitiva constituyen los rubros controvertidos. Analizado el libelo inicial el actor menciona los cuatro rubros que se va a tratar a continuación. 6.1. a) Rubro sueldo y salarios. El demandante sostiene que "La Administración tributaria viola el Art. 10 de la Codificación de la L.R.T.I., en concordancia con el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus Reformas en el Capítulo IV –

Depuración de los ingresos sus art. 20 y 21 que determina: "Art. 20 Deducciones generales. En general, son deducibles todos los costos y gastos necesarios causados en el ejercicio económico, directamente vinculados con la realización de cualquier actividad económica y que fueren efectuados con el propósito de obtener, mantener y mejorar rentas gravadas con impuesto a la renta y no exentas. La renta neta de las actividades habituales u ocasionales gravadas será determinada considerando el total de los ingresos no sujetos a impuesto único, ni exentos y las deducciones de los siguientes elementos". (Lo subrayado pertenece al actor)". La cuenta "SUELDOS Y SALARIOS" está conformada por los siguientes rubros: sueldos y salarios, bono de eficiencia administrativa, uniforme, aporte patronal, fondos de reserva, décimo tercero, ello se puede advertir de la revisión del cuadro 2, que consta a fojas 19 vuelta de autos. 6.1.1. Suelos y salarios. En la inspección judicial la parte accionante pidió "Que se realice una verificación sobre los sueldos cancelados al personal de la compañía SEVISA Cía. Ltda., en el año 2004". El informe pericial (fojas 1624) coincide con los valores precisados por el S.R.I. esto es $ 127.103,44 como gastos deducibles (fojas 20, cuadro 4) por lo dicho y acogiendo el informe pericial, se confirma la glosa establecida por el Servicio de Rentas Internas por el valor de $ 65.685,82, debe recalcarse que no se ha aportado pruebas que desvirtúen dicha glosa. 6.1.2. Bono de eficiencia administrativa. Es imperioso señalar lo que la Ley de Régimen Tributario Interno vigente al tiempo que se ha producido el hecho generador, en su artículo 10, invocado por el accionante, en relación al impuesto a la renta, establecía: "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 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..."** Lo subrayado y resaltado es de la Sala. La materia gravada para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones al Seguro General obligatorio, según la Ley de Seguridad Social, publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de noviembre de 2001, artículo 11, "...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 artículo 9 de esta Ley… En el 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, 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..." Lo resaltado y subrayado es de la Sala. Durante el plazo probatorio la parte actora solicitó la práctica de una inspección sobre varios aspectos que ya se anotaron anteriormente, sin embargo debemos puntualizar aquellos que incumben al rubro que nos ocupa. "Si el bono de eficiencia administrativa fue cancelado una o más ocasiones". Del informe pericial y de la documentación que está incorporada en el proceso (fs. 690-729), se establece que fue cancelado por una sola vez a cada trabajador y servidor de la Empresa; según la perito y conforme se desprende de la información que obra de autos, la cancelación del bono de eficiencia administrativa está respaldado en comprobantes de pago firmados por las personas beneficiarias y por la Empresa, con firma y sello de autorización. La Administración tributaria ha refutado el informe en cuanto a este particular, sosteniendo en resumen, que debe existir un comprobante de caja o estado de cuenta que verifique que el dinero con el que se pagó ese beneficio egresó de las cuentas de la Empresa. Para

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

dilucidar esta situación la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 en uso de la facultad que le confiere el artículo 277 del Código Tributario, ordenó la práctica de prueba de oficio en los siguientes términos: "La parte actora en el plazo de CINCO días presente en esta Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, los sustentos que comprueben contablemente que los pagos realizados al personal de SEVISA CÍA. LTDA., durante el año 2004 por concepto de BONO DE EFICIENCIA ADMINISTRATIVA, egresaron de esa compañía". Se presentó oportunamente la documentación que obra de fs. 1675 a 1794, de la que se puede observar lo siguiente: A) A fojas 1676-1677 consta el "ESTADO DE GANANCIAS Y PÉRDIDAS. Hasta 31/12/2004" Entre los gastos administrativos se encuentra el "Bono de eficiencia Administrativa" por el valor de 61.903,01. B) El libro diario 2004: En lo que respecta a "Sueldos y Salarios" encontramos los meses de mayo a diciembre de 2004 de fs. 1718 a 1720; las constancias de los valores por el pago de bono de eficiencia administrativa se encuentran de fojas 1722 a 1726. C) A fojas 1730 y siguientes está incorporado el "LIBRO MAYOR 2004" en el que se observa de fojas 1767 a 1771 los asientos contables correspondientes al bono de eficiencia administrativa con los valores respectivos. La documentación en mención ha sido puesta en conocimiento de las partes con el fin de garantizar el derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador en el art. 76, cuyo texto es: "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... 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 documentación aludida no ha sido contradicha ni impugnada por el Servicio de Rentas Internas, tampoco esa Entidad durante el término de prueba aportó alguna que desvirtúe los pagos realizados por SEVISA CÍA. LTDA., por el concepto en discusión. El valor total que consta al final de la documentación presentada por SEVISA CÍA. LTDA., coincide con el valor que determina la perito en su informe correspondiente al bono de eficiencia administrativa, esto es el valor de $ 61.903,01 fs. 1794. Además se ha analizado que esa glosa se fundamentó en que no se aportó al Seguro Social sobre el valor de $ 65.132,02 que corresponde a bono varias veces mencionado, (sic) no se adujo que los pagos no se han realizado por parte de la Empresa hoy actora; debe puntualizarse que la Administración Tributaria en la Resolución impugnada señala las siguientes normas en amparo de su actuación, numeral 9 inciso de artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; literal a) numeral 1 del Art. 21 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; artículos 11 y 14 de la Ley de Seguridad Social. En la página 6 de la resolución impugnada la Administración Tributaria en torno a la glosa que se está tratando concluye, "Por lo tanto, sobre la remuneración por concepto de bonificaciones, debió existir aportación al Seguro Social; no obstante, en las planillas de aporte presentadas por el reclamante, no se observa el cumplimiento de esta disposición; en consecuencia y al amparo de la normativa legal y reglamentaria expuesta tanto en la resolución del presente reclamo administrativo, como en orden de cobro impugnada, la Administración Tributaria se ratifica en considerar como gasto no deducible el rubro correspondiente a "Bono de eficiencia administrativa", el mismo que asciende a USD $ 65.132,02 y se detalla en el siguiente cuadro..." El cuadro tiene los siguientes datos: rubro: bono de eficiencia administrativa. Valor de la cuenta 65.132,02. Físicos presentados: 60.807,16. Deducible: 0,00. No deducible: 65.132,02. De lo antes expuesto, en aplicación de las normas citadas y en base al informe pericial dirimente cuyas conclusiones ya se mencionó en considerandos anteriores y que se lo acoge por parte de la Sala, se determina que el pago del "bono de eficiencia administrativa" no tenía el carácter de "normal", entendiéndose por normal lo "... general o mayoritario o que es u ocurre siempre o habitualmente, por lo que no produce extrañeza…" según la definición de la página web wordreference.com. En el caso en análisis no correspondía aportar al Seguro Social por el rubro "bono de eficiencia administrativa", ya que es, redundando, una bonificación que tuvo lugar una vez en el año 2004 y como tal deducible en la forma prevista en el art. 21 numeral 1 literal a) del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el R. O. Suplemento No. 484 del 31 de diciembre del 2001, cuyo texto es el siguiente: "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: 1. Remuneraciones y beneficios sociales: a) Las remuneraciones pagadas a los trabajadores en retribución a sus servicios, como sueldos y salarios, comisiones, bonificaciones, y demás remuneraciones complementarias, así como el valor de la alimentación que se les proporcione, pague o rembolse cuando así lo requiera su jornada de trabajo...". Lo subrayado pertenece a la Sala. Cabe citar la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, el 10 de enero de 2013, en recurso de casación No. 42-2011, la actora es Miriam Lucía Palacios Cordero, representante legal de la empresa hotelera LUCUPA Cía. Ltda., el demandado el Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas. El fallo en mención en la parte que es pertinente para la cita dice: "…c) En la especie, se advierte que los valores reconocidos a los trabajadores como incentivo anual están condicionados a los resultados que obtenga la Empresa, por lo que no pueden considerarse de carácter normal en la industria o servicio. Al no reunir el ingreso en discusión el carácter de normal en la industria o servicio, es pertinente su deducibilidad y el rechazo por parte de la Administración Tributaria resulta improcedente, por tanto en el presente caso existe una errónea interpretación del artículo 10, numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que en sus incisos primero y segundo se prevé: "9. Los sueldos, salarios y remuneraciones en general; los beneficios sociales; las participación de los trabajadores en las utilidades; las indemnizaciones y bonificaciones legales 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 cuando corresponda, a la fecha de presentación de la declaración del impuesto a la renta;…" al determinar este Tribunal que los bonos antedichos no son de carácter regular y permanente, y la norma citada al limitar a la deducibilidad de los gastos de sueldos y salarios, siempre y cuando se haya aportado sobre los mismos al Seguro Social; en consecuencia ha producido una errónea interpretación de dicha disposición": Por las apreciaciones precedentes, se acepta la impugnación propuesta y se desvirtúa la glosa correspondiente al bono de eficiencia administrativa por el valor de $ 61.903,00 que se considera deducible. Por lo tanto como gasto no deducible en este rubro queda el valor de $3.229,02 (65.132,02_61.903,00= 3.229,02). No se analiza los rubros uniformes y aporte patronal en vista de que el actor no pidió ninguna prueba sobre ellos, como se puede apreciar en el escrito de fojas 82. 6.2. Rubros fondos de reserva, décimo tercer y cuarto sueldo. El actor relata que la Administración Tributaria detecta la novedad de que en los reportes del IESS, que fueron presentados por el, consta el RUC No. 11900762117001 que pertenece a GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA., y sostiene que esa situación pone de manifiesto que estas erogaciones corresponden a otro sujeto pasivo distinto al que ha sido objeto del presente reclamo. Que la parte demandada manifiesta que no puede validar documentación a favor de SEVISA Cía. Ltda. RUC No. 1191712478001, por constar del sistema informático que la sociedad a la que se le atribuye el pago de los fondos de reserva, se encuentra activa y durante el ejercicio fiscal 2004, registra movimientos en sus cuentas, según consta en su declaración. El actor expresa que un comentario similar se hace con los rubros décimo tercer sueldo y décimo cuarto sueldo, que esa situación constituye una violación del art. 37 y 38 de la Ley de Compañías en relación con el art. 18 de la Codificación del Código Tributario y artículo 34 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Los artículos que el actor acusa que la Administración Tributaria ha violado, respecto de la Ley de Compañías, se refieren en resumen a las formalidades para la constitución de la compañía en nombre colectivo que para el caso no aporta en forma alguna; por otra parte, el art. 18 del Código Tributario también mencionado, contiene la siguiente disposición "Nacimiento. La obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo" Y finalmente el artículo 34 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, se refiere a la fusión de sociedades, punto que ha sido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

mencionado por la Administración Tributaria en el sub numeral 11.2.7 de la Resolución impugnada No. 111012008RREC003356, que se encuentra en la página 14, en los siguientes términos: "... es muy importante recalcar que el sujeto pasivo GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CIA. Titular del RUC 1190076217001, se mantiene hasta la actualidad en estado activo, y el documento simple denominado acta de sesión extraordinaria No. 1 SEVISA CÍA. LTDA., no prueba la absorción del sujeto pasivo objeto de esta liquidación, como manifiesta su representante legal en la página 4 de su escrito inicial: numeral 12". La Administración Tributaria cita los artículos 28 numeral 3 del Código Tributario y artículo 34 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno sobre la fusión de sociedades y concluye de la siguiente forma "Consecuentemente, al comprobar que no existe la inscripción legal de la supuesta absorción en el Registro Mercantil, la Administración Tributaria no puede asumir con el documento simple "Acta de Sesión Extraordinaria No. 1 SEVISA CÍA. LTDA." que se haya efectuado dicho proceso y por ende validar a nombre de otro sujeto pasivo, los gastos de una sociedad, que durante el ejercicio fiscal 2004 si tuvo movimientos, tal como se verifica en su reporte de declaraciones". A petición de la parte demandante en el plazo de prueba, se ordenó cursar un oficio a la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, la funcionaria ha dado contestación y de la información que proporciona y que ha sido incorporada a fojas 157 de autos, claramente se puede razonar que tanto SEVISA como GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., se encontraban en actividad hasta la fecha en que se otorga la información, esto es el 30 de julio de 2009; la primera desde su inicio de actividades -09 de marzo de 2004- (fs. 145) y la segunda desde el 19 de septiembre de 1990 (fs. 158). Con el propósito de esclarecer esa situación alegada por el actor se ordenó la práctica de prueba de oficio, se cursó una comunicación al señor Registrador Mercantil de Loja, para que informe si se inscribió en ese Registro, la fusión de las compañías SEVISA Y GALLO ERZO SOTOMAYOR SEVISA. La respuesta obra a fs. 1802, recibida el viernes seis de diciembre del año en curso, puesta en conocimiento de las partes mediante decreto de 9 de diciembre del año que decurre y que no ha merecido ningún pronunciamiento. Dicho documento, contiene la siguiente información "REGISTRADOR MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA CERTIFICA. 1. Que revisado el Sistema Nacional de Registros Mercantiles (SNRM) en relación a los archivos existentes en este Registro, desde el año 2004 hasta la presente fecha, no se encuentra inscrita escritura de absorción o fusión alguna en este Registro, entre la Compañía GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CIA. Y la Compañía SEVISA CÍA. LTDA., dejando a salvo cualquier error u omisión existente en el SNRM… Loja, a 15 día (s) del mes de noviembre de 2013. f. "ilegible". Dr. Rubén Darío Idrobo Muñoz. Registrador Mercantil del cantón Loja. Del análisis de la prueba aportada por la parte actora, no se encuentra ninguna que desvirtúe los fundamentos expuestos por la Administración Tributaria sobre la glosa establecida; contrariamente a la pretensión del actor, la señora perito designada, informa a fojas 1651 lo siguiente: "…Se pudo observar que el reporte empresarial No. 111181 que corresponde a la décima tercera remuneración consta con el RUC No. 1190076217001 que pertenece a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., que concierne al período 01-12-2003 al 30-11-2004, cancelándose en el mes de diciembre del 2004, los otros informes empresariales tienen el RUC No. 1191712478001 DE LA Empresa SEVISA CÍA. LTDA." El informe empresarial al que se refiere la perito obra de autos a fs. 1046. La Administración Tributaria en la página 7 de la Resolución impugnada, exterioriza las razones de la glosa relacionada con el "décimo tercero"; sostiene que se revisaron los informes empresariales No. 127086, 128333 y 111181, presentados por el sujeto pasivo para desvirtuar la diferencia que detectó la Administración demandada y que se ha podido establecer que todos los informes empresariales comprenden un período de 01-12-2003 al 30-11-2004; por ello se ha tomado la parte proporcional que corresponde al décimo tercero ya que SEVISA CÍA. LTDA., realiza su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes el 06 de mayo de 2004, por lo que no tenía adjudicado el número patronal para proceder a pagar como SEVISA CÍA. LTDA., lo que se corrobora con las planillas del IESS, que esta sociedad empezó a aportar a su empleados desde el mes que obtuvo el RUC (fs. 84 y siguientes), en consecuencia mal pudo haber originado antes de su inscripción en el RUC esa obligación. De igual forma la perito a fojas 1651 en su informe, respecto a los fondos de reserva manifiesta, que los documentos que constan en el expediente

corresponden a la Empresa GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA Y CÍA., consecuentemente no pueden ser imputables a los que debía pagar la Empresa SEVISA Cía. Ltda. Correctamente la Administración Tributaria establece en el cuadro 2 de la Resolución impugnada (fs. 19 vuelta del proceso) SUELDOS Y SALARIOS. ORDEN DE COBRO No. 1120080200018 como gasto no deducible, el valor de 6.366,58 declarado por SEVISA por concepto de FONDOS DE RESERVA, en virtud de que el pago ha sido efectuado por otro sujeto pasivo; en el cuadro No. 8 de la Resolución impugnada (fs. 21 vuelta, del proceso) consta como no deducible el valor correspondiente al informe empresarial 111181 por el pago de décimo tercera remuneración por el valor de $ 3.226,97, por provenir de otro sujeto pasivo en la forma analizada en líneas precedentes; y en cuanto al rubro décimo cuarto sueldo, consta en el cuadro No. 11 de la Resolución impugnada a fojas 22 de autos, que no se considera deducible el monto de $ 1.989,10 que corresponde al informe empresarial No. 111760 porque ha sido pagado por el sujeto pasivo GALLO ERAZO SOTOMAYOR SEVISA & CÍA. Titular del RUC 1190076217001, es decir se repite la misma circunstancia producida en los rubros fondos de reserva y décimo tercera remuneración. El accionante no ha comprobado la forma en la que la Administración Tributaria ha violado las disposiciones contenidas en los artículos 37 y 38 de la Ley de Compañías, artículo 18 del Código Tributario y artículo 34 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, como lo afirma en su demanda respecto a los rubros en análisis, ni se ha justificado la pertinencia de las mismas para el caso en estudio, puesto que la primera disposición se refiere al contrato de la Compañía en nombre colectivo; la segunda a la escritura de la formación de la Compañía en nombre colectivo; la tercera al nacimiento de la obligación tributaria; únicamente la cuarta de las citadas normas, tiene relación a la fusión de sociedades, su texto es el siguiente: "Sin perjuicio de las normas societarias y solamente para efectos tributarios, cuando una sociedad sea absorbida por otra, dicha absorción surtirá efectos a partir del ejercicio anual en que sea inscrita en el Registro Mercantil. En consecuencia, hasta que ocurra esa inscripción, cada una de las sociedades que hayan acordado fusionarse por absorción de una a la otra u otras, deberán continuar cumpliendo con sus respectivas obligaciones tributarias y registrando independientemente sus operaciones. Una vez inscrita en el Registro Mercantil la escritura de fusión por absorción y la respectiva resolución aprobatoria, la sociedad absorbente consolidará los balances generales de las compañías fusionadas cortados a la fecha de dicha inscripción y los correspondientes estados de pérdidas y ganancias por el período comprendido entre el 1 de enero del ejercicio fiscal en que se inscriba la fusión acordada y la fecha de dicha inscripción. De igual manera se procederá en el caso de que dos o más sociedades se unan para formar una nueva que les suceda en sus derechos y obligaciones, la que tendrá como balance general y estado de pérdidas y ganancias iniciales aquellos que resulten de la consolidación a que se refiere el inciso precedente. Esta nueva sociedad será responsable a título universal de todas las obligaciones tributarias de las sociedades fusionadas. Los traspasos de activos y pasivos, que se realicen en procesos de fusión no estarán sujetos a impuesto a la renta. No será deducible el mayor o menor valor que se refleje en el valor de las acciones o participaciones de los accionistas o socios de las sociedades fusionadas como consecuencia de este proceso". En el caso, no ha operado la fusión por absorción según se advierte de la copia autenticada de la escritura pública de constitución de la Compañía de Responsabilidad Limitada "SEVISA "CÍA. LTDA., que obra de autos (fs. 1 a 8), como del certificado otorgado por el señor Registrador Mercantil de Loja, por lo tanto tal situación nos releva de más comentarios. Por estas consideraciones se confirma la glosa establecida por el Servicio de Rentas Internas en los rubros décima tercera, décima cuarta remuneraciones y fondos de reserva. C) rubro recargo 20%. El accionante se refiere al sustento de la Administración Tributaria sobre dicho recargo y alega en su favor disposiciones constitucionales y del Código Tributario. En atención a esta impugnación, es necesario remitirnos al precedente jurisprudencial obligatorio, por triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, declarado por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución s/n adoptada el 4 de mayo de 2011, publicada en el Registro Oficial 471 de 16 de junio de 2011, cuyo texto en la parte pertinente dice 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 artículo 90 del Código Tributario por el artículo 2 del Decreto Legislativo 000, publicado en Registro

Oficial Suplemento 242 del 29 de diciembre de 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 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, el 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008". Con este antecedente, la pretensión del representante legal de SEVISA CIA. LTDA., es procedente ya que el ejercicio económico determinado corresponde al año 2004, anterior a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 242, tercer suplemento de 29 de diciembre del 2007, por lo que se cumple la circunstancia prevista en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, recién aludida. Es menester remitirnos a lo que prescribe el art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el sentido de que los precedentes jurisprudenciales son de aplicación obligatoria y que deben ser observados por los jueces y juezas. Por lo analizado, se deja sin efecto el recargo del 20% "RECARGO LIQUIDACIÓN DE PAGO", constante en el cuadro 17 de la Resolución impugnada. **D) CUADRO 20 IMPUESTO A LA RENTA 2004.** El representante legal de la Compañía SEVISA presenta a fs. 36 un cuadro que a su criterio es el que debía haberse realizado, mismo que refleja a su juicio los errores cometidos por la Administración Tributaria en los casilleros 814_ 818 _ 899_ 902. Sostiene que hasta la determinación realizada por la Administración Tributaria en la cuantía hipotética del tributo a pagar es errónea, sin considerar las impugnaciones que ha realizado la Empresa en el reclamo administrativo y que su valor equivocado significa un incremento del 12.87%. En la diligencia de inspección la parte demandante solicitó lo siguiente: "Se constate si en la conciliación tributaria realizada por el Servicio de Rentas Internas, existe un incremento injustificado en los rubros gastos no deducibles. Además se determinará qué facturas se consideraron dentro de estos rubros". La perito en el informe expresa: "Para elaborar la conciliación tributaria es necesario considerar lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno respecto a la manera como se debe elaborar la misma, para ello se hace necesario analizar cada uno de los rubros que contendrá la declaración del impuesto a la renta gastos relacionados con el giro del negocio que cuenten con el sustento legal físico y contable: deduciendo aquellos gastos que al no tener estas características se los debe de considerar como no deducibles… en la declaración original del impuesto a la renta en el casillero 806 GASTOS NO DEDUCIBLES EN EL PAÍS, consta el valor de $30.980,00, valor asignado por la contadora responsable, el que puede incluir sueldos y salarios sin aportes, gastos sin facturas o sin comprobantes de retención, etc. Al analizar las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas se puede observar que las glosas señaladas se relacionan a los rubros: sueldos y salarios, beneficios sociales e indemnizaciones, depreciación acelerada de vehículos, suministros y materiales y gastos de gestión; en la liquidación realizada no se efectúa un seguimiento a los gastos no deducibles lo que aumenta el valor de los mismos a $ 249.560,06, perjudicando de cierta manera al contribuyente al incrementarse estos rubros, pues lo lógico sería que se analicen también los gastos no deducibles a fin de que no exista una duplicidad de los mismos". Al respecto se considera que efectivamente, en el cuadro de conciliación para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004, constante en la fojas 25 y vuelta, del proceso, erróneamente la Administración Tributaria suma en el casillero 814 "Utilidad Gravable" los valores correspondientes a gastos no deducibles en el país, declarados por el contribuyente, que ascienden a $ 30.980 con los gastos no deducibles detectados por el SRI, que alcanzan el valor de $ 218.560,06 (cuadro No. 19 Resumen de Glosas; fs. 25 del proceso) constituyéndose la UTILIDAD GRAVABLE EN $ 249.540,06. Por estas consideraciones y en cumplimiento de los deberes de los jueces y juezas que integramos los Tribunales Contencioso Tributarios, de resolver las controversias que surgen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, de administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, en aras de garantizar el derecho a la seguridad jurídica, que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes,

y en ejercicio del control de legalidad, LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 5 CON COMPETENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente la demanda planteada por el señor Juan Francisco Gallo Egas, Gerente General de la Compañía SEVISA CÍA. LTDA., con RUC No. 119712478001 y deja sin efecto la glosa de recargo del 20% constante en el cuadro 17, de la Resolución No. 111012008RREC003356 emitida por la señora Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas con fecha 22 de octubre de 2008 que resuelve el reclamo administrativo presentado por el accionante contra la orden de cobro No. 1120080200018 también contradicha, y modifica la glosa establecida por el bono de eficiencia administrativa constante en el cuadro 5 de la misma Resolución, en los términos del considerando 6.1.2 de este fallo. Se dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004 respecto al casillero 814, en el que debe constar únicamente el valor detectado por el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles en el país, esto es $ 218.560,06. En lo demás se declara la validez de la Resolución impugnada. En consecuencia la Administración Tributaria deberá realizar una nueva liquidación en base a lo que se dispone en esta sentencia. Sin costas ni honorarios que regular. En virtud de que el doctor Miguel Alberto Sotomayor, ha sido declarado parte por el actor en la diligencia de inspección, y no ha legitimado su intervención, se le concede el término de tres días para tal efecto, previniéndole sobre la obligación de cumplir con lo que dispone el art. 45 del Código de Procedimiento Civil. **Hágase saber.**

f) Dr. Máximo V. Armijos Armijos, Juez Provincial; Dra. María Augusta Montaño G., Jueza Provincial; Dr. Dionicio Pardo Rojas, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, viernes 28 de agosto del 2015, las 16h27.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Ab. Claudio Renato Galarza Viera, Procurador Fiscal de la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia del 20 de diciembre de 2013, las 15h42, dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, de Loja y Zamora Chinchipe (con competencia en materia contenciosa tributaria), con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio de impugnación No. 2013-0473, deducido por el señor Juan Francisco Gallo Egas, Gerente General de la compañía SEVISA CIA. LTDA., en contra de la Resolución No. 111012008RREC003356, de 22 de octubre de 2008, en la que se acepta parcialmente el reclamo administrativo propuesto contra la Orden de Cobro No. 1120080200018 contenida en la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta Sociedades del ejercicio fiscal 2004.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito del 16 de enero de 2013, el Ab. Claudio Renato Galarza Viera, Procurador Fiscal de la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, fundamentó el recurso de casación en la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia recurrida se infringieron las siguientes normas de derecho: arts. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 273 del Código de Procedimiento Civil; 76 de la Constitución de la República del Ecuador, numerales 1 y 7 literal b); 258 del Código Tributario; 101 y 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno; sin embargo, la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declara la admisibilidad únicamente en relación a los artículos 101 y 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno.

1.1.1. En lo referente a la falta de aplicación del art. 101 y 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno, el recurrente manifiesta: Que la sentencia recurrida, en esta parte menciona: *"...Se dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004*

respecto al casillero 814, en el que debe constar únicamente el valor detectado por el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles en el país, esto es $ 218.560,06..." La Administración Tributaria detectó en la Resolución No. 111012008RREC003356, específicamente en el cuadro No. 20, en el casillero 814 "utilidad gravable" el valor de USD $249.540.06, cuya razonabilidad responde a la sumatoria de los gastos no deducibles detectados en el proceso administrativo más los gastos no deducibles declarados por el sujeto pasivo."; que la Administración Tributaria detectó en la resolución impugnada, específicamente en el cuadro No. 20, en el casillero 814 utilidad gravable el valor de USD $ 249.540.06, que es producto de la sumatoria de los gastos no deducibles detectados en el proceso administrativo más los gastos no declarados como no deducibles por el sujeto pasivo; que ésta es la motivación de hecho que expone la Administración Tributaria en relación a la razonabilidad del casillero 814, sin embargo a consideración de la sentencia no se debe sumar el valor declarado por el sujeto pasivo; que los valores determinados por la Administración se subsumen respecto de las glosas levantadas tanto en la Liquidación de Diferencias como en el reclamo administrativo. *"Es decir es un valor de gastos no deducibles determinados por la Administración. Diferente hubiese sido si realizaba una determinación directa por medio del Departamento de Auditoria, donde sí se revisa de manera integral las cuentas de ingresos y de gastos, lo que consecuentemente establece el hecho de que se levanten glosas por gastos no deducibles que efectivamente refieren a la verificación completa de la declaración y sustento documentario y legal"*; que de la disposición del art. 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno se establece que: *"La Administración Tributaria a través de la Liquidación de Diferencias, notifica a los contribuyentes respecto de diferencias puntuales. La Liquidación de Diferencias, no se refiere a la determinación de manera integral. Con respecto al valor declarado por el sujeto pasivo como gastos no deducibles, la Administración no ha realizado verificación alguna, razón por la cual, no se puede desconocer la responsabilidad que tiene el sujeto pasivo como declarante";* que de la disposición del art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno se establece que: *"La declaración hace responsable al declarante. La declaración refiere a una exactitud y veracidad de datos. La declaración tributaria refleja la realidad económica del sujeto pasivo";* que la sentencia al disponer se corrija el cuadro de conciliación tributaria estableciendo únicamente el valor no deducible de USD $ 218.560,06 está desconociendo el propio valor que conforme el art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es un valor declarado y de estricta responsabilidad del sujeto pasivo. Por lo mencionado solicita se conceda el recurso de casación.

1.2 Mediante auto del 27 de noviembre de 2014, las 08h56, la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso, por la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, únicamente por falta de aplicación de los arts. 101 y 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno; y ordenó correrle traslado a la contraparte para que dentro del término previsto en el art. 13 de la Ley de Casación, sea contestado fundamentadamente.

1.3 El señor Juan Francisco Gallo Egas, Gerente General de la compañía SEVISA CIA. LTDA., en su contestación al recurso propuesto por la Administración Tributaria, en lo referente a los artículos 101 y 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno, admitidos por la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, manifiesta: Que son múltiples los fallos jurisprudenciales expedidos por la Sala de lo Contencioso Tributario a través de los cuales se realiza una explicación de cómo opera cada una de las causales constantes en la Ley de Casación, y con respecto a la falta de aplicación los fallos jurisprudenciales han expresado que se configura cuando el sentenciador por desidia o ignorancia deja de aplicar una norma jurídica que es la llamada a gobernar el asunto en litigio; que en la sentencia de instancia en el literal D) del considerando SEXTO, el Tribunal realiza un análisis de la conciliación tributaria practicada por el SRI en el acto administrativo impugnado, específicamente en el cuadro 20 y llega a la conclusión que al sumar el SRI los gastos no deducibles detectados por la Administración Tributaria a los gastos no deducibles registrados en la declaración por el sujeto pasivo se procede a duplicar los valores por el mismo concepto; que es indudable que lo que pretende el recurrente con el fundamento de su recurso es que se valore nuevamente la prueba que se practicaron en la instancia y que está prohibido a esta Sala; que el art. 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno que se argumenta que se ha inaplicado, es una disposición legal que regula el procedimiento para la Liquidación de Pagos por Diferencias en las Declaraciones, cuya aplicación y observancia no le corresponde al Tribunal de instancia, sino que esta

norma legal debe ser observada y aplicada por la propia Administración Tributaria; que el art. 101 *ibídem* establece el plazo dentro del cual y las condiciones que se requieren para que proceda una declaración sustitutiva, consecuentemente esta norma no establece ningún mandato para el juzgador ni mucho menos gobierna el asunto materia del litigio; que en el recurso de casación es necesario que el casacioncita explique al Tribunal cómo en la sentencia se violentó la norma jurídica invocada, en el presente caso no existe ninguna explicación en la fundamentación del recurso, sino que se limita a explicar que el SRI no ha realizado una auditoría integral, sino que únicamente ha realizado una determinación de diferencias focalizada. Por lo manifestado resulta improcedente desde todo punto de vista el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas por lo que solicita se lo rechace por improcedente e incorrectamente fundamentado.

1.4 El Tribunal *A quo* en la sentencia recurrida, *"...acepta parcialmente la demanda planteada por el señor Juan Francisco Gallo Egas, Gerente General de la Compañía SEVISA CIA. LTDA., con RUC No. 1191712478001 y deja sin efecto la glosa de Recargo del 20% constante en el cuadro 17, de la Resolución No. 111012008RREC003356 emitida por la señora Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas con fecha 22 de Octubre de 2008, que resuelve el reclamo administrativo presentado por el accionante contra la orden de cobro No. 1120080200018 también contradicha, y modifica la glosa establecida por el Bono de Eficiencia Administrativa constante en el cuadro 5 de la misma resolución, en los términos del considerando 6.1.2 de este fallo.- Se dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004 respecto al casillero 814, en el que debe constar únicamente el valor detectado por el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles en el país, esto es $ 218.560,06.- En lo demás, se declara la validez de la resolución impugnada.- En consecuencia la Administración Tributaria deberá realizar una nueva liquidación en base a lo que se dispone en esta sentencia.-..."*.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341 -2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta en el proceso y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

3. VALIDEZ PROCESAL

3.1 No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar.

4. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 La Autoridad Tributaria, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, de Loja y Zamora Chinchipe (con competencia en materia contenciosa tributaria), con sede en la ciudad de Loja:

Cargo único: "Falta de aplicación" de los arts. 101 y 107A de la Ley de Régimen Tributario Interno (causal primera).

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 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.

5.2 El recurrente invoca en su recurso la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, que indica:

"1.a 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".

Esta causal es conocida en la doctrina como la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia la misma debe ser corregida. La causal tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se constituya la misma se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia

impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por aplicación indebida que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión, es decir el juez hace obrar la norma a una situación no prevista o regulada por ella; la falta de aplicación, en cambio, 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 de 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. La invocación de la causal conlleva que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal *A quo* riñe con el derecho *(error in iudicando)* es decir que los hechos sobre los que se discutió en la Sala de instancia han sido dados por cierto y aceptado por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia. Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala Especializada considera lo siguiente:

5.3. Sobre este cargo el recurrente menciona que se han violentado las siguientes normas jurídicas cuyos textos son los siguientes:

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.

"Art. 101.- Responsabilidad por la declaración.- La declaración hace responsable al declarante y, en su caso, al contador que firme la declaración, por la exactitud y veracidad de los datos que contenga.

Se admitirán correcciones a las declaraciones tributarias luego de presentadas, sólo en el caso de que tales correcciones impliquen un mayor valor a pagar por concepto de impuesto, anticipos o retención y que se realicen antes de que se hubiese iniciado la determinación correspondiente.

Cuando tales correcciones impliquen un mayor valor a pagar por concepto de impuesto, anticipos o retención, sobre el mayor valor se causarán intereses a la tasa de mora que rija para efectos tributarios..."

"Art. 107A.- Diferencias de Declaraciones y pagos.- El Servicio de Rentas Internas notificará a los contribuyentes sobre las diferencias que se haya detectado en las declaraciones del propio contribuyente, por las que se detecte que existen diferencias a favor del fisco y los conminará para que presenten las respectivas declaraciones sustitutivas y cancelen las diferencias, disminuyan el crédito tributario o las pérdidas, en un plazo no mayor a veinte días contados desde el día siguiente de la fecha de la notificación."

5.4 En relación a la falta de aplicación alegada por el recurrente, esta Sala señala que, doctrinariamente *"…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…".* (Murcia Ballén, Humberto,. 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá – Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., pág. 327); Luis Armando Tolosa Villabona, en referencia la falta de aplicación dice: *"Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…"* (Tolosa Villabona, Luis Armando,. 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá – Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359); es decir, la falta de aplicación se configura cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que, de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en sentencia fuesen diferentes de las acogidas.

5.5 El recurrente menciona que en la sentencia del Tribunal *A quo,* dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004, respecto al casillero 814, en la cual debe constar únicamente el valor detectado por el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles en el país, esto es $ 218.560,06 y no el valor que la administración tributaria detectó en la Resolución No. 111012008RREC003356, que es de USD $ 249.540.06, cuya razonabilidad responde a la sumatoria de los gastos no deducibles detectados en el proceso administrativo más los gastos no deducibles declarados por el sujeto pasivo, ya que los valores determinados por la Administración se subsumen respecto de las glosas levantadas tanto en la Liquidación de Diferencias como en el reclamo administrativo; que la sentencia al disponer se corrija el cuadro de conciliación tributaria, estableciendo únicamente el valor no deducible de USD $ 218.560,06, está desconociendo el propio

valor de la declaración del contribuyente, que conforme el art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es un valor declarado y de estricta responsabilidad del sujeto pasivo.

5.6 Como se mencionó anteriormente está causal primera parte de los hechos probados en la sentencia, la cual en su considerando SEXTO numeral 6.2 en el literal D), a fojas 1817 y 1817 vuelta del expediente, en lo referente a la conciliación tributaria manifiesta: *"D) CUADRO 20 IMPUESTO A LA RENTA 2004.- El representante legal de la compañía SEVISA presenta a fs. 36 un cuadro que a su criterio es el que debía haberse realizado, mismo que refleja a su juicio los errores cometidos por la Administración Tributaria en los casilleros 814 – 818 – 899 – 902.- Sostiene que hasta la determinación realizada por la Administración Tributaria en la cuantía hipotética del tributo a pagar es errónea, sin considerar las impugnaciones que ha realizado la empresa en el reclamo administrativo y que su valor equivocado significa un incremento del 12.87%.- En la diligencia de inspección la parte demandante solicitó lo siguiente: "Se constate si en la Conciliación Tributaria realizada por el Servicio de Rentas Internas, existe un incremento injustificado en los rubros Gastos No Deducibles. Además se determinará que facturas se consideraron dentro de estos rubros." La perito en el informe expresa "Para elaborar la conciliación tributaria es necesario considerar lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno respecto a la manera cómo se debe elaborar la misma, para ello se hace necesario analizar cada uno de los rubros que contendrá la Declaración del Impuesto a la Renta gastos relacionados con el giro del negocio que cuenten con el sustento legal, físico y contable: deduciendo aquellos gastos que al no tener estas características se los debe de considerar como NO DEDUCIBLES… en la declaración original del Impuesto a la Renta en el casillero 806 GASTOS NO DEDUCIBLES EN EL PAIS, consta el valor de $30.980,00, valor asignado por la contadora responsable, el que puede incluir sueldos y salarios sin aportes, gastos sin facturas o sin comprobantes de retención, etc.- Al analizar las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas se puede observar que las glosas señaladas se relacionan a los rubros: Sueldos y Salarios, Beneficios Sociales e Indemnizaciones, Depreciación acelerada de Vehículos, Suministros y Materiales y Gastos de Gestión; en la liquidación realizada no se efectúa un seguimiento a los gastos no deducibles lo que aumenta el valor de los mismos a $ 249.560,06, perjudicando de cierta manera al contribuyente al incrementarse estos rubros, pues lo lógico sería que se analicen también los gastos no deducibles a fin de que no exista una duplicidad de los mismos".- Al respecto se considera que efectivamente, en el cuadro de conciliación para el Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004, constante en la foja 25 y vta., del proceso, erróneamente la Administración Tributaria suma el casillero 814 "Utilidad Gravable" los valores correspondientes a gastos no deducibles en el país, declarados por el contribuyente, que ascienden a $ 30.980 con los gastos no deducibles detectados por el SRI, que alcanzan el valor de $218.560,06 (cuadro n.º 19 Resumen de Glosas; fs. 25 del proceso) constituyéndose la UTILIDAD GRAVABLE en $ 249.540,06.-…"* En la parte resolutiva de la sentencia en lo referente a la conciliación tributaria la Sala de instancia manifiesta:"... *Se dispone que se corrija el cuadro de conciliación tributaria para el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2004 respecto al casillero 814, en el que debe constar únicamente el valor detectado por el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles en el país, esto es $ 218.560,06..."* (el subrayado es de la Sala).

5.7 La sentencia de instancia dispone que es erróneo el actuar de la Administración Tributaria al establecer en la conciliación tributaria como gastos no deducibles, sumando el valor detectado como tal por la Autoridad Tributaria con el monto establecido en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004 presentada por el contribuyente; ya que únicamente debe constar por este concepto la cuantía que detectó el Servicio de Rentas Internas como gastos no deducibles. Para el análisis respectivo es importante mencionar que en Resolución No. 111012008RREC003356, de 22 de octubre de 2008, impugnada, en el numeral 14 se establece el cuadro No. 20 que corresponde a la conciliación tributaria del ejercicio fiscal 2004, detallando en el casillero 806 *"(+) Gastos no deducibles en el país"*, el valor declarado por el contribuyente de USD$30.980,00 y el valor que detectó que SRI de USD$ 218.560,06; y, en el casillero 814 *"=utilidad gravable"* el monto declarado por el contribuyente es USD$ 31.835,65 y el detectado por la Autoridad Tributaria de USD$ 249.540,06 (monto que es el resultado de la suma del valor declarado como gastos no deducibles por el contribuyente y el detectado por el SRI). La Declaración de Impuesto a la Renta por el ejercicio fiscal 2004 por parte de la compañía SEVISA CIA. LTDA., de conformidad al art. 101 de la Ley de Régimen Tributario Interno, hace responsable de la misma al declarante, consecuentemente los datos que constan en la

misma son vinculantes; Rodrigo Patiño Ledesma respecto a la determinación del tributo por medio de declaración del contribuyente manifiesta: *"El modo de determinación por parte del sujeto pasivo se produce entonces mediante la declaración, que como dice la norma se efectúa dentro de las fechas o plazos establecidos y con los requisitos señalados en cada ley tributaria, declaración que se vuelve definitiva y vinculante, al considerar que ella constituye la confesión que se hace sobre la existencia de la obligación y su cuantía, por ello en algunas legislaciones se las denomina "declaración jurada", dados los efectos jurídicos que generan desde el momento en la que se presenta ante la administración tributaria y bajo la presunción de derecho sobre la veracidad y validez del contenido del documento declarado,..."* (Ledesma Patiño Rodrigo, "Sistema Tributario Ecuatoriano", Tomo I, Universidad del Azuay 2013, página 327). En la especie ocurre que una vez presentada la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004, por parte de la compañía actora el 22 de abril del 2005, el Servicio de Rentas Internas, en el procedimiento de verificación del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias ha encontrado diferencias en la declaración presentada y de conformidad al art. 107 A de La Ley de Régimen Tributario Interno, informó las deferencias puntuales detectadas para que el contribuyente realice las respectivas declaraciones sustitutivas o presente los documentos de respaldo para justificar dichas diferencias; dicho actuar de la Administración Tributaria de determinar Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta es una forma especial de determinación tributaria, así se ha pronunciado está Sala Especializada en la sentencia del Recurso de Casación No. 356-2010, publicada en el Registro Oficial No. 438 de 10 de mayo de 2013. En virtud del análisis en mención se concluye, que tanto la Resolución No. 111012008RREC003356 de 22 de octubre de 2008 impugnada; y, la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2004, realizada por el contribuyente, se complementan por lo que necesariamente se deben tomar en consideración los datos que constan en dichos documentos. En tal virtud, es evidente que el Tribunal *A quo* dejó de aplicar los arts. 101 y 107 A de la Ley de Régimen Tributario Interno, al considerar que en la conciliación tributaria no se debe tomar en consideración para determinar el monto de gastos no deducibles el valor declarado por el contribuyente; consecuentemente se encuentra configurado el vicio y la causal invocado por el recurrente.

6. DECISIÓN

6.1 Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justica, 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,** resuelve:

7. SENTENCIA

7.1 CASAR la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013, las 15h42, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, de Loja y Zamora Chinchipe (con competencia en materia contenciosa tributaria) con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio de impugnación No. 2013-0473, en los términos señalados en el considerando 5 de esta sentencia.

7.2 Sin costas.

7.3 Actué la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037 – DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedido por el Consejo de la Judicatura.

7.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Resolución nro. 651-2015
Juicio nro. 160-2015

Juicio contencioso tributario propuesto por Fausto Gavilanes Freire, Gerente General de la Compañía Productos Alimenticios y Licores Cía. Ltda., PROALCO, contra del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas.- Impugnación del acta de determinación por impuesto a los consumos especiales (ICE) del año 2010

SÍNTESIS

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia recurrida y declara la legitimidad y validez jurídica del Acta de Determinación emitida por el Director Regional Litoral Sur (S) del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2010 ya que considera que se ha configurado de manera plena la errónea interpretación de norma de derecho, porque los juzgadores de la Sala A quo al declarar con lugar la demanda de impugnación interpuesta por el señor Fausto Gavilanes Freire como Gerente General de la Compañía Productos Alimenticios y Licores Cía. Ltda. PROALCO, (quien formula demanda contenciosa tributaria de impugnación del acto administrativo contenido en el acta de determinación por impuesto a los consumos especiales (ICE) del año 2010) dieron un sentido diferente al espíritu de la norma jurídica contemplada en el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, desconociendo la obligación al cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador y por tanto trastocaron el sentido de la norma jurídica, que claramente ha señalado que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumir final efectúe por tal adquisición al detal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes gravados con ICE.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juicio No. 2013-0103

Jueza Ponente: Abg. Laura Sabando Espinales

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No. 2 CON SEDE EN GUAYAQUIL CUARTA SALA. Guayaquil, viernes 27 de febrero del 2015, las 11h42.

VISTOS: A fojas 31 a 72 de los autos comparece ante este Tribunal el señor Fausto Gavilanes Freire, por los derechos que representa como Gerente General de la Compañía Productos Alimenticios y Licores Cía. Ltda. PROALCO, y formula demanda contenciosa tributaria de impugnación del acto administrativo contenido en el acta de determinación No. 09020130100115 por impuesto a los consumos especiales (ICE) del año 2010, dictada el 4 de septiembre de 2013, por el señor Ab. Dorian Rodríguez Silva, en calidad de Director Regional Litoral Sur Subrogante del Servicio de Rentas Internas. Aduce como fundamentos de su impugnación los siguientes: a) La incompetencia del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas para determinar el impuesto a los consumos especiales en las operaciones de importación. Argumenta que a partir de la vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre del 2010, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador asumió la competencia para determinar las obligaciones tributarias contenidas en leyes ordinarias y orgánicas relacionadas con la importación y exportación de mercancías, para lo cual cita las disposiciones de

los arts. 107, 08, 111, 205, 212 y 218, así como la disposición derogatoria del mencionado Cuerpo legal. Así también cita las disposiciones del Código Tributario sobre la competencia y la nulidad de los actos administrativos; del Código Civil sobre la vigencia de la Ley. Añade que la orden de determinación No. 2012090013 por ICE 2010 fue notificada el 6 de diciembre de 2012, cuando ya se encontraban vigentes las normas del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (COPCI) que atribuyeron competencia al servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (SENAE) y que por ello, el acto impugnado en este juicio es nulo; cita que en un reclamo de devolución de ICE generado en importaciones de bebidas gravadas con este tributo, el propio Servicio de Rentas Internas se habría declarado incompetente para atenderlo señalado que la autoridad aduanera era la llamada a resolver el trámite. b) La caducidad de la facultad determinadora, en vista que los trabajos de fiscalización se habrían suspendido por más de 15 días consecutivos; y que por ello, la notificación con la orden de determinación no habría suspendido los plazos de caducidad de tres años señalados en el numeral 1) del art. 94 del Código Tributario. c) Otros argumentos contra el acta de determinación impugnada, entre los que menciona: que la Administración ha utilizado los precios cobrados por terceros independientes a los consumidores finales para establecer la base imponible del ICE a cargo de la empresa actora; que la naturaleza jurídica del ICE es la de un impuesto nonofásico de primera etapa, por lo que para verificar la base imponible del tributo no se debieron utilizar los precios cobrados por terceros independientes a los consumidores finales, tanto más que el hecho generador es la nacionalización de las mercaderías y no circunstancias posteriores como es la venta de terceros a consumidores finales; que PROALCO no ha vendido el producto importado a consumidores finales, sino únicamente a distribuidores o detallistas que son los que han vendido al público aplicando sus propios precios, por lo que no cabe que se pretenda cobrar el ICE respecto de márgenes ajenos que nunca ha percibido; que el art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente en el año 2010 no obligaba a que el importador fije un precio de venta al público, sino simplemente a que lo sugiera, pero que aquella recomendación o sugerencia no puede ser fuente de obligación tributaria en los términos señalados en el art. 15 del Código Tributario; que los precios de venta al público reportados por terceros que han sido utilizados en el acta de determinación como base imponible del ICE son totalmente diferentes entre sí, lo cual demostraría la arbitrariedad debe atribuir a la Empresa actora responsabilidad tributaria por no haber sugerido precios; que la correcta interpretación del segundo inciso del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno se refiere a que los márgenes de comercialización que el sujeto activo haya obtenido en las transferencias que efectúe a sus clientes no superen el 25% adicional al precio de exaduana; pero que es ilegal que la responsabilidad, e incluso penal se extienda al importador que no tuvo participación en la fijación de precios en que terceros vendieron los productos a consumidores finales; que es ilegal que se haya utilizado los precios de terceros para establecer la base imponible del ICE, que de haberse pretendido realizar una determinación directa, se debieron utilizar la información de terceros que realicen las mismas actividades que PROALCO, es decir que sean importadores de bebidas gravadas con ICE, y no información de terceros, cuya actividad es la comercialización al detal finaliza indicando que el acto impugnado carece de motivación válida y que por ende, debe ser declarado nulo. Una vez citada la autoridad demandada, comparece a contestar la demanda por medio de su procuradora, conforme consta de fojas 109 a 113 ofreciendo poder o ratificación de la Autoridad demandada; sin embargo, de conformidad con la razón sentada por la Secretaría de la Sala que obra a fojas 115, dicha contestación fue presentada de manera extemporánea, razón por la cual, respecto de esta actuaciones, en aplicación del art. 246 del Código Tributario, en concordancia con el art. 103 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia tributaria, se considera la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda. Por existir hechos sujetos a justificación, se recibió la causa a prueba por el término de Ley (fojas 116 de los autos), dentro del cual se ordenaron y practicaron las solicitadas por las partes. Obra de autos fojas 49621 la providencia de fecha 5 de enero del 2015 dictada por el Juez de sustanciación, mediante la cual se declara concluido el término de prueba y autos para resolver, por lo que siendo el estado del proceso el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 220 codificado del Código Tributario, este Tribunal es competente para conocer las impugnaciones en materia tributaria, competencia que además se encuentra

respaldada en la Constitución de República del Ecuador y las Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia sobre competencia y jurisdicción de los Tribunales Distritales de lo Fiscal de fecha 5 de mayo y 6 de octubre de 1993 respectivamente y, en el título III, capítulo II, sección II del Código Orgánico de la Función Judicial en actual vigencia. **SEGUNDO.-** La Sala integrada por los Jueces que al final firmamos, fuimos legalmente llamados a integrarla, con las acciones de personal que suscribió la señora Directora General del Consejo de la Judicatura, por lo que ejerciendo la jurisdicción y competencia, en la materia, resolvemos. **TERCERO.-** Se ha dado a la presente causa el trámite que establece la Ley, habiendo las partes legitimado su intervención en legal y debida forma, y no existiendo omisión de solemnidad sustancial, se declara su validez procesal. **CUARTO.-** La demanda ha sido presentada dentro del término previsto en el art. 229 del Código Tributario Codificado, en la miasma que el actor plantea sus pretensiones que han de ser materia de la controversia, por lo que esta Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, procede a analizar lo determinado en el artículo 272 de la Codificación del Código Tributario en vigencia, el cual establece que al tiempo de dictar la sentencia "el Tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la Resolución y declarará la nulidad siempre que los vicios que la motiven hubieren influido en la decisión del asunto". **QUINTO.-** De la revisión de los recaudos se establece que obran del proceso, el acta de determinación por impuesto a los consumos especiales ICE del período comprendido entre el mes de enero a diciembre de 2010 emitida por el señor Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas Subrogante notificada el de (sic) septiembre de 2013 que ha establecido una diferencia a pagar de USD 125.417,60 más el recargo del 20%. **SEXTO.-** Previo el análisis de cada uno de los puntos controvertidos por la actora la Sala entra a verificar la validez del mencionado acto administrativo en cuanto cumplimiento del principio constitucional de motivación, ya que la actora en su demanda a fojas 68 y 69 señala que existe falta de motivación en el acta de determinación impugnada, para el efecto se consigna lo siguiente: 6.1. El artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, consagra la motivación de los actos del poder público, como una garantía fundamental del derecho a la defensa y del proceso debido; garantía que a la letra dice: "El derecho de las persona a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados se consideran nulos...". Elemento de fondo del acto administrativo que también está recogido en el art. 50 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: "Motivación. Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento administrativo previo…" Y, lo explica en el ámbito tributario el artículo 81 del Código Tributario, cuando al referirse a la forma y contenido de los actos, exige: "Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados enunciándose las normas o principios jurídicos que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria...". Requerimiento constitucional y legal, que se explicita más, en el art. 4 inciso 2 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración pública, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002, que textualmente dice: "La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la Administración, y porque solo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo resulte de dicha motivación que si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución…" 6.2. Al respecto la sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en el fallo expedido dentro del recurso de casación No. 101-2009, en el juicio de impugnación No. 78-2006 propuesto por la Universidad Estatal del Sur, en contra del Director general del Servicio de Rentas Internas, al referirse al alcance del requisito de la motivación en los actos administrativos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

tributarios, expresa, que estos deben contener una prolija y suficiente justificación "que no se satisface con la simple enunciación por parte de la Autoridad Tributaria, del artículo en el que se basa su decisión" (sic). Criterio que a más de ser concordante con las normas citadas, armoniza con el expresado por el maestro Agustín Gordillo en su libro "Tratado de Derecho Administrativo" tomo III, páginas 10 y 11: "La motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuesto del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con la que la Administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa oportunidad". Y, con el expuesto (sic) por el doctor Patricio Secaira Durango en su obra "Curso Breve de Derecho Administrativo", páginas 185 y 186 "La motivación en suma, es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo. En ella debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema (…) El administrado tiene derecho que la administración le explique las razones por las cuales toma la decisión que afecta sus intereses o derechos. De ahí precisamente que el administrado tiene la capacidad de oponerse a la decisión pública en función de los argumentos jurídicos y más justificativos de los que disponga para destruir la presunción de legalidad del acto administrativo. De suerte que la ausencia o el defecto motivacional no permite al administrado que replique la arbitrariedad potencial en la que puede incurrir la Administración, pues obviamente desconoce las razones que orientaron a la Administración a tomar una decisión, coartándose el derecho de defensa del afectado. De otra parte, la falta o defectuosa motivación impide, a los órganos tutelares de la legalidad, sea en sede administrativa o jurisdiccional, conocer las razones en las que se sustentó la expedición del acto administrativo". 6.3. En el caso sub júdice, el acto administrativo cuya falta de motivación se cuestiona es el acta de determinación No. 0920130100115 emitida por el Director Regional Litoral Sur subrogante del Servicio de Rentas Internas, por concepto de impuesto a los consumos especiales ICE del período comprendido entre el mes de enero a diciembre del año 2010, en la que se establecen diferencias a pagar a favor del Fisco. 6.4. Del estudio del acto administrativo cuestionado, la Sala procede a realizar un análisis minucioso sobre la ausencia de motivación alegada, y concluye que el acta de determinación impugnada en este juicio, cumple con los requisitos que debe contener todo acto administrativo, corroborando que en su expedición se cumplió el debido proceso, respetándose el derecho a la defensa y el acto fue suscrito por el funcionario competente, con la debida fundamentación al detallar los hechos y los fundamentos legales de sustento, así como contando con la correspondiente aplicación y pertinencia de las normas al caso específico; por lo que a criterio de la Sala existe suficiente motivación en el acto impugnado.

SÉPTIMO.- Como primer punto de la controversia se ha señalado la falta de competencia del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas para realizar la determinación del impuesto a los consumos especiales en la importación de los bienes sujetos al pago de este tributo; en ese sentido es necesario analizar las normas jurídicas en las que la actora fundamenta su pretensión, y las que a su juicio le conceden la potestad exclusiva al Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador para la determinación del impuesto a los consumos especiales en la importación de bienes gravados con el impuesto. Al respecto señala que a partir de la expedición del Código Orgánico para la Producción Comercio e Inversiones (en adelante COPCI), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, la facultad para determinar al ICE en bienes importados sujetos a este impuesto, es de única competencia del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en razón de que el artículo 108 de este Código otorga la calidad de tributos al comercio exterior a: los derechos arancelarios, a los impuesto establecidos en leyes orgánicas y ordinarias cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías y a las tasas por servicios aduaneros, por lo que (sic) que el impuesto a los consumos especiales en lo que se refiere específicamente a las actividades de importación forma parte de los tributos al comercio exterior administrados por el SENAE. Sostiene además que entre el Servicio de Rentas Internas y Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, se suscribió el Acuerdo Interinstitucional No. 80-2011, que se encuentra publicado en el Registro Oficial 431, de 20 de abril de 2011, en el que ambas

instituciones públicas reconocen que desde la publicación del Código Orgánico de la Producción, el impuesto al valor agregado (IVA) pagado en actividades de importación forma parte de los tributos al comercio exterior administrados por el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, razón por la cual, el Director General de la SENAE ha delegado al Director general del SRI para que atienda las devoluciones de este tributo a los exportadores; así como también para que el Servicio de Rentas Internas conozca y resuelva los reclamos administrativos y recursos de revisión que se presentaren en contra de estos actos administrativos. Al respecto, la Sala realiza el siguiente análisis: 7.1. El impuesto a los consumos especiales, constituye un gravamen creado por la Ley de Régimen Tributario Interno, que en su artículo 75 textualmente señala: "Art. 75. Objeto del impuesto. Establécese el impuesto a los consumos especiales ICE, el mismo que se aplicará de los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, detallados en el artículo 82 de esta Ley", y con relación al sujeto activo de la obligación tributaria, el artículo 79 ibídem, expresa: "Art. 79. Sujeto activo. El sujeto activo de este impuesto es el Estado. Lo administrará a través del Servicio de Rentas Internas". 7.2. El artículo 108 del COPCI aludido por la actora, clasifica como tributo al comercio exterior, a "los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercaderías", sin embargo esta clasificación no es nueva en el COPCI, toda vez que la derogada Ley Orgánica de Aduanas, contemplaba un sistema de categorización similar de los tributos al comercio exterior, al determinar en su artículo 9 lo siguiente: "Art. 9. Tributos al Comercio Exterior. Los tributos al comercio exterior son: a)Los derechos arancelarios establecidos en los respectivos aranceles; b) Los impuestos establecidos en leyes especiales; y, c) Las tasas por servicios aduaneros", es decir que asumiendo el criterio de la actora, desde antes de la expedición del COPCI, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador SENAE (antes Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE) tenía la facultad de determinar el impuesto a los consumos especiales e inclusive los demás impuestos como el IVA, generado en la importación de bienes, lo cual no aconteció, a tal punto que en la época de vigencia de la Ley Orgánica de Aduanas, se suscitaron muchas impugnaciones respecto a la competencia para la determinación del IVA causado en actividades de importación, en las que la Sala Especializada de lo Fiscal de la Ex Corte Suprema de Justicia, resolvió en el sentido de que la gestión tributaria que incluye la determinación de los impuestos nacionales internos, entre ellos el impuesto al valor agregado que se cause en la importación de bienes, le corresponde al Servicio de Rentas Internas, tesis que fue sentada en los fallos números: 86-2003 de 28 de noviembre del 2003, Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004; 177-2003, Registro Oficial No. 427 de 23 de septiembre del 2004; 170-2003, Registro Oficial No. 406 de 28 de noviembre del 2006; 229-2006 del 22 de junio del 2007, Registro Oficial 349 del 30 de mayo del 2008; y, 36-2007 del 7 de enero del 2008, Registro Oficial No. 4222 del 10 de septiembre del 2008. 7.3. Respecto del Acuerdo Interinstitucional No. 80-2011, publicado en el Registro Oficial No. 431 del 20 de abril del 2011, que la actora refiere en su demanda y que a su criterio constituye un elemento adicional para establecer que el SRI no es competente para determinar el ICE, es necesario indicar que en este Acuerdo, la SENAE delega facultades al SRI exclusivamente para la devolución condicionada del impuesto al valor agregado pagado en las importaciones de mercancías que posteriormente se exportan, cuya competencia si es exclusiva de la SENAE, de acuerdo a lo que señala el artículo 157 del COPCI, disposición legal que no concede la facultad determinadora al Servicio Nacional de Aduanas de Ecuador. 7-4. Finalmente sobre este punto, la Sala concluye que la administración del impuesto a los consumos especiales le corresponde al Servicio de Rentas Internas, en base a lo señalado en el artículo 79 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que también está catalogada como una Ley Orgánica, misma que ha sido reformada inclusive con posterioridad a la vigencia del COPCI, reformas que no han excluido al Servicio de Rentas Internas, como administrador de este impuesto. **OCTAVO.-** Respecto a la caducidad de la facultad determinado alegada, (sic.) por haberse suspendido los trabajos de fiscalización por más de 15 días consecutivos, la Empresa accionante señala que durante los diez meses que duró el proceso fiscalizador se produjeron las siguientes interrupciones de los trabajos fiscalizatorios, que se citan a continuación: "(a) Entre el 24 de enero del 2013 en que se emitió el acta RLS-ATRORIE13-0001 hasta el 5 de marzo del 2013, en que se habría emitido el requerimiento de información No. RLS-ATRORIE13-00043 notificado el 12 de marzo de 2013 se produjo una

paralización de al menos 26 días hábiles", (b) Desde el 8 de mayo de 2013 que se emitió el último requerimiento de información al señor Julio Alberto Murillo Campos hasta el 24 de junio de 2013, en que el señor Alcívar Moisés Díaz Torres entregó la información solicitada mediante trámite No. 107012013014247, transcurrieron 30 días hábiles sin actividad fiscalizadora; y c) Entre el 24 de junio del 2013, en que el señor Alcívar Moisés Díaz Torres entregó la información solicitada mediante trámite No. 107012013014247 hasta el 24 de julio de 2013 en que se notificó con el oficio No. RLS-ATROLAE13-00003 para la lectura del acta borrador de ICE 2010, se produjeron al menos 22 días hábiles de suspensión de los trabajos fiscalizatorios". En relación a este punto de la controversia, es necesario señalar que dentro del proceso las partes no han aportado información específica relacionada con estos hechos, únicamente figuran los informes periciales requeridos por las partes y documentación general del expediente de auditoría por ICE del año 2010. Siendo necesario para la Sala, previa a cualquier otra consideración, dilucidar si operó o no la caducidad de tres años, contemplada en el numeral 1 del artículo 94 del Código Tributario; para resolver el controvertido, consigna lo siguiente: 8.1. La caducidad es una institución jurídica que invalida el ejercicio de las potestades y de las acciones previstas en la ley, cuando se las ejerce extemporáneamente, constituyéndose en una suerte de castigo a la inactividad administrativa o procesal de quien la ley le da facultad o el derecho de actuar. En el ámbito tributario, la caducidad opera según el artículo 94 del Código Tributario, cuando la Administración a través de sus órganos competentes, no ejercen en los plazos establecidos la facultad determinadora de las obligaciones tributarias, conforme se infiere de la norma citada, que a la letra dice: "Caducidad. Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, 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..." 8.2. En el sub júdice, se aprecia, que la orden de determinación No. 2012090013 fue notificada al contribuyente el día 6 de diciembre del 2012, con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias relacionadas con el impuesto a los consumos especiales del período fiscal de enero a diciembre del 2010, fecha de notificación que constituye el punto de partida para establecer si la orden determinación produjo o no el efecto legal de interrumpir y extender el plazo de caducidad previsto en el artículo 95 del Código Tributario, principalmente en las fechas en que la accionante señala la interrupción del proceso de determinación. Ante esta alegación, el Tribunal aprecia de autos, con los documentos descritos por los señores peritos en sus informes, que durante el lapso que indica la actora, no transcurrieron más de quince días, entre uno y otro acto de fiscalización, debiéndose entender, como así lo ha sostenido esta Sala en otros casos, que los oficios cuya denominación es "INFORME DE AVANCE DE DETERMINACIÓN" no constituyen per se actos de fiscalización capaces de mantener la eficacia interruptora de la orden de determinación, sin embargo los señores peritos detallan en sus informes el avance del proceso de fiscalización, con referencia a las hojas de trabajo que elaboró el Auditor actuante en las respectivas fechas de ejecución, lo que a juicio de la Sala se demuestra que el proceso no se interrumpió, señalándose además que estas actuaciones por su condición de interorgánicas o internas no son notificables, lo que no significa, que éstas no sean materializables y demostrables en el mundo exterior a efectos de cumplir con el precepto legal que manda a realizar actos de fiscalización idóneos para mantener la interrupción de la caducidad de la facultad determinadora. Por las razones señaladas, la Sala concluye que no ha operado la caducidad alegada. **NOVENO.-** En cuanto a las impugnaciones al procedimiento e información utilizados por la Administración Tributaria para establecer la base imponible del ICE, esta Sala realiza el siguiente análisis: El art. 75 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece el impuesto a los consumos especiales con el objeto de gravar el consumo de los bienes y servicios señalados en el art. 82 de la Ley de Régimen Tributario Interno; de acuerdo con el art. 78 de la misma Ley, el hecho generador en el caso de bienes importados constituye la nacionalización; y el art. 80 designa como sujeto pasivo del mencionado tributo al importador de los bienes gravados. De acuerdo con la doctrina, este impuesto forma parte de los denominados impuestos indirectos al consumo, que tienen como rasgos característicos que su importe pueda sea **(sic)** trasladado al consumidor final, sin causar gravamen a los intermediarios (neutralidad). La controversia en esta parte de la litis se concreta a la forma de establecer la base imponible del mencionado

tributo, para lo cual es necesario analizar el art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y que para el año 2010; su primer inciso tenía el siguiente tenor: "La base imponible de los productos sujetos al ICE, de producción nacional o bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE, o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valoren que se establecen en esta Ley. Al 31 de diciembre de cada año o cada vez que se introduzca una modificación al precio, los fabricantes o importadores notificarán al Servicio de Rentas Internas la nueva base imponible y los precios de venta al público sugeridos para los productos elaborados o importados por ellos". De la revisión del primer inciso, se constata que la Ley preveía dos mecanismos para establecer la base imponible: a) El precio de venta al público sugerido por el fabricante o el importador menos el IVA o el ICE; y, b) Los precios referenciales fijados anualmente por el Director General del Servicio de Rentas Internas. El segundo inciso de la norma citada señalaba: "La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio exfábrica o exaduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria". El art. 13 del Código Tributario señala: "Art. 13. Interpretación de la Ley. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica. Las palabras empleadas en la Ley Tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente. Cuando una misma Ley Tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación. En el año 2010 la Autoridad tributaria no fijó los precios referenciales para los productos importados, por lo que el mecanismo aplicable para ese ejercicio económico, fue el precio de venta sugerido por el importador o fabricante, que se encontraba desarrollado en el primer inciso del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que se limitaba a imponer al importador o fabricante la obligación de "sugerir" un precio de venta al público, término que al no estar expresamente definido en la Ley, debe ser considerado conforme al uso común, es decir, debe considerarse como un "consejo o una sugerencia" que hace el importador para que se venda el producto al consumidor final. Dado la característica de una simple recomendación que debe hacer el sujeto pasivo del ICE con el objeto de establecer la base imponible del ICE, es que el segundo inciso de la norma citada establece una única limitación al señalar que base imponible mínima corresponderá al "precio exfábrica o exaduana incrementado en un 25% de margen presuntivo de comercialización", lo que ha sido reconocido en el acta de determinación como la que efectivamente pagó la Empresa actora al efectuar la desaduanización de los bienes gravados. **DÉCIMO.-** Obra del proceso el Registro Oficial No. 456 de 25 de mayo de 2011 que contiene el oficio No. 917012011OCN000248 suscrito por el Director General del SRI de fecha 7 de febrero de 2011 en que en contestación a la consulta presentada por la Asociación Importadores de Licores del Ecuador de fecha 14 de enero de 2010 señala: "…únicamente le corresponde al sujeto pasivo del ICE, dentro de su esfera privada, establecer el precio de venta al público que va a sugerir para determinar la base imponible del ICE en la importación de bebida alcohólicas, tomando siempre como referencia que este precio de venta al público sugerido, jamás va a ser inferior al resultado de incrementar al precio exaduana, el margen de comercialización, el cual nunca será menor al 25%. Similar criterio ha señalado el Director del SRI en el oficio No. 9170120080CON1223 que al responder una consulta de la empresa GASESPOL INDUSTRIAL CEM., en que señala: "para la determinación de la base imponible se deberá tomar en cuenta, tanto el precio exfábrica, como el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE, considerando que precio de venta al público sugerido, no deberá ser inferior al precio exfábrica o exaduana, incrementándolo un 25% del margen mínimo presuntivo de comercialización, caso contrario deberá aplicarse este, como base imponible.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En ese sentido, el mandato legal de sugerir un precio de venta al público, se entiende cumplido, cuando el sujeto pasivo (fabricante o importador) establece una base imponible que al menos sea equivalente al precio exaduana incrementado en un 25% por márgenes propios de comercialización". En esa parte se deja constancia de la contraposición de los criterios de la Administración, pues el Director General del SRI reconoce que cada sujeto pasivo del ICE le corresponde la potestad de sugerir los precios de venta al público de acuerdo con sus propios criterios; por otro lado, en las páginas 21 y 22 del acta de determinación impugnada se señala que con la finalidad de validar lo informado por el contribuyente en sus anexos, fue necesario comparar dicha información con la reportada por los terceros, la que (sic) diferir de un informe a otro, fue objeto de una "ponderación" en función de las unidades vendidas por estos terceros en cada mes del año 2010, dando mayor énfasis a la información de los terceros que más vendieron. **DÉCIMO PRIMERO.-** La obligación tributaria se define en el artículo 15 del Código Tributario como: "el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley". En la especie obran los informes periciales en los que consta que la Empresa actora vendió los productos gravados con ICE a terceros independientes (en el año 2010 tuvo 332 clientes, de los cuales Compañía Cervecera Ambev Ecuador fue el principal con el 12,60% del total de las ventas, conforme consta a fojas 4652 y 4659 de los autos), quienes establecieron el precio de venta de los productos, sin que exista en el proceso constancia que la empresa actora se haya beneficiado de la recaudación que esos terceros obtuvieron al vender al precio por ellos fijado; en ese sentido, esta Sala ratifica que la relación jurídico tributaria por el pago del ICE, se articula entre el Estado y los importadores, sin que las actividades posteriores al hecho generador del ICE y que son propias de terceros independientes (intermediarios) generen obligación alguna. Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional (Resolución 221, Registro Oficial Suplemento 786 de 11 de septiembre del 2012) y la Corte Suprema de Justicia expediente 167, Registro Oficial 569, 14 de abril del 2009). Este criterio también se ratifica al examinar la parte final del segundo inciso del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone: "La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria", disposición que permite establecer que el alcance de estas disposiciones en referencia al importador; es decir, el segundo inciso del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario se refiere exclusivamente al caso de que el sujeto pasivo del ICE (importador) realice la venta de productos gravados por encima del margen mínimo presuntivo del 25% sobre el valor exaduana; pues de aplicarse esta norma en el sentido y alcance que consta en el acta de determinación impugnada, esto es que el importador también es responsable por el margen agregado por terceros independientes en la venta realizada a consumidores finales, se llegaría al absurdo de convertir al importador, que no tuvo participación alguna en la fijación de esos precios ni que se ha beneficiado de ellos, no solo en obligado al pago del tributo sino en reo del delito de defraudación tributaria, lo cual riñe con los más elementales principios del derecho. En la especie consta el informe pericial de la perito Marjori Pesántez Palacios que al contestar la pregunta 8 formulada (fojas 4841) por el actor pone en evidencia la disparidad de los precios de venta al público utilizados por los intermediarios al vender los productos adquiridos a PROALCO, evidenciando márgenes del 39,73%, 22,60%, 16,93%, 10,21%, 13,69% y 11,19% por sobre el precio en que le adquirieron el producto a PROALCO; adicionalmente consta en el proceso las contestaciones de las empresas Comercial y Comisariato Económico COMYCOMEC, CERVECERA AMBEV ECUADOR S.A. y Distribuidora Romero Reyes S.A. (referencia fojas 4010, 4655, 4688, 4711, 4716, 4768, 4914) cuyos precios se utilizaron para conformar la base imponible a cargo de PROALCO, que ante los requerimientos efectuados por esta Sala, coinciden en señalar que fijaron los precios de venta de los productos en función parámetros internos tales como el tipo de clientes, volumen del pedido, condiciones de pago. Por lo expuesto esta Sala considera que el procedimiento usado en el acta de determinación impugnada de establecer la base imponible del ICE utilizando una ponderación de los precios cobrados por terceros independientes, deviene en improcedente, pues no cabe que se atribuya responsabilidad tributaria a la empresa actora, respecto de

actuaciones realizadas por terceros independientes, menos aún en el caso que la propia Ley limitó al importador a que sugiera, recomiende o insinúe un precio de venta a los consumidores finales, sin dotarle ni con parámetros objetivos para tal fin y menos aún con medios coercitivos para lograr que se cumpla tal sugerencia, de allí que la obligación prevista en el segundo inciso del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno debe entenderse que se genera en los casos en que el propio importador vende el producto al consumidor final, situación que no se concreta en el presente caso. Finalmente esta Sala reconoce que para el ejercicio de la facultad determinadora de la Administración es procedente el uso de la información de terceros; sin embargo, dicha información debe guardar relación con la actividad económica que desarrolló el sujeto pasivo auditado, lo cual tampoco ha ocurrido en el presente caso, pues tal como consta en el acto impugnado y en los informes periciales que obran del proceso la información utilizada para verificar la base imponible declarada por el actor corresponde a terceros (detallistas o distribuidores locales) que realizaron una actividad distinta e independiente a la importación de licores. A este respecto, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso No. 149-2012, presentado por el Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia expedida por esta Cuarta Sala el 16 de enero del 2012, dentro del juicio de impugnación No. 0164-2010, incoado por la Compañía actora contra el acta de determinación por ICE del año 2007 resolvió rechazar el mencionado recurso de casación, señalando en su parte pertinente lo siguiente: "Esta Sala reconoce que la Administración Tributaria está facultada a utilizar información de terceros para efectos de ejercer su facultada determinadora, sin embargo la norma es clara y expresa en señalar que la información de terceros debe tener relación con la actividad gravada y el hecho generador del sujeto pasivo en este caso del importador, por lo que mal puede afirmar que las ventas de terceros (distribuidores) hacia a otros terceros (consumidores finales) tienen relación con la primera etapa, de comercialización de la compañía PROALCO, pues éstas son posteriores e independientes, una vez transferido el producto desde su importación. De lo expuesto se evidencia una errónea interpretación del art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno...". De igual manera, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso No. 503-2012 interpuesto por el Director Regional Litoral Sur en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, que resolvió la impugnación efectuada por la misma Empresa actora contra el acta de determinación por ICE del año 2006 ha señalado lo siguiente: (...) el Servicio de Rentas Internas está facultado dentro de un proceso determinativo a recabar y utilizar la información de terceros, los mismos deben tener relación con la actividad gravada y el hecho generador del sujeto pasivo, por lo que mal se puede afirmar que las ventas de terceros llamados distribuidores, hacia consumidores finales tienen relación alguna con la primera etapa de comercialización, en la que interviene la compañía actora, ya que las mismas son posteriores; cabe señalar que el carácter de nonofásico es la característica principal del ICE; es decir que el mismo se causa en la primera etapa y una sola ve(...) el hecho en discusión es que el procedimiento adoptado por la Autoridad demandada resulta totalmente discrecional, puesto que sin fundamento normativo se ha requerido información al azar de 6 clientes de PROALCO para solicitarles los precios de venta a consumidores finales: y como se ha dicho es criterio de esta Sala Especializada que, el Servicio de Rentas Internas está facultado dentro de un proceso determinativo directo, a recabar y utilizar información de terceros, pero esa información debe guardar relación con la actividad gravada y con el hecho generador del sujeto pasivo". Por lo que esta Sala Especializada considera que no se configurado el vicio alegado por el recurrente. Por los fundamentos y considerandos expuestos, esta Cuarta Sala del Tribunal Distrital de los Fiscal No. 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 con lugar la demanda de impugnación interpuesta por el señor Fausto Gavilanes Freire, en contra del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas y consecuentemente declarala invalidez del acta de determinación No. 0920130100115 por Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) del año 2010, disponiendo que una vez ejecutoriado el fallo se devuelva el afianzamiento.

f) Abg. Laura Sabando Espinales, Jueza; Ab. Néstor Gómez Jaramillo, Juez; Ab. José Luis Loor Vivas, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, martes 22 de septiembre del 2015, 10h01.

ASUNTO

Resolución del Recurso de Casación interpuesto por el Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas (antes Director Regional Litoral Sur), en contra de la sentencia dictada el 27 de febrero del 2015, a las 11h42, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2, con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 09504-2013-0103, deducido por la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO, en contra del Acta de Determinación No. 0920130100115 de 4 de septiembre de 2013, emitida por el Director Regional Litoral Sur (S) del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2010.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 20 de marzo de 2015, el casacionista se fundamentó en la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, debido a la errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y aplicación indebida del Art. 75 de la Ley de Régimen Tributario Interno; sin embargo, la Sala de Conjueces admite el recurso exclusivamente por el cargo de errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI. La compañía PROALCO también interpuso recurso de casación, sin embargo no fue admitido por la Sala de Conjueces.

1.1.1.- Con relación a la **causal primera al alegar "la errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI",** cuando fundamenta el vicio dice lo siguiente: *"(…) Como podemos observar, señores Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el artículo en mención regula el Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) que paga el importador o fabricante de productos gravados don dicho impuesto. Como consecuencia de lo anterior, el tercer inciso del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno contiene una disposición mandatoria para quienes conocen los precios reales de comercialización del bien importado o fabricado, por ello exige que el importador o el fabricante, cuando conoce los verdaderos precios, deben aplicar estos últimos para el cálculo del ICE y no otro. Revisemos, señores jueces, esta parte de la norma: "(...) Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando al margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercializan los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria (...)". (...) De lo transcrito se extrae que la Sala le resta responsabilidad al sujeto pasivo del tributo, desde el inicio se desnaturaliza la técnica tributaria en esta parte de la sentencia. Lo más grave viene cuando señala que los márgenes de comercialización son de terceros desconocidos, cuando es en el contribuyente donde recae la responsabilidad de efectuar la liquidación del impuesto objeto de la presente controversia, conforme lo estipula (sic) la ley. (...) La Cuarta Sala acepta las mal intencionadas alegaciones efectuadas por el actor, que derivan en este lamentable error in iudicando, creyendo que los márgenes de comercialización, para el caso de la determinación del ICE, son los que debe tener el importador, cuando claro está que este impuesto debe calcularse en función del consumo. Es por lo anterior que la actuación del Servicio de Rentas Internas es la correcta, pues se consideraron los precios de venta al público vigentes al momento de la desaduanización de cada importación, con la finalidad de realizar la comparación según lo dispuesto en la normativa aplicable vigente para el período de enero a diciembre del año 2010. (...) Del fallo recurrido se evidencia a todas luces una errónea interpretación de la norma legal contenida en el artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, pues es muy claro observar como el sujeto pasivo PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO dejó de liquidar el ICE conforme la ley lo ordena; y, a pesar de esto, los jueces de instancia aceptan los valores utilizados por aquel como referencia para liquidar y pagar el impuesto. (...)".*

1.2.- En consideración al auto de fecha 15 de mayo de 2015, a las 15h12, la Sala de Conjueces de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del Recurso en referencia, exclusivamente el recurso de la Administración Tributaria, por el cargo formulado por

errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI al amparo de la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación; y ordenó correr traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el Art. 13 de la Ley de Casación. Se indica que el recurso de casación interpuesto por el Sr. Fausto Manuel Gavilanes Freire, en calidad de Gerente General de la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO fue calificado de inadmisible por falta de legitimación para presentar el recurso, en los términos descritos en el Art. 4 de la Ley de Casación, esto es por no tener la calidad de agraviado.

1.3.- El Sr. Fausto Manuel Gavilanes Freire en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO, (fs. 7 a 11 del cuadernillo de Casación) presentó la contestación al recurso de casación, indicando lo siguiente: *"(...) En síntesis, según el casacionista, la correcta interpretación del Art. 76 de la LRTI obligaría al importador a liquidar y pagar el ICE en función del precio que los consumidores desembolsaron al adquirir los productos gravados con el ICE, sin importar si tuvo o no responsabilidad alguna en la fijación de esos precios o si esos márgenes fueron percibidos por el importador o por terceros. (...) A este análisis del Juez Aquo (sic) se debe agregar que de admitirse como válida la interpretación del casacionista sobre el segundo inciso del Art. 76 de la LRTI, no sólo se llegaría al absurdo que PROALCO deba pagar el ICE sobre sus precios fijados y cobrados por terceros independientes, sino a la inaudita conclusión, que PROALCO y sus directivos serían considerados responsables de defraudación tributaria por actos realizados por terceros ajenos a la actividad de importación de licores. (...) Por otro lado, según el Art. 91 del Código Tributario (norma sobre la cual no se interpuso casación), la condición para utilizar, los documentos que existan en favor de terceros, es que éstos guarden relación con la actividad gravada o con el hecho generador. El hecho generador del ICE, en el caso de mi representada, fue la desaduanización de los licores, momento en el cual nace el ICE; la venta realizada por terceros independientes a los consumidores finales no constituye hecho generador del ICE, NO causa el ICE; por lo tanto, el precio en el que los terceros vendieron los licores importados (hecho posterior a la configuración del hecho generador) no puede ser utilizado para determinar la base imponible del ICE que debe pagar mi representada al momento de la desaduanización. (...)".*

1.4.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: *"(...) SÉPTIMO: Como primer punto de la controversia se ha señalado la falta de competencia del Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas para realizar la determinación del Impuesto a los Consumos Especiales en la importación de los bienes sujetos al pago de este tributo; en ese sentido es necesario analizar las normas jurídicas en las que la actora fundamenta su pretensión, y las que a su juicio le conceden la potestad exclusiva al Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador para la determinación del Impuesto a los Consumos Especiales en la importación de bienes gravados con el impuesto. Al respecto señala que a partir de la expedición del Código Orgánico para la Producción, Comercio e Inversiones(En adelante COPCI), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, la facultad para determinar al ICE en bienes importados sujetos a este impuesto, es de única competencia del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en razón de que el artículo 108 de este Código otorga la calidad de tributos al comercio exterior a: los derechos arancelarios, a los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías y a las tasas por servicios aduaneros, por lo que considera que el Impuesto a los Consumos Especiales en lo que se refiere específicamente a las actividades de importación forma parte de los tributos al comercio exterior administrados por el SENAE. Sostiene además que entre el Servicio de Rentas Internas y el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, se suscribió el Acuerdo Interinstitucional n.º 80-2011, que se encuentra publicado en el Registro Oficial 431, de 20 de abril de 2011, en el que ambas instituciones públicas reconocen que desde la publicación del Código Orgánico de la Producción, el Impuesto al Valor Agregado (IVA) pagado en actividades de importación forma parte de los tributos al comercio exterior administrados por el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, razón por la cual, el Director General de la SENAE ha delegado al Director General del SRI para que atienda las devoluciones de este tributo a los exportadores; así como también para que el Servicio de Rentas Internas conozca y resuelva los reclamos administrativos y recursos de revisión que se presentaren en contra de estos actos administrativos. Al respecto, la Sala realiza el siguiente análisis: 7.1.- El Impuesto a los Consumos Especiales, constituye un gravamen creado por la Ley de Régimen Tributario Interno, que*

en su artículo 75 textualmente señala: "Art. 75.- Objeto del impuesto.- Establécese el impuesto a los consumos especiales ICE, el mismo que se aplicará de los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, detallados en el artículo 82 de esta Ley", y con relación al sujeto activo de la obligación tributaria, el artículo 79 ibídem, expresa: "Art. 79.- Sujeto activo.-El sujeto activo de este impuesto es el Estado. Lo administrará a través del Servicio de Rentas Internas". 7.2.- El artículo 108 del COPCI aludido por la actora, clasifica como tributo al comercio exterior, a "los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercaderías", sin embargo esta clasificación no es nueva en el COPCI, toda vez que la derogada Ley Orgánica de Aduanas, contemplaba un sistema de categorización similar de los tributos al comercio exterior, al determinar en su artículo 9 lo siguiente: "Art. 9.- Tributos al Comercio Exterior.- Los tributos al comercio exterior son: a) Los derechos arancelarios establecidos en los respectivos aranceles; b) Los impuestos establecidos en leyes especiales; y, c) Las tasas por servicios aduaneros", es decir que asumiendo el criterio de la actora, desde antes de la expedición del COPCI, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador SENAE (antes Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE) tenía la facultad de determinar el impuesto a los Consumos Especiales e inclusive los demás impuestos como el IVA, generado en la importación de bienes, lo cual no aconteció, a tal punto que en la época de vigencia de la Ley Orgánica de Aduanas, se suscitaron muchas impugnaciones respecto a la competencia para la determinación del IVA causado en actividades de importación, en las que la Sala Especializada de lo Fiscal de la ex Corte Suprema de Justicia, resolvió en el sentido de que la gestión tributaria que incluye la determinación de los impuestos nacionales internos, entre ellos el Impuesto al Valor Agregado que se cause en la importación de bienes, le corresponde al Servicio de Rentas Internas, tesis que fue sentada en los fallos números: 86-2003 de 28 de noviembre del 2003, Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004; 177-2003, Registro Oficial No. 427 de 23 de septiembre del 2004; 170-2003, Registro Oficial No. 406 de 28 de noviembre del 2006; 229-2006 del 22 de junio del 2007, Registro Oficial 349 del 30 de mayo del 2008; y, 36-2007 del 7 de enero del 2008, Registro Oficial No. 422 del 10 de septiembre del 2008. 7.3.- Respecto del Acuerdo Interinstitucional No. 80-2011, publicado en el Registro Oficial No. 431 del 20 de abril del 2011, que la actora refiere en su demanda y que a su criterio constituye un elemento adicional para establecer que el SRI no es competente para determinar el ICE, es necesario indicar que en este Acuerdo, la SENAE delega facultades al SRI exclusivamente para la devolución condicionada del impuesto al valor agregado pagado en las importaciones de mercancías que posteriormente se exportan, cuya competencia sí es exclusiva de la SENAE, de acuerdo a lo que señala el artículo 157 del COPCI, disposición legal que no concede la facultad determinadora al Servicio Nacional de Aduanas de Ecuador. 7.4.- Finalmente sobre este punto, la Sala concluye que la administración del Impuesto a los Consumos Especiales, le corresponde al Servicio de Rentas Internas, en base a lo señalado en el artículo 79 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que también está catalogada como una ley Orgánica, misma que ha sido reformada inclusive con posterioridad a la vigencia del COPCI, reformas que no han excluido al Servicio de Rentas Internas, como administrador de este impuesto.- OCTAVO.- Respecto a la caducidad de la facultad determinado alegada, por haberse suspendido los trabajos de fiscalización por más de 15 días consecutivos, la empresa accionante señala que durante los diez meses que duró el proceso fiscalizador se produjeron las siguientes interrupciones de los trabajos fiscalizatorios, que se citan a continuación: "(a) Entre el 24 de enero del 2013 en que se emitió el Acta RLS-ATRORIE13-0001 hasta el 5 de marzo del 2013, en que se habría emitido el requerimiento de información No. RLS-ATRORIE13-00043 notificado el 12 de marzo de 2013 se produjo una paralización de al menos 26 días hábiles", "(b) Desde el 8 de mayo de 2013 que se emitió el último requerimiento de información al señor Julio Alberto Murillo Campos hasta el 24 de junio de 2013, en que el señor Alcívar Moisés Díaz Torres entregó la información solicitada mediante trámite No. 107012013014247, transcurrieron 30 días hábiles sin actividad fiscalizadora; y c) Entre el 24 de junio del 2013, en que el señor Alcívar Moisés Díaz Torres entregó la información solicitada mediante trámite No. 107012013014247 hasta el 24 de julio de 2013 en que se notificó con el oficio No. RLS-ATRO-LAE13-00003 para la lectura del acta borrador de ICE 2010, se produjeron al menos 22 días hábiles de suspensión de los trabajos fiscalizatorios". En relación a este punto de la controversia, es necesario señalar que dentro del proceso las partes no han aportado información específica relacionada con estos hechos, únicamente figuran los informes periciales requeridos por las partes y documentación general del expediente de auditoría por ICE del año 2010. Siendo necesario

para la Sala, previa a cualquier otra consideración, dilucidar si operó o no la caducidad de tres años, contemplada en el numeral 1 del artículo 94 del Código Tributario; para resolver el controvertido, consigna lo siguiente: 8.1. La caducidad es una institución jurídica que invalida el ejercicio de las potestades y de las acciones previstas en la ley, cuando se las ejerce extemporáneamente, constituyéndose en una suerte de castigo a la inactividad administrativa o procesal de quien la ley le da facultad o el derecho de actuar. En el ámbito tributario, la caducidad opera según el artículo 94 del Código Tributario, cuando la Administración a través de sus órganos competentes, no ejercen en los plazos establecidos la facultad determinadora de las obligaciones tributarias, conforme se infiere de la norma citada, que a la letra dice: "Caducidad.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, 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..." 8.2. En el sub júdice, se aprecia, que la orden de determinación No. 2012090013 fue notificada al contribuyente el día 6 de diciembre del 2012, con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias relacionadas con el Impuesto a los Consumos Especiales del periodo fiscal de enero a diciembre del 2010, fecha de notificación que constituye el punto de partida para establecer si la Orden de Determinación produjo o no el efecto legal de interrumpir y extender el plazo de caducidad previsto en el artículo 95 del Código Tributario, principalmente en las fechas en que la accionante señala la interrupción del proceso de determinación. Ante esta alegación, el Tribunal aprecia de autos, con los documentos descritos por los señores peritos en sus informes, que durante el lapso que indica la actora, no transcurrieron más de quince días, entre uno y otro acto de fiscalización, debiéndose entender, como así lo ha sostenido esta Sala en otros casos, que los oficios cuya denominación es "INFORME DE AVANCE DE DETERMINACIÓN" no constituyen per se actos de fiscalización capaces de mantener la eficacia interruptora de la orden de determinación, sin embargo los señores peritos detallan en sus informes el avance del proceso de fiscalización, con referencia a las hojas de trabajo que elaboró el auditor actuante en las respectivas fechas de ejecución, lo que a juicio de la Sala se demuestra que el proceso no se interrumpió, señalándose además que estas actuaciones por su condición de interorgánicas o internas no son notificables, lo que no significa, que éstas no sean materializables y demostrables en el mundo exterior a efectos de cumplir con el precepto legal que manda a realizar actos de fiscalización idóneos para mantener la interrupción de la caducidad de la facultad determinadora. Por las razones señaladas, la Sala concluye que no ha operado la caducidad alegada.- NOVENO.- En cuanto a las impugnaciones al procedimiento e información utilizados por la Administración Tributaria para establecer la base imponible del ICE, esta Sala realiza el siguiente análisis: El Art. 75 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece el Impuesto a los Consumos Especiales con el objeto de gravar el consumo de los bienes y servicios señalados en el Art. 82 de la Ley de Régimen Tributario Interno; de acuerdo con el Art. 78 de la misma Ley, el hecho generador en el caso de bienes importados constituye la nacionalización; y el Art. 80 designa como sujeto pasivo del mencionado tributo al importador de los bienes gravados. De acuerdo con la doctrina, este impuesto forma parte de los denominados impuestos indirectos al consumo, que tienen como rasgos característicos que su importe pueda sea trasladado al consumidor final, sin causar gravamen a los intermediarios (neutralidad). La controversia en esta parte de la Litis se concreta a la forma de establecer la base imponible del mencionado tributo, para lo cual es necesario analizar el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y que para el año 2010; su primer inciso tenía el siguiente tenor: "La base imponible de los productos sujetos al ICE, de producción nacional o bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE, o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valorem que se establecen en esta Ley. Al 31 de diciembre de cada año o cada vez que se introduzca una modificación al precio, los fabricantes o importadores notificarán al Servicio de Rentas Internas la nueva base imponible y los precios de venta al público sugeridos para los productos elaborados o importados por ellos". De la revisión del primer inciso, se constata que la Ley preveía dos mecanismos para establecer la base imponible: a) el precio de venta al público sugerido por el fabricante o el importador menos el IVA o el ICE; y, b) Los precios referenciales fijados anualmente por el Director General del Servicio de Rentas Internas. El segundo inciso de la norma citada señalaba: "La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al

precio ex–fábrica o ex–aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria". El Art. 13 del Código Tributario señala: "Art. 13.- Interpretación de la ley.- Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica. Las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente. Cuando una misma ley tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación. En el año 2010 la autoridad tributaria no fijó los precios referenciales para los productos importados, por lo que el mecanismo aplicable para ese ejercicio económico, fue el precio de venta sugerido por el importador o fabricante, que se encontraba desarrollado en el primer inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que se limitaba a imponer al importador o fabricante la obligación de "sugerir" un precio de venta al público, término que al no estar expresamente definido en la Ley, debe ser considerado conforme al uso común, es decir, debe considerarse como un "consejo o una sugerencia" que hace el importador para que se venda el producto al consumidor final. Dado la característica de una simple recomendación que debe hacer el sujeto pasivo del ICE con el objeto de establecer la base imponible del ICE, es que el segundo inciso de la norma citada establece una única limitación al señalar que base imponible mínima corresponderá al "precio ex fábrica o ex aduana incrementado en un 25 % de margen presuntivo de comercialización", lo que ha sido reconocido en el acta de determinación como la que efectivamente pagó la empresa actora al efectuar la desaduanización de los bienes gravados. DÉCIMO.- Obra del proceso el Registro Oficial No. 456 de 25 de mayo de 2011 que contiene el oficio No. 917012011OCON000248 suscrito por el Director General del SRI de fecha 7 de febrero de 2011 en que en contestación a la consulta presentada por la Asociación de Importadores de Licores del Ecuador de fecha 14 de enero de 2010 señala: "…únicamente le corresponde al sujeto pasivo del ICE, dentro de su esfera privada, establecer el precio de venta al público que va a sugerir para determinar la base imponible del ICE en la importación de bebidas alcohólicas, tomando siempre como referencia que este precio de venta al público sugerido, jamás va a ser inferior al resultado de incrementar al precio ex aduana, el margen de comercialización, el cual nunca será menor al 25%. Similar criterio ha señalado el Director del SRI en el oficio No. 917012008OCON001223 que al responder una consulta de la empresa GASESPOL INDUSTRIAL CEM., en que señala: "para la determinación de la base imponible se deberá tomar en cuenta, tanto el precio ex fábrica, como el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE, considerando que precio de venta al público sugerido, no deberá ser inferior al precio ex fábrica o ex aduana, incrementándolo un 25% del margen mínimo presuntivo de comercialización, caso contrario deberá aplicarse éste, como base imponible. En ese sentido, el mandato legal de sugerir un precio de venta al público, se entiende cumplido, cuando el sujeto pasivo (fabricante o importador) establece una base imponible que al menos sea equivalente al precio ex aduana incrementado en un 25% por márgenes propios de comercialización". En esa parte se deja constancia de la contraposición de los criterios de la Administración, pues el Director General del SRI reconoce que cada sujeto pasivo del ICE le corresponde la potestad de sugerir los precios de venta al público de acuerdo con sus propios criterios; por otro lado, en las páginas 21 y 22 del acta de determinación impugnada, se señala que con la finalidad de validar lo informado por el contribuyente en sus anexos, fue necesario comparar dicha información con la reportada por los terceros, la que por diferir de un informe a otro, fue objeto de una "ponderación" en función de las unidades vendidas por estos terceros en cada mes del año 2010, dando mayor énfasis a la información de los terceros que más vendieron. DÉCIMO PRIMERO.- La obligación tributaria se define en el Art. 15 del Código Tributario como: "el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley". En la especie obran los informes periciales en los que consta que la empresa actora vendió los productos gravados con ICE a terceros independientes (en el año 2010 tuvo 332 clientes, de los cuales Compañía Cervecera Ambev Ecuador fue el principal con el 12,60% del total de las ventas, conforme consta a fojas 4652 y 4659 de los autos),

quienes establecieron el precio de venta de los productos, sin que exista en el proceso constancia que la empresa actora se haya beneficiado de la recaudación que esos terceros obtuvieron al vender al precio por ellos fijado; en ese sentido, esta Sala ratifica que la relación jurídico tributaria por el pago del ICE, se articula entre el Estado y los importadores, sin que las actividades posteriores al hecho generador del ICE y que son propias de terceros independientes (intermediarios) generen obligación alguna. Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional (Resolución 221, Registro Oficial Suplemento 786 de 11 de septiembre del 2012) y la Corte Suprema de Justicia Expediente 167, Registro Oficial 569, 14 de abril del 2009). Este criterio también se ratifica al examinar la parte final del segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone: "La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria", disposición que permite establecer que el alcance de estas disposiciones en referencia al importador; es decir, el segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario se refiere exclusivamente al caso de que el sujeto pasivo del ICE (importador) realice la venta de productos gravados por encima del margen mínimo presuntivo del 25% sobre el valor ex aduana; pues de aplicarse esta norma en el sentido y alcance que consta en el acta de determinación impugnada, esto es que el importador también es responsable por el margen agregado por terceros independientes en la venta realizada a consumidores finales, se llegaría al absurdo de convertir al importador, que no tuvo participación alguna en la fijación de esos precios ni que se ha beneficiado de ellos, no solo en obligado al pago del tributo sino en reo del delito de defraudación tributaria, lo cual riñe con los más elementales principios del derecho. En la especie consta el informe pericial de la perito Marjori Pesántez Palacios que al contestar la pregunta 8 formulada (foja 4841) por el actor pone en evidencia la disparidad de los precios de venta al público utilizados por los intermediarios al vender los productos adquiridos a PROALCO, evidenciando márgenes del 39,73%, 22,60%, 16,93%, 10,21%, 13,69% y 11,19% por sobre el precio en que el adquirieron el producto a PROALCO; adicionalmente consta en el proceso las contestaciones de las empresas Comercial y Comisariato Económico COMYCOMEC, CERVECERA AMBEV ECUADOR S.A. y Distribuidora Romero Reyes S.A. (referencia fojas 4010, 4655, 4688, 4711, 4716, 4768, 4914) cuyos precios se utilizaron para conformar la base imponible a cargo de PROALCO, que ante los requerimientos efectuados por esta Sala, coinciden en señalar que fijaron los precios de venta de los productos en función parámetros internos tales como el tipo de clientes, volumen del pedido, condiciones de pago. Por lo expuesto esta Sala considera que el procedimiento usado en el acta de determinación impugnada de establecer la base imponible del ICE utilizando una ponderación de los precios cobrados por terceros independientes, deviene en improcedente, pues no cabe que se atribuya responsabilidad tributaria a la empresa actora, respecto de actuaciones realizadas por terceros independientes, menos aún en el caso que la propia Ley limitó al importador a que sugiera, recomiende o insinúe un precio de venta a los consumidores finales, sin dotarle ni con parámetros objetivos para tal fin y menos aún con medios coercitivos para lograr que se cumpla tal sugerencia, de allí que la obligación prevista en el segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno debe entenderse que se genera en los casos en que el propio importador vende el producto al consumidor final, situación que no se concreta en el presente caso. Finalmente esta Sala reconoce que para el ejercicio de la facultad determinadora de la Administración es procedente el uso de la información de terceros; sin embargo, dicha información debe guardar relación con la actividad económica que desarrolló el sujeto pasivo auditado, lo cual tampoco ha ocurrido en el presente caso, pues tal como consta en el acto impugnado y en los informes periciales que obran del proceso la información utilizada para verificar la base imponible declarada por el actor corresponde a terceros (detallistas o distribuidores locales) que realizaron una actividad distinta e independiente a la importación de licores. A este respecto, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso No. 149-2012, presentado por el Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia expedida por esta Cuarta Sala el 16 de enero del 2012, dentro del juicio de impugnación No. 0164-2010, incoado por la compañía actora contra el acta de determinación por ICE del año 2007, resolvió rechazar el mencionado recurso de casación, señalando en su parte pertinente lo siguiente: "Esta Sala reconoce que la Administración Tributaria está facultada a utilizar información de terceros para efectos de ejercer su facultad determinadora, sin embargo la norma es clara y expresa en señalar que la información de terceros debe tener relación con la actividad gravada y el hecho generador del sujeto pasivo en este caso del importador, por lo que mal

puede afirmar que las ventas de terceros (distribuidores) hacia otros terceros (consumidores finales) tienen relación alguna con la primera etapa, de comercialización de la compañía PROALCO, pues éstas son posteriores e independientes, una vez transferido el producto desde su importación. De lo expuesto se evidencia una errónea interpretación del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno...". De igual manera, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso No. 503-2012 interpuesto por el Director Regional Litoral Sur en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, que resolvió la impugnación efectuada por la misma empresa actora contra el acta de determinación por ICE del año 2006 ha señalado lo siguiente: "(...) el Servicio de Rentas Internas está facultado dentro de un proceso determinativo a recabar y utilizar la información de terceros, los mismos deben tener relación con la actividad gravada y el hecho generador del sujeto pasivo, por lo que mal se puede afirmar que las ventas de terceros llamados distribuidores, hacia consumidores finales tienen relación alguna con la primera etapa de comercialización, en la que interviene la compañía actora, ya que las mismas son posteriores; cabe señalar que el carácter de monofásico es la característica principal del ICE; es decir que el mismo se causa en la primera etapa y una sola vez (...) el hecho en discusión es que el procedimiento adoptado por la autoridad demandada resulta totalmente discrecional, puesto que sin fundamento normativo se ha requerido información al azar de 6 clientes de PROALCO para solicitarles los precios de venta a consumidores finales: y como se ha dicho es criterio de esta Sala Especializada que, el Servicio de Rentas Internas está facultado dentro de un proceso determinativo directo, a recabar y utilizar información de terceros, pero esa información debe guardar relación con la actividad gravada y con el hecho generador del sujeto pasivo". Por lo que esta Sala Especializada considera que no se configurado el vicio alegado por el recurrente. (...)". (El subrayado es de la Sala).

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente Recurso de Casación, en virtud de las Resoluciones No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a foja 1 del proceso y en atención a lo previsto en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando en autos para resolver, se considera.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Previamente a señalar el cargo imputado, es pertinente indicar que el proponente del Recurso de Casación ha fundamentado su pedido en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentado que ha existido errónea interpretación de normas de derecho, el cual fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia atacada, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL PRIMERA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual se relaciona con la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales (ICE).

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El Recurso de Casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante, por medio de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la aplicación indebida y falta de aplicación de normas de derecho, los cuales fueron determinantes en la parte dispositiva de la sentencia atacada, señaladas en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente: -

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

Art. 76.- Base imponible.- *La base imponible de los productos sujetos al ICE, de producción nacional o bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad valorem que se establecen en esta Ley.*

Al 31 de diciembre de cada año o cada vez que se introduzca una modificación al precio, los fabricantes o importadores notificarán al Servicio de Rentas Internas la nueva base imponible y los precios de venta al público sugeridos para los productos elaborados o importados por ellos.

La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio exfábrica o exaduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria.

Se entenderá como precio exfábrica al aplicado por las empresas productoras de bienes gravados con ICE en la primera etapa de comercialización de los mismos. Este precio se verá reflejado en las facturas de venta de los productores y se entenderán incluidos todos los costos de producción, los gastos de venta, administrativos, financieros y cualquier otro costo o gasto no especificado que constituya parte de los costos y gastos totales, suma a la cual se deberá agregar la utilidad marginada de la empresa.

El precio ex-aduana es aquel que se obtiene de la suma de las tasas arancelarias, fondos y tasas extraordinarias recaudadas por la Corporación Aduanera Ecuatoriana al momento de desaduanizar los productos importados, al valor CIF de los bienes.

El precio de venta al público es el que el consumidor final pague por la adquisición al detal en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con este impuesto. Los precios de venta al público serán sugeridos por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con el impuesto, y de manera obligatoria se deberá colocar en las etiquetas. En el caso de los productos que no posean etiquetas como vehículos, los precios de venta al público sugeridos serán exhibidos en un lugar visible de los sitios de venta de dichos productos.

Para las bebidas alcohólicas de elaboración nacional excepto la cerveza, la base imponible por unidad de expendio y únicamente para el cálculo del ICE, constituirá el "valor unitario referencial", que se determinará multiplicando el valor referencial en dólares de los Estados Unidos de América por litro de alcohol absoluto que corresponda a la categoría del producto, establecido mediante Resolución de carácter general emitida por el Director General del Servicio de Rentas Internas, por el volumen real expresado en litros y multiplicado por el grado alcohólico expresado en la escala Gay Lussac, que conste en el registro sanitario otorgado al producto, dividido para cien.

El valor referencial por categoría de producto se ajustará anual y acumulativamente en función de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor Urbano (IPCU) para el subgrupo de bebidas alcohólicas, a noviembre de cada año, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, INEC. Los nuevos valores serán publicados por el Servicio de Rentas Internas en el mes de diciembre y regirán desde el primero de enero del año siguiente.

El ICE no incluye el impuesto al valor agregado y será pagado respecto de los productos mencionados en el artículo precedente, por el fabricante o importador en una sola etapa.

La base imponible sobre la que se calculará y cobrará el impuesto en el caso de servicios gravados, será el valor con el que se facture, por los servicios prestados al usuario final excluyendo los valores correspondientes al IVA y al ICE. La base imponible sobre la que se calculará y cobrará el impuesto por los servicios de casinos, salas de juego (bingo-mecánicos) y otros juegos de azar, corresponderá al valor de las fichas u otros medios utilizados para las apuestas.

5.2.1.- En consideración a la causal primera alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 1 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: *"1.ª 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;"*. Esta causal tiene como limitante la revalorización de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la Sentencia. Dicha causal, tiene relación con lo que se denomina vicios *in iudicando* por lo que debe demostrar la violación directa de normas sustantivas. Esta demostración, para que se haga efectiva,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

implica delimitar los cargos imputados, con precisión y exactitud, por cualquiera de los tres modos establecidos, ya sea por: a) Aplicación indebida; b) Falta de aplicación; y, c) Errónea interpretación de normas de derecho sustantivas, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, tres cargos que son excluyentes del análisis de un mismo atributo, respecto a la misma norma impugnada. Para Manuel Tama es importante diferenciar entre "ignorancia" y "error", para así determinar con mayor asidero e ilustración y llegar a identificar si el juzgador, actuó por negligencia o desconocimiento de una cosa o situación, enmarcándose en ignorancia; o si en su defecto, ocasionó su actuar una disconformidad de las ideas con la realidad o con la verdad de los hechos, evidenciándose un error, el mismo que puede consistir en los cargos descritos por el recurrente.

5.2.1.1.- Respecto de la alegación efectuada por la recurrente sobre la **"errónea interpretación"** del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Esta Sala Especializada considera pertinente efectuar algunas puntualizaciones sobre el impuesto a los consumos especiales ICE las cuales permitirán determinar si efectivamente existió o no la errónea interpretación que alega el casacionista en su escrito. El impuesto a los consumos especiales es monofásico; es decir, grava a una sola etapa que puede ser al momento de la producción, comercialización, distribución, entre otras; la intención del legislador al crear este impuesto fue de manera esencial para la producción de determinados bienes considerados perjudiciales para la salud o en otros casos, como suntuarios y que en relación con ello, se pretende disminuir su consumo. Para Alberto Baldo citado por Álvaro Mejía Salazar en su obra Diccionario de Derecho Tributario, quien manifiesta: *"El impuesto sobre determinados consumos es un subgrupo del género de la imposición indirecta sobre el gasto o consumo, teniendo como elemento diferenciador de estos, el presupuesto objetivo elegido por el legislador".* Ahora bien, el presupuesto objetivo elegido por el legislador en relación con este impuesto de naturaleza especial, es en relación con los bienes de producción nacional cuando se efectúa la transferencia de dominio de la mercadería ya sea a título oneroso o gratuito y en el caso de las importaciones cuando se desaduanizan los bienes importados y gravados con este impuesto. Una vez establecida la naturaleza, el concepto, alcance y hecho generador de este tributo, es necesario enfocarnos a la materia jurídica puesta en conocimiento de este Tribunal de Casación, el cual es la errónea interpretación de la configuración de la base imponible para el caso de bienes importados y gravados con este impuesto conforme lo señala el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Como primer punto se establece lo que el casacionista indicó: *"(...) la Sala de instancia le resta responsabilidad al sujeto pasivo del tributo, desde el inicio desnaturaliza la técnica tributaria (...). Lo más grave viene cuando señala que los márgenes de comercialización son de terceros desconocidos, cuando es en el contribuyente en donde recae la responsabilidad de efectuar la liquidación del impuesto objeto de la presente controversia (...). Es por lo expuesto que, como consecuencia de la errónea interpretación del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la Cuarta Sala falló a favor del contribuyente, pues atendió para la liquidación del ICE a valores que no constituyen el precio final del bien importado. (...)". Se procede a señalar lo que la Sala A quo estableció en su fallo: "(...) esta Sala ratifica que la relación jurídico tributaria por el pago del ICE, se articula entre el Estado y los importadores, sin que las actividades posteriores al hecho generador del ICE y que son propias de terceros independientes (intermediarios) generen obligación alguna. Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional (Resolución 221, Registro Oficial Suplemento 786 de 11 de septiembre del 2012) y la Corte Suprema de Justicia Expediente 167, Registro Oficial 569, 14 de Abril del 2009). Este criterio también se ratifica al examinar la parte final del segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone: "La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria", disposición que permite establecer que el alcance de estas disposiciones en referencia al importador; es decir, el segundo inciso del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario se refiere exclusivamente al caso de que el sujeto pasivo del ICE (importador) realice la venta de productos gravados por encima del margen mínimo presuntivo del 25% sobre el valor ex aduana; pues de aplicarse esta norma en el sentido y alcance que consta en el acta de determinación impugnada, esto es que el importador también es responsable por el margen agregado por terceros independientes en la venta realizada a consumidores finales, se llegaría al absurdo de convertir al importador, que no tuvo participación alguna en la fijación de esos precios ni que se ha beneficiado de ellos, no solo en obligado al pago del tributo sino en reo del delito de*

defraudación tributaria, lo cual riñe con los más elementales principios del derecho. (...)". En consideración a lo expresado por el casacionista y el fallo de instancia, se inicia el respectivo análisis y se señala que el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece la base imponible del ICE y su debida construcción ya sea para los bienes de producción nacional o bienes importados, situación que debe ser entendida de manera completa, por cuanto en el referido artículo se prevé varias normas con respecto a esto y sobre todo sin olvidar la intención del legislador que se orientó a la disminución del consumo de bienes nocivos para la salud, como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas incluida la cerveza, entre otros, los cuales se encuentran gravados con este tributo; para el caso que nos atañe sobre la configuración de la base imponible para bienes importados, la norma jurídica ha establecido: *"La base imponible (...) de bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valorem que se establecen en esta Ley. (...) La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio ex-fábrica o ex-aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria. (...) El precio de venta al público es el que el consumidor final pague por la adquisición al detal en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con este impuesto. Los precios de venta al público serán sugeridos por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con el impuesto, y de manera obligatoria se deberá colocar en las etiquetas. En el caso de los productos que no posean etiquetas como vehículos, los precios de venta al público sugeridos serán exhibidos en un lugar visible de los sitios de venta de dichos productos. (...)"* (El subrayado es de la Sala). Por lo que se refiere al artículo citado cabe puntualizar que para el año 2010 el Servicio de Rentas Internas, conforme al edicto de instancia, no emitió la lista de precios referenciales y en este orden de cosas, queda de manera clara que la única forma de determinar la base imponible para bienes importados, es por medio de los precios de venta al público que sugiera el importador o fabricante menos el IVA y el ICE, por lo que con esta estructura de base imponible se justifica el alcance del precio de venta al público que va al valor que el consumidor final pague por la adquisición al detalle en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con el impuesto a los consumos especiales los cuales deberán ubicarse de manera obligatoria en las etiquetas de los productos gravados con ICE. El legislador al establecer de esta manera la base imponible para bienes importados fue principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al que el importador fije, porque éste constituye el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos; evidenciándose la intención de disminuir la práctica ilícita de especulación de precios. Luego de efectuar el concerniente análisis se ha evidenciado que la Sala A quo incurrió en el error contentivo en la causal primera, referente a la errónea interpretación de norma de derecho descrita por el casacionista, vicio que afectó en gran manera en la parte dispositiva de la sentencia recurrida y por tanto, se emitió un fallo con una evidente errónea interpretación de la norma ya analizada y descrita en todo este numeral. En definitiva, esta Sala Especializada considera que se ha configurado de manera plena la errónea interpretación de norma de derecho, porque los juzgadores de la Sala A quo dieron un sentido diferente al espíritu de la norma jurídica contemplada en el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, desconociendo la obligación al cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador y por tanto trastocaron el sentido de la norma jurídica, que claramente ha señalado que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumir final efectúe por tal adquisición al detal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes gravados con ICE. Por las consideraciones y exposiciones antes señaladas, sin que tenga

la necesidad de entrar a analizar otro aspecto, se ha constituido el vicio de errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario que fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia, situación que ha configurado plenamente la causal primera de la Ley de Casación.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera, que se ha configurado la causal alegada por el recurrente.

6.2.- Por los fundamentos expuestos, 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,** resuelve:

VII. SENTENCIA

7.1.- CASAR la sentencia dictada el 27 de febrero del 2015, a las 11h42, por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, con sede en Guayaquil, en los términos señalados en el Considerando V de esta Sentencia.

7.2.- DECLARAR la legitimidad y validez jurídica del Acta de Determinación No. 0920130100115 de 4 de septiembre de 2013, emitida por el Director Regional Litoral Sur (S) del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2010.

7.3.- DESÍGNESE para que actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora a la Ab. Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP.

7.4.- Sin costas.

7.5.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL. Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, lunes 26 de octubre del 2015, las 15h38.

VISTOS: (0160-2015) Aclaración de la sentencia emitida por esta Sala el día martes, 22 de septiembre del 2015, a las 10h01, que casó la sentencia de fecha 27 de febrero del 2015, a las 11h42 dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, con sede en Guayaquil y declaró la legitimidad y validez jurídica del Acta de Determinación No. 0920130100115 de 4 de septiembre de 2013, emitida por el Director Regional Litoral Sur (S) del Servicio de Rentas Internas, por concepto del Impuesto a los Consumos Especiales ICE del año 2010. La compañía actora por intermedio de sus abogados patrocinadores dentro del término legal solicita su aclaración. Para resolver se considera: **1.-** El Art. 274 primer inciso del Código Tributario indica: "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 multas, intereses o costas". **2.-** En tal virtud, el derecho de corrección que hace el juez, de oficio o a petición de parte, relativo al texto de una sentencia o resolución judicial, prosperará cuando los términos de un auto o de una sentencia sean oscuros, ambiguos o contradictorios, situación que se enmarca en la aclaración y si se formulase de manera idónea que el juzgador omitió resolver sobre algún punto controvertido, se referirá a la ampliación del fallo. **3.-** La compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA. PROALCO *solicita se aclare el fallo, argumentando lo siguiente: "(...)* ***1.4.*** *Con estos antecedentes, con mi acostumbrado respeto se sirvan* ***aclarar la sentencia recurrida*** *en el sentido que se señalen los preceptos jurídicos en los cuales se sustentan el hecho que de oficio y sin que sea la alegada la violación por parte del casacionista se ha realizado la interpretación de los demás incisos del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario. (...)* **2.4.** *Con los antecedentes expuestos y con mi acostumbrado respeto solicito a la H. Sala* ***se sirva aclarar*** *las razones por las cuales, en la página 9 del fallo notificado el 22 de septiembre de 2015 (que a continuación cito textualmente) se ha señalado que el importador tenía la obligación de conocer los márgenes de comercialización de terceros, si en el fallo de instancia ha quedado probado que PROALCO no vendía a consumidores finales y que los precios de los terceros independientes utilizaron precios de venta al público*

totalmente dispares entre sí, porque en el país no existe fijación de precios y PROALCO no fue dotado de medios coercitivos para que se cumpla tal fin. (…) Apelando al principal objetivo del recurso de casación señalado en el considerando 5.1. de la sentencia notificada el 22 de septiembre de 2015, ***solicito que se sirvan aclarar la misma,*** *señalando si de acuerdo con la correcta interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los precios de venta al público "sugeridos" por el importador deben coincidir exactamente con el precio determinado por el Servicio de Rentas Internas con base a la información reportada por los terceros independientes, o si por el contrario, pueden existir márgenes de tolerancia entre estos dos parámetros. Que se sirvan aclarar la sentencia notificada el 22 de septiembre de 2015 señalando las razones por las cuales la supuesta errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI habría sido determinante en la parte dispositiva del fallo recurrido; cuando esta H. Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia al resolver los recursos de casación Nos. 2012-0503 y 208-2013 en los que también se alegó la errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI, no casó las sentencias recurridas; inclusive en el recurso de casación No. 494-2012 por concepto de ICE año 2006 se señaló que la errónea interpretación del Art. 76 no fue determinante en la parte dispositiva del fallo. Al momento de realizar su aclaración solicito que de forma expresa se sirvan pronunciase (sic) sobre el hecho que si para el año 2006 no se consideró determinante (sic) errónea interpretación del Art. 76, aun cuando la interpretación de esta Sala de Casación respecto a la norma referida era que el importador debía fijar el precio, porque se volvería determinante para el año 2010, en el cual, la norma ya no obligaba a realizar la fijación de precios como fue en el año 2006, sino que únicamente obligaba al importador a "SUGERIR" un precio, como lo realizó PROALCO y que fue evidenciado por el Tribunal Inferior.".* **4.-** Agréguese el escrito presentado en fecha 05 de octubre de 2015 por el Servicio de Rentas por intermedio de su Procuradora Fiscal quien manifiesta: *"(…) Del texto de la disposición aludida se deduce que aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos, por tanto éste pedido procede, cuando el fallo estuviese redactado en términos ininteligibles o de comprensión dudosa. Mientras que la ampliación es procedente cuando no se hubiese resuelto alguno de los puntos materia de la controversia, o exista omisión en la decisión de multas, intereses o costas procesales. En conclusión Señores Magistrados, los argumentos esgrimidos en el escrito del actor en su escrito de solicitud de Aclaración, persigue cambiar el sentido de lo que ustedes han decidido a razón de no estar de acuerdo mas que aclarar un punto de duda o de incomprensión, lo que va inclusive en contra de la inmutabilidad de la sentencia, por lo que resulta improcedente la solicitud de aclaración presentada por la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CÍA. LTDA.".* **5.** En relación al pedido de aclaración efectuado por la parte actora, se manifiesta que la sentencia de fecha 22 de septiembre del 2015, a las 10h01 dictada por esta Sala Especializada, consideró en forma clara y razonada, los argumentos y requerimientos que el actor ha esgrimido en su petitorio como no claros, por lo mismo es menester traer a colación lo que en su momento se manifestó y consta de la sentencia antes aludida y emitida por este Tribunal de Casación. A fs. 31 a 33 del cuadernillo de casación y 17 a 21 de la sentencia se muestra el análisis que en estricto derecho se efectuó, estableciéndose lo siguiente: *"(…) Esta Sala Especializada considera pertinente efectuar algunas puntualizaciones sobre el impuesto a los consumos especiales ICE las cuales permitirán determinar si efectivamente existió o no la errónea interpretación que alega el casacionista en su escrito. El impuesto a los consumos especiales es monofásico; es decir, grava a una sola etapa que puede ser al momento de la producción, comercialización, distribución, entre otras; la intención del legislador al crear este impuesto fue de manera esencial para la producción de determinados bienes considerados perjudiciales para la salud o en otros casos, como suntuarios y que en relación con ello, se pretende disminuir su consumo. (…) Ahora bien, el presupuesto objetivo elegido por el legislador en relación con este impuesto de naturaleza especial, es en relación con los bienes de producción nacional cuando se efectúa la transferencia de dominio de la mercadería ya sea a título oneroso o gratuito y en el caso de las importaciones cuando se desaduanizan los bienes importados y gravados con este impuesto. (…) En consideración a lo expresado por el casacionista y el fallo de instancia, se inicia el respectivo análisis y se señala que el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece la base imponible del ICE y su debida construcción ya sea para los bienes de producción nacional o bienes importados, situación que debe ser entendida de manera completa, por cuanto en el referido artículo se prevé varias normas con respecto a esto y sobre todo sin olvidar la intención del legislador que se orientó a la*

disminución del consumo de bienes nocivos para la salud, como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas incluida la cerveza, entre otros, los cuales se encuentran gravados con este tributo; para el caso que nos atañe sobre la configuración de la base imponible para bienes importados, la norma jurídica ha establecido: "La base imponible (…) de bienes importados, se determinará con base en el precio de venta al público sugerido por el fabricante o importador, menos el IVA y el ICE o con base en los precios referenciales que mediante Resolución establezca anualmente el Director General del Servicio de Rentas Internas. A esta base imponible se aplicarán las tarifas ad-valorem que se establecen en esta Ley. (…) La base imponible obtenida mediante el cálculo del precio de venta al público sugerido por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con ICE, no será inferior al resultado de incrementar al precio ex-fábrica o ex-aduana, según corresponda, un 25% de margen mínimo presuntivo de comercialización. Si se comercializan los productos con márgenes superiores al mínimo presuntivo antes señalado, se deberá aplicar el margen mayor para determinar la base imponible con el ICE. La liquidación y pago del ICE aplicando el margen mínimo presuntivo, cuando de hecho se comercialicen los respectivos productos con márgenes mayores, se considerará un acto de defraudación tributaria. (…) El precio de venta al público es el que el consumidor final pague por la adquisición al detal en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con este impuesto. Los precios de venta al público serán sugeridos por los fabricantes o importadores de los bienes gravados con el impuesto, y de manera obligatoria se deberá colocar en las etiquetas. En el caso de los productos que no posean etiquetas como vehículos, los precios de venta al público sugeridos serán exhibidos en un lugar visible de los sitios de venta de dichos productos. (…)" (El subrayado es de la Sala). ***Por lo que se refiere al artículo citado cabe puntualizar que para el año 2010 el Servicio de Rentas Internas no emitió la lista de precios referenciales y en este orden de cosas, queda de manera clara que la única forma de determinar la base imponible para bienes importados, es por medio de los precios de venta al público que sugiera el importador o fabricante menos el IVA y el ICE, por lo que con esta estructura de base imponible se justifica el alcance del precio de venta al público que va al valor que el consumidor final pague por la adquisición al detalle en el mercado, de cualquiera de los bienes gravados con el impuesto a los consumos especiales los cuales deberán ubicarse de manera obligatoria en las etiquetas de los productos gravados con ICE. El legislador al establecer de esta manera la base imponible para bienes importados fue principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al que el importador fije, porque éste constituye el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos; evidenciándose la intención de disminuir la práctica ilícita de especulación de precios. (...) En definitiva, esta Sala Especializada considera que se ha configurado de manera plena la errónea interpretación de norma de derecho, porque los juzgadores de la Sala A quo dieron un sentido diferente al espíritu de la norma jurídica contemplada en el Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, desconociendo la obligación al cumplimiento de la prestación tributaria, en calidad de sujeto pasivo del impuesto de la cual ostenta el importador y por tanto trastocaron el sentido de la norma jurídica, que claramente ha señalado que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumir final efectúe por tal adquisición al detal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes gravados con ICE. (...)".*** (La negrilla y el subrayado son de la Sala Especializada). **6.** De lo expresado en líneas anteriores se establece que el DIRECTOR ZONAL 8 DEL SRI como casacionista fundamentó su recurso en función de la errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y la aplicación indebida del Art. 75 de la Ley de Régimen Tributario Interno; pero la Sala de Conjueces admitió el recurso exclusivamente por el cargo de errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI. Por ende tanto el casacionista como la Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia propuso y calificó la admisibilidad, respectivamente, por el vicio de errónea interpretación del Art. 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno y no por una parte o fragmento del mismo. Por lo que se concluye que esta Sala Especializada no ha desbordado su actuación, ni tampoco ha atentado con los límites que ostenta el recurso de casación, sino

que en torno a lo propuesto por el recurrente en su petitorio quien alegó íntegramente errónea interpretación de la norma jurídica ya invocada, esta Sala efectuó el análisis de la sentencia de instancia que correspondía en derecho y encontró que efectivamente se produjo el vicio propuesto por el casacionista. **7.** Continuando con el mismo orden de ideas, la compañía actora erige que en la página 9 del fallo notificado el 22 de septiembre de 2015, que cita textualmente, a criterio de aquella se ha establecido que el importador tenía la obligación de conocer los márgenes de comercialización de terceros; cuando en realidad esta Corte de Casación manifestó lo siguiente: *"(...) El legislador al establecer de esta manera la base imponible para bienes importados fue principalmente para evitar que los bienes susceptibles de este impuesto se comercialicen a un valor superior al que el importador fije, porque éste constituye el sujeto pasivo del tributo que conoce los costos directos e indirectos que interactuaron en la importación de los bienes y por ende puede sugerir los precios reales para la comercialización de los mismos; evidenciándose la intención de disminuir la práctica ilícita de especulación de precios. (...)".* De lo anterior se puede comprender que lo esgrimido por el actor y lo realmente expresado por esta Sala, son totalmente diferentes y que a todas luces no requiere mayor esclarecimiento. **8.** El actor al formular su pedido de aclaración del fallo, pretende que esta Sala Especializada se extralimite en sus funciones y refiera un hecho que no fue materia de la casación, como lo es la coincidencia o no de los precios de venta al público "sugeridos" por el importador, con el precio determinado por la Administración Tributaria con base a la información reportada por terceros independientes y lo propio sobre los márgenes de tolerancia entre estos dos parámetros. Por lo cual, se conmina a los abogados de la compañía actora para que su defensa técnica se enmarque en el principio de lealtad procesal, descrito en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. **9.** Finalmente, la compañía PROALCO establece que en los fallos No. 2012-0503 y 2013-0208 dictados por esta Sala Especializada se alegó la errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI y no se casaron las sentencias recurridas; y que en el recurso de casación No. 494-2012 por concepto de ICE año 2006, se estableció que la errónea interpretación del Art. 76 de la LRTI no fue determinante en la parte dispositiva del fallo. Frente a esto se indica que los fallos descritos por el actor contienen el debido análisis en función del petitorio del casacionista para cada uno de ellos y de las correcciones de derecho que cada caso ameritó; por tanto al no ser materia de análisis el indagar sobre la forma de resolución de los recursos invocados por el casacionista, este Tribunal de Casación expresa que el recurso No. 160-2015 claramente ha establecido que la constitución de la base imponible de bienes importados y gravados con ICE, se efectuará con base en el precio de venta al público propuesto por el importador, que será el valor que el consumidor final efectúe por tal adquisición al detal en el mercado, el mismo que deberá portarse en las etiquetas de los bienes gravados con ICE. **10.-** Vale indicar que el principal objetivo de la Casación no consiste en enmendar los agravios que las partes consideran se les ha irrogado, sino en corregir los vicios que, en lo concerniente a la aplicación de normas jurídicas, pudiera contener un fallo, con lo cual se busca conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. **11.-** Teniendo en cuenta y según lo expresado en los números 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del presente auto, se determina que la sentencia emitida el 22 de septiembre del 2015, a las 10h01, es lo suficientemente clara, por tanto se rechaza la solicitud de aclaración. **Notifíquese.-**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL. Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución nro. 721-2015
Juicio nro. 129-2013

Juicio contencioso tributario propuesto por Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo y Representante Legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicación ASETEL, contra del Gobierno Descentralizado Municipal del Cantón Atacames.- Acción objetiva de anulación de Ordenanza Municipal del Cantón Atacames que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil, terrestre de radio, comunicaciones a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y otros, y que fija las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo

SÍNTESIS

El ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, en su calidad de Director Ejecutivo y representante legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones ASETEL formula una demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la Ordenanza Municipal del cantón Atacames publicada en el suplemento del Registro Oficial n.o 593 del 9 de diciembre de 2011, mediante la cual se regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras; y fija las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames y solicita se declare la "anulabilidad total" de la mentada ordenanza. Una vez analizados los fundamentos de hecho y de derecho, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia resuelve aceptar parcialmente la demanda presentada y declara la ilegalidad de las normas que se refieren a las tasa por uso del espectro radioeléctrico y frecuencias o señales que ocupan el espacio aéreo, contenidos en los artículos 18; 19, y; 21 de la Ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, y se desechan las demás pretensiones. Se dispone que el Gobierno Descentralizado Municipal del Cantón Atacames, publique la presente sentencia en todos los medios electrónicos que administra y se abstenga de seguir emitiendo títulos fundamentados en los artículos declarados ilegales en la presente sentencia. Presentado el recurso de ampliación este es negado.

DEMANDA DE ACCIÓN OBJETIVA

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, lunes 19 de octubre del 2015, las 12h34.

VISTOS: COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL Y COMPETENCIA: Las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos y el Dr. José Luis Terán Suárez, Juezas y Juez Nacionales, conocemos de la presente acción objetiva, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de acción de objetiva de anulación en función del

contenido del segundo inciso, numeral 2 del Art. 185, del Código Orgánico de la Función Judicial, para lo cual se constituye y actúa como Tribunal de instancia.

I. ANTECEDENTES

1.- El ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, en su calidad de Director Ejecutivo y representante legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones ASETEL formula una demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la Ordenanza Municipal del cantón Atacames publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 593 del 9 de diciembre de 2011, mediante la cual se regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras; y fija las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames.

1.1.- CONTENIDO DE LA DEMANDA: La demanda de acción objetiva presentada por el Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada manifiesta: **i)** Que el Art. 264 de la Constitución de la República establece cuáles son las competencias exclusivas de los gobiernos municipales y que en ninguna de ellas consta la regulación a la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio-ayuda fija y otras, además de la fijación de tasas con este respecto, ni cobro de las mismas por el uso del espectro radioeléctrico; cuya competencia exclusiva de conformidad con lo establecido en el Art. 261, numeral 10 de la Constitución corresponde al Estado Central, en concordancia con el Art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. Señala que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Atacames sobrepasó el uso de sus atribuciones y competencias exclusivas otorgadas por la Constitución violentando el artículo 226 de la misma. **ii)** Por otra parte afirma que la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal en el segundo inciso del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD) y que desde esa óptica existe un hecho que debe ser analizado en lo atinente a las ondas, ya que es discutible que exista el hecho generador declarado para causar el tributo, pues el uso y ocupación del espacio aéreo no debe ser considerado como sinónimo del desplazamiento atmosférico de las ondas y otras energías difusas en virtud de que el concepto de espacio, al que se estaría refiriendo el COOTAD, coincide con la segunda acepción que de este vocablo contiene el "DRAE" en relación a que el espacio es la parte que ocupa cada objeto sensible. Ni el sonido, ni la luz, ni las ondas ya mencionadas ocupan espacio al menos en un sentido que implique que ese espacio no puede ser usado por nadie o por nada distinto, estorbe, comprometa o limite el uso público para otros fines. **iii)** Indica que la disposición citada del COOTAD no guarda relación con la del Art. 1 de la ordenanza impugnada, en razón de que la tasa que se cree para este efecto, solamente puede utilizar como su hecho generador, el uso y ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, más no para el cobro de la frecuencia o espectro radioeléctrico que sirve para comunicación, en este caso a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fijas y otras, ya que el mencionado pago de uso de frecuencia o espectro radioeléctrico se lo hace como consta en el Art. 4 de la Ley Especial de Telecomunicaciones en concordancia con los Arts. 7, 10 y 11 del Reglamento para la prestación de Servicio Móvil y Avanzado, Art. 12 numeral 13 del Contrato de Concesión otorgado a favor de las operadoras. **iv)** Que la Ordenanza impugnada a pretexto de regular el uso y ocupación del espacio aéreo está regulando y gravando el uso de las frecuencias previamente concesionadas a los sujetos pasivos de esos tributos por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones. **v)** Que a la luz del Art. 314 de la Constitución y de la Ley Especial de Telecomunicaciones el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones es responsabilidad propia del Estado Central, con independencia de que su cumplimiento sea ejecutado por otras personas jurídicas incluso las particulares, por delegación o concesión como es el caso de las operadoras móviles que mantienen celebrados contratos de concesión con el Estado Ecuatoriano para la prestación del servicio móvil avanzado, servicio de larga distancia internacional y concesión de las bandas de frecuencias esenciales. **vi)** Que existe una verdadera confusión respecto del pago que establece el Art. 18 de la Ordenanza impugnada por el uso de frecuencias o señales que constituyen el espectro radioeléctrico que no le corresponden al Gobierno Autónomo Descentralizado de la Municipalidad de Atacames de acuerdo con las normas constitucionales y legales, tampoco

la ocupación o uso del espacio aéreo de esta frecuencia o espectro de acuerdo con lo establecido en el Art. 3 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. **vii)** Que el Art. 19 de la Ordenanza impugnada establece el valor que debe cancelarse por concepto de tasa, situación que a su entender es ilegal, que las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe y que éste es el espíritu que puede colegirse por ejemplo del texto del art. 566 del COOTAD. Indica que el servicio no consiste en el uso del suelo, que no es un servicio como tampoco lo es la propiedad inmobiliaria, que es materia de gravamen por la vía del Impuesto Predial. Que al parecer el supuesto permiso respecto del cual el Gobierno Autónomo Descentralizado de Atacames se auto atribuye la potestad de conceder no para construir las estructuras, sino para permitir su funcionamiento periódicamente vendría a ser el servicio supuestamente gravado con la tasa. **viii)** Señala que la pretensión del Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) demandado es que estos valores tasados en salarios básicos unificados deben satisfacerse cada vez que según dicho GAD caduque este permiso y eso significa que a largo plazo, el contribuyente con el pretexto de este permiso, que no es competencia del GAD municipal, terminará satisfaciendo valores que excederán el valor mismo del activo de su propiedad, lo cual configura un caso práctico comprendido en la doctrina tributaria como tributo confiscatorio, ya que el mismo se reviste del ropaje de tasa, pero su aplicación configura un virtual impuesto a los activos dirigido selectivamente a quienes prestan una actividad determinada y violentando la expresa prohibición que consagra la frase final del Art. 323 de la Constitución de la República que prohíbe toda forma de confiscación. **ix)** Que en el supuesto y no consentido caso de que existiese un servicio prestado por el GAD, éste se limitaría a la entrega de la autorización para la instalación de la infraestructura, servicio por el cual el Municipio no incurre en gastos equivalentes al 20% de una Remuneración Básica Unificada del Trabajador en General, por día, monto que se pretende cobrar a las operadoras, empresas que en virtud de la concesión conferida por el Estado ecuatoriano, prestan un servicio destinado a satisfacer las necesidades de comunicación de la colectividad, en cuyo caso incluso, de existir derecho por parte del GAD para el cobro de dicha tasa, el monto de la misma debería ser inferior al gasto que hubiese incurrido el GAD para la prestación del servicio, por así disponerlo el inciso del Art. 566 del COOTAD. **x)** Indica que la tasa es un tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal, por lo cual partiendo de la naturaleza del espectro radioeléctrico y de su indelegabilidad tributaria por parte del Estado Central, resulta ilegal que el producto de la tasa sea recaudado y retenido por la Municipalidad de Atacames, así como también ilegal cualquier cobro que se pretenda recaudar por concepto de uso del espectro radioeléctrico competencia que no le otorga la Constitución ni la Ley. **xi)** Que el espectro radioeléctrico es de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado Central como lo evidencia el Art. 408 de la Constitución de la República, por lo tanto de ninguna manera podría señalarse la existencia de frecuencias de propiedad privada, como se lo hace en el Art. 19 de la ordenanza en impugnación. **xii)** Que según el Art. 424 de la Constitución de la República, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier ordenamiento jurídico, por lo tanto la ordenanza impugnada carecería de eficacia, al señalar la existencia de frecuencias de propiedad privada, y al ser ineficaz, su contenido no genera obligación alguna. **xiii)** Que de acuerdo a lo previsto en los literales a) y c) del Art. 328 del COOTAD prohíbe expresamente a los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados interferir en la gestión de funciones y competencias que no les corresponden por disposición constitucional o legal y que sean ejercidas por las demás dependencias públicas, en este caso el Estado Central representado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

1.3.- PRETENSIÓN PROCESAL: Las pretensiones del Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo de ASETEL, en el presente acción objetiva son las siguientes: **i)** Que se declare anulabilidad total de la ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras, fijación de las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación. **ii)** La anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos

que tienen que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza.

1.4.- ADMISIÓN A TRÁMITE: Mediante providencia de 22 de abril de 2003 a las 09h20, se admite a trámite a la demanda presentada y se ordena citar mediante deprecatorio al Alcalde y Procurador Síndico, Presidente y Representante legal respectivamente del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames provincia de Esmeraldas.

1.5.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: El señor Fredy Gonzalo Saldarriaga Corral y el Dr. Alejandro Xavier Sánchez Muñoz, Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Atacames contestan la demanda en los siguientes términos: **i)** Que dentro del contenido de la demanda se están impugnando hechos que son de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, por lo que la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL) ya ha formulado una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional con el mismo contenido, por lo que significaría que la empresa ASETEL busca que se juzgue por segunda ocasión (NOBIS IN IDEM) al Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames. **ii)** Que la pretensión de la empresa es que la Sala actúe fuera de la ley, atribuyéndose competencia que no le está permitida para que declare la inconstitucionalidad por anulabilidad de la ordenanza que impugna ASETEL. **iii)** Que probarán que de acuerdo al contenido del Art. 261, numeral 10 de la Constitución, que guarda conformidad con la ordenanza que se impugna, que el Gobierno Municipal no se está arrogando competencia exclusiva que tiene el Gobierno Central, como es el caso de la competencia del espectro radioeléctrico, ya que dentro de la Ordenanza no se está generando un cobro por concepto de concesión de delegación, sino se genera el cobro de una tasa por ocupar el espacio aéreo municipal. **iv)** En cuanto a los argumentos de la empresa ASETEL de que, la Ordenanza viola el Art. 264 de la Constitución en el sentido que dentro de las competencias Municipales no está las de regular, controlar y sancionar la implantación de estaciones radioeléctricas y otras, y que así mismo que el Art. 1 de la ordenanza impugnada no guarda conformidad con el Art. 264 ibídem, los demandados manifiestan que por un lado es falsa la apreciación que realiza la empresa en lo que respecta que sólo es competencia exclusiva de los Municipios las enumeradas en el Art. 264 de la Constitución, sin perjuicio de otras que determine la ley, es decir que se podrá también establecer competencia a favor de los Gobiernos Municipales y en el caso que se analiza el Art. 567 del COOTAD le otorga al Gobierno Municipal de Atacames, la facultad de establecer una tasa por el uso u ocupación del espacio aéreo municipal. Por otro lado en cuanto al Art. 1 de la ordenanza impugnada, indican los demandados que tiene por objeto regular el uso u ocupación de suelo y el espacio aéreo, por la implantación de estructuras de soporte de antenas y otras dentro del Cantón Atacames, competencia que sí está establecida en el Art. 264, numeral 2 de la Constitución y Art. 567 del COOTAD. **v)** El Gobierno del cantón Atacames afirma que la demanda formulada por ASETEL viola el principio constitucional NON BIS IN IDEM, ya que han formulado una demanda de inconstitucionalidad, a la par ante la Corte Constitucional, del análisis de esto se identifican los cuatro elementos del principio antes nombrado: las acciones, las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa, por lo que se puede concluir que no se respeta el derecho al debido proceso, al pretender que se juzgue dos veces a la municipalidad de Atacames por el mismo hecho, esto es la Inconstitucionalidad por "Anualidad" (transcripción literal del término empleado por los demandados) de la vigencia de la Ordenanza que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial N° 593 del 9 de diciembre del 2011. **vi)** Que a partir de la vigencia de la Ordenanza, esto es desde el 9 de diciembre del 2011, el Gobierno Municipal de Atacames ha generado varios actos administrativos tendientes a hacer cumplir dicha ordenanza entre los cuales existen varios juicios coactivos así como procesos judiciales formulados por CONECEL S.A. y OTECEL S.A. en contra del Municipio de Atacames. Manifiestan que el derecho que tenía ASETEL para formular su demanda en contra del Gobierno Municipal de Atacames ha caducado por cuanto desde que fue publicada la Ordenanza en el Registro Oficial, el 9 de diciembre del 2011, así como los actos administrativos que se generaron desde enero del 2012 hasta la fecha que ASETEL presentó la demanda, ya transcurrió más del término perentorio de los veinte días que concede el Art. 229 del Código Tributario para formular este tipo de acciones judiciales, por lo tanto al haber caducado el derecho queda extinguida la pretensión y el derecho que formuló la compañía ASETEL.-

1.5.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA: Los personeros municipales del Gobierno Descentralizado del Cantón Atacames, proponen las siguientes excepciones: **i)** Caducidad de la acción por haberla entablado fuera del término legal. **ii)** Incompetencia de la Corte Nacional de Justicia para pronunciarse sobre la Inconstitucionalidad de la Anulación de la Ordenanza. **iii)** Violación del Art. 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, en vista de que se han formulado dos procesos judiciales por los mismos hechos y contra las mismas personas. **iv)** Improcedencia de la acción en lo relacionado a que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza, en virtud de que la sentencia no puede retroceder en el tiempo y declarar la nulidad de los actos administrativos generados en la época en que la ordenanza se encontraba legalmente vigente y atentar contra la seguridad jurídica de las normas emitidas. **v)** Nulidad procesal en el caso de no ser acogidas las excepciones expresadas. **vi)** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

II.- DE SUSTANCIACIÓN:

2.1.- APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA Y TERCERÍA: Dentro de la sustanciación, como hechos relevantes se encuentran los siguientes: **i)** Mediante auto de 14 de noviembre de 2013, notificado a las partes a sus respectivos casilleros judiciales se abrió la causa a prueba por el término de diez días. En virtud de que en el referido auto existe un evidente lapsus calamis, por cuanto en el mismo no se realizó la calificación de la contestación a la demanda de la entidad demandada. **ii)** El Tribunal constituido por las señoras Juezas y señor Juez, quienes suscriben la presente sentencia, con el propósito de garantizar el derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses de las partes procesales deja sin efecto el auto de 14 de noviembre de 2013 a las 09H50 y todo lo sustanciado posterior a esa actuación judicial, disponiéndose: **a)** Calificar de clara y completa la contestación a la demanda. **b)** Abrirse la causa prueba por el término de diez días. **iii)** Mediante escrito de 19 de marzo de 2015, ASETEL solicitó que se amplíe y aclare el auto de 13 de marzo de 2015, el mismo que en virtud de su interposición no permitió que el auto recurrido se ejecutoríe. El recurso horizontal fue atendido mediante 2 de abril de 2015, a las 12h00, en el que se lo rechazó y se dispuso que el término de prueba empezara a discurrir a partir de la notificación del mismo. **iii)** Mediante escrito de 8 de abril de 2015, la abogada Vanessa Izquierdo en nombre de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones (ARCOTEL) (antes SENATEL), quien había sido considerado hasta ese momento como parte procesal, solicita por un lado, la revocatoria del auto de 13 de marzo de 2015 que atendió la solicitud de aclaración y ampliación presentada por ASETEL, y por otro que sea tomado en cuenta dentro de la causa como tercero interesado. En virtud de la interposición de la solicitud de revocatoria, el auto de apertura del término de prueba no se ejecutorió. Mediante auto de 17 de abril de 2015 a las 10h31, este Tribunal rechazó la solicitud de revocatoria y se les indicó nuevamente a las partes procesales que el término de prueba comenzaría a transcurrir a partir de la notificación esa decisión. En cuanto a la solicitud de ser considerado como tercero interesado, en el referido auto se le otorgó término para ratificar sus actuaciones. En cumplimiento de la orden judicial, mediante escrito de 21 de abril de 2015, los personeros de ARCOTEL presentan la ratificación de las actuaciones de la abogada Vanessa Izquierdo, y mediante auto de 24 de abril de 2014, el Tribunal de Juezas Nacionales y Juez Nacional, se dispuso considerar a ARCOTEL como tercero perjudicado para poder intervenir dentro del proceso judicial. **iv)** Es claro que en la presente causa el término de prueba empezó a discurrir a partir del 20 de abril de 2015 hasta el 4 de mayo de 2015, pero a pesar de ello las partes procesales presentaron varios escritos que fueron considerados como prematuros, y sobre los cuales es necesario referirse a continuación: **a)** Mediante escritos de 27 de marzo de 30 de marzo de 2015, los personeros municipales y ASETEL presentan sendos escritos solicitando las pruebas que consideran necesarias para la defensa de sus intereses. **b)** Ambas solicitudes de pruebas fueron negadas mediante auto de 2 de abril de 2015, por ser consideradas prematuras, el mismo que fue oportunamente notificado en las casillas judiciales señaladas, tal cual se puede apreciar de la razón sentada por el secretario relator en la foja 197 del expediente. **c)** En fecha 17 de abril de 2015, SENATEL, presentó un escrito solicitando la práctica de pruebas a su favor, el cual también fue negado mediante providencia de 20 de abril de 2015 por no encontrarse dentro del período de prueba. **v)** Sin embargo de los hechos suscitados en fechas 30 de abril y 4 de mayo de 2015, tanto

ASETEL cuanto ARCOTEL, presentan escritos de prueba, los cuales fueron sustanciados por encontrarse dentro del correspondiente período de prueba decretado por este Tribunal, que como se indicó líneas arriba empezó a discurrir entre el 20 de abril de 2015 hasta el 4 de mayo de 2015, mientras que la entidad demandada, dentro del término de prueba que fue legalmente aperturado el 17 de abril de 2015, no solicitó que se practique prueba alguna.

2.2.- PRUEBAS SOLICITADAS POR ASETEL: i) Que se reproduzca todo cuanto de autos les fuere favorable, en especial el contenido de su demanda el acto normativo impugnado **ii)** Que se envíe oficio al Municipio del Cantón Atacames a fin de que se remita a la Sala, copias certificadas de: **a)** El expediente administrativo en el que conste todo el procedimiento legislativo de aprobación de la ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 593 del viernes 9 de diciembre del 2011, de conformidad con lo establecido en el Art. 322 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización. En dichas copias certificadas deberán constar todos los informes técnicos establecidos para la creación de tasas constantes en los artículos 566 y siguientes del mencionado Código Orgánico. **b)** Copias certificadas de todos los títulos de crédito que se han emitido con motivo de la expedición de la ordenanza publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 593 del 9 de diciembre del 2011. **iii)** Que se ordene agregar a los autos el oficio No. SENATEL-SG-2014-0071 de 11 de febrero de 2014 suscrito por el Secretario General de Telecomunicaciones así como su anexo consistente en la resolución TEL-601-26-CONATEL-2013 suscrita por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, que consta en 6 fojas útiles desde la 105 hasta la 110 del cuadernillo de sustanciación del presente proceso. **iv)** Que se envíe oficio al Señor Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, a fin de que remita a la Sala copia certificada del Acuerdo Ministerial No. 037-2013 y del cual hay que considerar su Art. 3. **v)** Que se oficie a la Corte Constitucional a fin de que remita copias certificadas de la sentencia No. 008-15-SIN-CC de 31 de marzo de 2015 dentro del caso 0008-13-IN. **vi)** Que se tenga en cuenta el hecho de que el Art. 264 de la Constitución de la República establece claramente cuáles son las competencias exclusivas de los gobiernos municipales y en ninguna de ellas consta la regulación a la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones a celulares, televisión, radio, emisoras, radio ayuda fija y otras, además de la fijación de tasas con este respecto; así como mucho menos la fijación de tasas o cobro alguno por el uso del espectro radioeléctrico, cuya competencia exclusiva, de conformidad con lo establecido en el Art. 261, numeral 10 de la mentada Constitución corresponde al Estado Central en concordancia con el Art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. **vii)** Que se tenga en cuenta el hecho de que la acción contencioso tributaria administrativa de nulidad tiene como objetivo solicitar al órgano jurisdiccional competente, en este caso la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, violatorio de una norma jurídica que se constituye en la Ordenanza Municipal. **viii)** Que se considere la impugnación que formula en contra de la contestación a la demanda por improcedente, impertinente y ajena a la Litis y en especial contra lo manifestado en el literal a) del numeral 1.1 en virtud que, de conformidad con el Art. 429 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es el máximo órgano de Control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia y por otro lado, de conformidad con el numeral 2 del Art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Sala de lo Contencioso Tributario es competente para conocer acciones de impugnación que se propongan en contra de ordenanzas municipales que evidentemente tratan sobre control de legalidad tributaria, en tal virtud el demandado confunde los dos tipos de control. Señala que tampoco es aplicable la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Fiscal, publicada en el Registro Oficial No. 305, del 27 de abril de 1998, porque se refiere a una Constitución que al momento no se encuentra vigente, al momento en que inició el juicio. **ix)** Que en ningún momento se ha confundido términos respecto del cobro de una tarifa con concesión y una tasa por el uso u ocupación del espacio aéreo. **x)** Que la sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC emitida por la Corte Constitucional no es aplicable para el caso por el hecho de que se hace de ella un análisis diminuto e incompleto sin advertir la totalidad de su contenido. **xi)** Que la norma constante en el Art. 229 del Código Tributario es aplicable solamente para acciones de impugnación y no para acciones

de anulabilidad**. k)** Que se tenga en cuenta la impugnación que formula en contra de las pruebas que presente el demandado por improcedentes, mal actuadas y ajenas a la Litis. **2.2.1.-** Las pruebas solicitadas por SENATEL fueron proveídas mediante providencia de 6 de mayo de 2015.

2.3.- PRUEBAS SOLICITADAS POR ARCOTEL: i) Que se reproduzca a su favor todo cuanto de autos le sea favorable. **ii)** que se tenga como prueba de su parte el contenido de la sentencia No. 008-15-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional en contra de la Ordenanza Municipal 593 de 9 de diciembre de 2011 del GAD del Cantón Atacames de la provincia de Esmeraldas. **iii)** Que impugna toda prueba que sea presentada por la parte demandada por impertinente y ajena a la verdad. **2.3.1.-** Las pruebas solicitadas por ARCOTEL fueron proveídas mediante providencia de 6 de mayo de 2015.

2.4.- PRUEBAS SOLICITADAS POR EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN ATACAMES LA PROVINCIA DE ESMERALDAS: Pese haber sido notificado debidamente con los respectivos autos y providencias, conforme consta del cuadernillo, dentro del término de prueba, la parte demandada no ha solicitado oportunamente las pruebas que se considera asistido en la sustanciación del presente proceso ni tampoco ha incorporado dentro del referido término documentación alguna.

2.5.- PRUEBAS SOLICITADAS Y SUSTANCIADAS.- Todas las pruebas solicitadas por las partes procesales, dentro del término probatorio correspondientes fueron dispuestas sean practicadas por este Tribunal.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

Previo a resolver lo que corresponda en Derecho esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones:

3.1.- COMPETENCIA: Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de acción de objetiva de anulación en función del contenido del segundo inciso, numeral 2 del Art. 185, del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2.- TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN: En la tramitación de esta acción objetiva, se ha garantizado los derechos de seguridad jurídica y la tutela efectiva de derechos de las parte procesales, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar, con lo que se resuelve la excepción presentada por la entidad demandada, y transcrita en el ordinal ii) del punto 1.5.1 *ut supra*, esto sin perjuicio del análisis que se realizará más adelante.

3.3.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN.- El actor formula la demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la Ordenanza Municipal publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 593 del 9 de diciembre de 2011, mediante la cual se regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras; y fija las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el Cantón Atacames y solicita se declare la *"anulabilidad total"* de la mentada ordenanza. Por otro lado el accionante también pretende que esta Sala Especializada, mediante la presente acción objetiva declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada.

3.4.- PUNTOS EN LOS QUE SE TRABA LA LITIS.- La litis en el presente proceso se traba de la siguiente manera: **i)** La pretensión de la parte actora es que se declare la anulabilidad total de la Ordenanza Municipal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 593 de 9 de diciembre de 2011 y la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver con la ejecución de la referida ordenanza. **ii)** Las excepciones planteadas por la entidad demanda son las siguientes: **a)** La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de Derecho, en este aspecto es necesario entender que la carga de la prueba sobre los puntos que el actor ha propuesto en su demanda, de conformidad con el artículo 258 del Código Tributario le corresponde a la parte actora. **b)** Incompetencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario para conocer la presente causa, a la cual si bien es cierto esta Sala se ha referido líneas arriba, es pertinente que sea analizada en extenso a lo largo de esta sentencia. **c)** Violación del Art. 76, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República, en vista de que se han formulado dos procesos judiciales por los mismos hechos y contra las mismas personas. **d)** Improcedencia de la acción en lo relacionado a que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza. **e)** Nulidad procesal en el caso de no ser acogidas las excepciones expresadas. **iii)** El

análisis que a continuación se realizará, se fundamenta en el estudio de los silogismos que nacen a partir de las pretensiones y excepciones de las partes procesales, pero no sin antes realizar una conceptualización de lo que implica la acción objetiva dentro del espectro contencioso tributario.

IV. CONCEPTUALIZACIONES

4.1.- El numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, otorga a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, la competencia para conocer: *"Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas."*. **4.1.1.-** Partiendo de esta competencia otorgada por la Ley, es menester indicar que ésta se refiere a las acciones que doctrinariamente y jurisprudencialmente se las conoce como acción objetiva o de anulación cuyo principal propósito es buscar la anulación del acto, que por esencia es infra legal, que se encuentre disconforme a las disposiciones de índole legal. **4.1.2.-** Dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, la acción objetiva tiene como principal propósito el garantizar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, y su esencia es verificar la irradiación únicamente del principio del orden de jerarquía normativa de los actos normativos frente a las leyes, previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República. Esta competencia no constituye una acción de control de constitucionalidad del acto administrativo por cuanto ese ámbito se encuentra dentro del contorno de la acción pública de inconstitucionalidad que le corresponde a la Corte Constitucional dentro de su esfera competencial derivado del artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Así pues queda claro que el espectro de actuación de la acción objetiva se restringe a la revisión de la conformidad del acto normativo impugnado frente al orden jurídico legal ecuatoriano. **4.1.3.-** En el ámbito contencioso administrativo, Roberto Dromi en las páginas 1258 a 1259 de su obra Derecho Administrativo, Editorial Hispania Libros, 2006, señala que la acción de **nulidad** es: *"[…] un medio de defensa del derecho violado y solo persigue la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiera tener el recurrente y de los daños que pudieran habérsele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario a derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo. […] No provoca indemnización o la restauración de un derecho, sino que trata de asegurar la buena y legal administración. El fallo que se pronuncia anula el acto, pero no lo sustituye con otro."*. En cuanto a la finalidad de la acción señala que: *"[…] La acción de nulidad o ilegitimidad tiene por fin hacer declarar la nulidad del acto y con ello conseguir la observancia de las normas jurídicas. El juez juzga solo la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas. Por ello, la acción también se llama de ilegitimidad. No es una acción popular, pues se requiere algo más que un interés simple para el interponerla; el accionante debe titularizar un interés legítimo motivado en: 1) violación de una norma que estatuye competencia de los órganos públicos; 2) violación de una norma que impone al acto de la administración ciertos requisitos de forma; 3) violación de la finalidad establecida por ciertas normas y 4) violación de la ley o de los derechos adquiridos."*. Como veremos más adelante, la conceptualización realizada por Dromi en su obra, se asemeja en esencia a las acciones objetivas en materia tributaria. **4.1.4.-** En este punto, esta Sala cree oportuno realizar una conceptualización relacionada a los requisitos de admisibilidad que deben preverse para una acción objetiva en materia tributaria, así pues se pueden identificar cuatro tipos de requisitos, estos son: objetivos, subjetivos, formales, y materiales, a los cuales los definiremos a continuación: **i) Requisitos objetivos: La Naturaleza del acto impugnado: a)** La impugnación presentada debe ser planteada en contra de actos normativos administrativos de carácter general con rango inferior a la ley. **b)** El acto normativo impugnado debe ser de orden tributario. **c)** El acto normativo debe ser emanado por una autoridad con competencia territorial para emitirlo. **d)** No puede ser planteado en contra de actos preparatorios del acto normativo ni actos posteriores de ejecución. **e)** No puede referirse a cuestiones de control de constitucionalidad del acto normativo, por cuanto ello le corresponde a la Corte Constitucional sino más bien en contra de normas que presuntamente riñan con preceptos de orden legal. **d)** No requiere

del agotamiento de la vía administrativa en virtud del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. **ii) Requisitos subjetivos: La persona recurrente:** Al no constituirse en una acción de orden popular, es decir no cualquier persona puede proponerlo, se debe considerar los siguientes requisitos: **a)** Capacidad legal para presentar una demanda. **b)** Interés directo, lo que para Jean Rivero en su obra Derecho Administrativo (pág. 267) lo define como *"la noción de interés"* que implica que *"la decisión atacada debe tener una incidencia sobre su situación personal, que se encontrará mejorada si esta decisión desaparece". Esta Sala Especializada considera que para que se configure el interés directo es menester que el acto normativo tenga una incidencia directa en las actividades del administrado, así pues dentro de la doctrina jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, en el proceso 141-2010 se reflexionó sobre lo siguiente: "En el presente caso, según menciona el accionante en su demanda, fs. 5 de los autos, el propósito es promover y exigir derechos en defensa de la legalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano y en defensa de la constitución. Este interés no puede ser calificado como directo, pues, el accionante no determina cuál es el "provecho, utilidad, ganancia" o la inclinación del ánimo hacia un objeto" o la "conveniencia o beneficio en el orden moral o material" al que se "encamina derechamente" (www.rae.es) al impugnar la Ordenanza en cuestión. Conforme ha establecido al presentar el escrito por el cual completa su demanda, el Ab. Bustos tiene su domicilio en la ciudad de Quito, no en el cantón Portoviejo. No consta del proceso que el Ab. Bustos hubiese celebrado un contrato de ejecución de obra y de consultoría con el Municipio de ese cantón, ni que sea propietario, accionista, abogado, socio, o de otra forma partícipe de una entidad que tenga un contrato de esta índole. Si se aceptara el argumento del accionante de que su interés directo es el promover los derechos y la legalidad, deberíamos admitir que todas las personas estamos legitimadas para proponer acciones de impugnación como la de la especie, lo cual claramente no fue el propósito del Legislador al limitar la presentación de este tipo de demandas a quienes tengan interés directo o a las entidades que representen determinados intereses económicos. Cuando el Legislador opta por permitir deducir acciones a todas las personas, sin excepciones ni restricciones de ninguna clase, así lo prevé expresamente en las normas. Para citar algunos ejemplos, tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que al referirse a la legitimación activa para deducir acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, en su artículo 9 letra a) claramente señala que podrán ser propuestas "por cualquier persona", como lo hace también en su artículos 68, al referirse a las acciones de repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos, que también podrán ser activadas por cualquier persona; y, 76, que en relación a las acciones de control abstracto de constitucionalidad, igualmente libra la legitimación activa a cualquier persona. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo citada por el accionante en su demanda, no hace sino respaldar esta aseveración, pues al referirse al recurso objetivo o de anulación previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es asimilable conceptualmente a la acción de impugnación contra actos normativos de la especie, también establece que este recurso sólo podrá proponerlo "la persona natural que tuviere interés directo en ellos [...]".* **c)** La naturaleza del interés requerido, lo que implica que si bien el interés directo debe ser personal, podría llevar a entenderse que solo puede ser presentado por una persona natural, más la norma contenida en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial permite que también pueda ser interpuesta por entidades públicas o privadas con interés directo. **iii) Requisitos formales: a)** Jurisdicción competente para conocer la demanda, lo que de conformidad con lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial le corresponde a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. **b)** En cuanto al plazo de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala Especializada considera que legalmente no existe. En esta misma línea doctrina jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso 10-2002 lo ha referido de esa forma, estableciendo de forma inequívoca dentro de su *ratio decidendi* lo siguiente: *"huelga advertir que para la proposición de las acciones objetivas de anulación como la ejercida no es aplicable el término contemplado en el Art. 243 del Código Tributario.".* En cuanto a lo señalado, esta Sala Especializada considera que la referida conclusión es coherente en virtud de que, la existencia de un acto normativo puede tener, frente a los administrados, efectos que no siempre se producirán de forma inmediata sino que inclusive, los efectos de éste, pueden producirse de forma superveniente, en tal sentido, teniendo en cuenta que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que la

seguridad jurídica contempla el reconocimiento de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes al momento de expedir sus actos normativos, se debe entender que el deber ser del ordenamiento normativo infra legal debe comportar una suerte de coherencia con las normas de orden legal (bloque de legalidad), cuyo respeto debe estar subordinado a los principios del Estado Constitucional. Así pues, resulta inconcebible entender que se pueda establecer un término perentorio para interponer una acción objetiva contra un acto normativo, y por lo tanto el término para la interposición de la acción objetiva esté condicionado a la existencia jurídica del acto normativo impugnado o a los efectos legales que produzca en cada caso, sobre este tema más adelante será abordado a detalle. **iv) Requisitos materiales:** Los efectos que se pueden buscar a través de la interposición de una acción objetiva son los siguientes: **a)** erga omnes, es decir tiene efectos generales y por lo tanto el acto normativo dejaría de tener vigencia absoluta, constituyéndose así la Corte Nacional de Justicia en un tipo de legislador negativo frente a los actos normativos (considerándose pues a los actos normativo como resultado de una actividad legislativa delegada a ciertos órganos). **b)** Se pretende la anulación del acto normativo.

4.1.5.- Ahora bien una vez conceptualizados los requisitos de la acción objetiva, esta Sala Especializada considera también oportuno delinear los requisitos que debería contener un acto normativo para que pueda ser considerado válido. Dentro de la doctrina especializada, Eduardo García De Enterría, en su obra Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis 2008, (págs. 164 a 182), al referirse a los requisitos de validez de los reglamentos, señala, a partir de una teorización de los límites y los límites que acotan el campo de los reglamentos lo siguiente. En referencia a los límites, manifiesta que éstos son sustanciales y formales. En cuanto a los límites sustanciales se refiere a que son los que afectan al contenido mismo de la norma reglamentaria, mientras que los límites formales son relativos al aspecto externo del reglamento. Dentro de los límites formales o externos el autor identifica: **a) La competencia del órgano administrativo** para emanar los reglamentos, **b) La jerarquía normativa** del reglamento ante la Ley e incluso con otros reglamentos; y, **c) El procedimiento** para la elaboración de reglamentos cuya omisión o inobservancia arrastraría la nulidad del reglamento. Mientras que, en lo relativo a los límites sustanciales o internos de los reglamentos, el autor se refiere: **a) El respeto a los principios generales del Derecho en especial la interdicción de la arbitrariedad** dentro de lo cual reflexiona que el reglamento debe encontrarse acorde a la norma constitucional en todo su contenido material, comenzando por los derechos fundamentales y continuando con los principios constitucionales, así mismo como que el reglamento debe encontrarse sometimiento al Derecho; **b)** La necesidad de **motivar** los reglamentos los cuales si bien es cierto no debería guardar la misma intensidad de los actos administrativos no se la descarta como un requisito; **c)** El **límite de la materia reglamentaria,** en donde se establece que los reglamentos que exceden el ámbito interno de las organizaciones administrativas son instrumentos de ejecución de la Ley, y no constituye una norma autónoma, independiente que pretenda no solo prevalecer frente a la Ley, sino inclusive sustituirla o suplirla; y **d) La irretroactividad** de los reglamentos. **4.1.6.-** En cuanto a los requisitos de los actos administrativos la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en varias sentencias, entre ellas los números 505-2010, 430-2009; 380-2010, ha sostenido que los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, son: **a)** requisitos subjetivos en relación a la competencia del titular, **b)** requisitos objetivos en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin y, **c)** requisitos formales respecto al procedimiento y forma. **4.1.7.-** Si bien es cierto la referencia a la línea jurisprudencial de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, no guarda relación con la naturaleza de los actos normativos, pero ella sirve como referencia para establecer un estudio del presente caso, pues tanto los actos administrativos como los normativos son fruto de la gestión pública sujetas a procedimientos y normas materiales, así pues esta Sala Especializada tomando en cuenta todo lo hasta aquí señalado considera que los requisitos de los actos normativos pueden ser conceptualizados de la siguiente manera: Requisitos subjetivos, requisitos objetivos y requisitos formales, a los cuales definiremos a continuación: **i) Requisito subjetivo: a) Competencia:** Para que un acto normativo sea conforme a Derecho debe ser emitido por una autoridad competente. La incompetencia del acto normativo puede producirse debido **a)** El autor del acto normativo no tenía la calidad de autoridad competente para emitir un acto de efectos generales, conforme a la Ley; **b)** Usurpación de la competencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

exclusiva del legislador; **c)** Usurpación de otra autoridad administrativa; **d)** Apartamiento de los límites de la competencia de la autoridad que emana el acto normativo. **ii) Requisitos objetivos: a) Contenido.** Debe guardar armonía con la Ley anterior; **b) Objeto.** El acto normativo debe tener un propósito específico posible que implica que es la concreción de la norma anterior, sin descartar la posibilidad de que el acto normativo sea de características autónomas y su objetivo sea su existencia *per se*. En el caso de creación de tributos como las tasas es claro que la misma deberá ser consecuente con la reserva de ley prevista en el artículo 4 del Código Tributario y el presupuesto establecido en el artículo 16 ibídem; **c) Motivo.** Debe tener razones objetivas que sustentan su expedición, las cuales deben ser estrictamente legales; **d) Causa.** El acto normativo debe estar destinado a cumplir el orden normativo superior ya se trate de actos reglamentarios, normativos o autónomos; **e) Fin.** El acto normativo debe perseguir un fin público. **iii) Requisitos formales: a) El procedimiento.** El acto normativo no pude ser producido a voluntad de la administración sin observar el procedimiento establecido para la expedición del mismo. **b) Forma.** Debe ser expresa y escrita y publicada en el Registro Oficial en los casos que así la Ley lo exija. **c) Motivación.** El artículo 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, 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 o incluso en un acto normativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.

4.2.- ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN OBJETIVA.- Conforme al esquema planteado en el punto 4.1.4 *ut supra,* en el presente caso se puede verificar lo siguiente: **i)** En cuanto a los **requisitos objetivos: a)** Conforme a la demanda, a los argumentos planteados a lo largo del proceso y a lo solicitado que sea tomado en cuenta en el escrito de prueba presentado por ASETEL, la presente acción ha sido planteada en contra de la Ordenanza Municipal emitida por el Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Atacames, que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestres de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio-ayuda fija y otras, fijación de las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames. La excepción planteada por la parte demandada de negativa pura y simple hace que la carga de la prueba de este hecho le corresponda a la parte actora, la cual en su escrito de solicitud de pruebas ha solicitado que se reproduzca el acto normativo impugnado, el cual esta Sala Especializada considera que al haber sido publicado en el Registro Oficial 593 de 9 de diciembre de 2011, de conformidad con el principio de la verdad procesal dispuesto en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función constituye un hecho público y notorio, y por tal, una vez examinado el contenido del acto normativo impugnado se concluye que éste se encasilla en el tipo acto normativo "ordenanza" contemplado en el numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. La reflexión realizada en este punto no implica que se entienda que cumpla con el requisito de ser de carácter tributario, el cual será analizado en el ordinal que sigue. **b)** De acuerdo a la demanda planteada, a los argumentos planteados a lo largo del proceso por ASETEL y del contenido del artículo 19 del acto normativo impugnado, se verifica el siguiente texto: *"Las estructuras metálicas, las frecuencias o señales de campo electromagnético de propiedad privada o pública instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón, pagarán el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión y por cada frecuencia pagará por concepto de espacio aéreo el mismo equivalente. Antenas y frecuencias, para radio ayuda fija y radioaficionados, éstas pagarán el 7% del RBU diario por el mismo concepto detallado anteriormente. Antenas y frecuencias, para radio emisoras, éstas pagarán el 5% del RBU diario por el mismo concepto. Cables: El tendido de cables que pertenezcan a las empresas públicas y privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de $ 0.02 centavos de dólar americanos diario por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de espacio aéreo, suelo y subsuelo. Postes: Las empresas privadas o públicas pagarán una tasa fija y permanente de $ 0.25 centavos de dólar americanos diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública.".* De la disposición transcrita se evidencia que la Ordenanza dispone la creación de una "tasa", así pues es menester señalar que la tasa

constituye una especie de tributo tal como lo define el artículo 1 del Código Tributario que en su texto literal señala: *"Los preceptos de este Código regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos. Para estos efectos, entiéndese por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora."* En el Manual de Lecciones de Derecho Financiero y Tributario de Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, pág. 277, se define a la tasa como : *"[...] tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades de Derecho Público, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario cuando tales servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados […] o no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.". Sobre este tema Horacio García Belsunce en su obra Tratado de Tributación Tomo I, pág. 586, señala: "[…] resulta claro, en principio, que la tasa es un tributo y como tal tendrá que satisfacer los requisitos propios o generales de todos los tributos – prestación pecuniaria, coactiva, exigida por el Estado en virtud de una ley dictada en ejercicio de su poder tributario normativo- y que además debe respetar el principio de la capacidad contributiva. [...]". Frente a la pretensión del actor, la administración demandada no ha presentado objeción alguna más bien señala expresamente en su contestación a la demanda que: "[...] Falsa es la apreciación que realiza ASETEL, en lo que respecta, que solo son competencia exclusiva de los Municipios, las enumeradas en el Art. 264 de la Constitución de la República, cuando la misma norma manifiesta :<Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley… > El término <sin perjuicio de otras que determine la ley>, podrá también establecer competencia a favor de los Gobiernos Municipales, en el caso que se analiza, el Art. 567 de la [sic] COOTAD le otorga al Gobierno Municipal de Atacames, la facultad de establecer una tasa por el uso u ocupación del espacio aéreo municipal."* Partiendo de estas premisas, es claro que no existe controversia entre las partes de que el acto impugnado contiene normas de carácter tributario por cuanto se refiere, al menos textualmente, a una tasa que, como se indicó líneas arriba constituye un tipo de tributo, y por lo tanto obviamente la conclusión a la que esta Sala Especializada arriba es que el acto normativo impugnado es de orden tributario. **c)** En cuanto a la competencia del órgano que emanó el acto normativo en *prima facie* podríamos decir que la Municipalidad de Atacames es competente para emitir actos normativos tributarios en virtud de lo que dispone el artículo 567 del COOTAD. Sin embargo de lo señalado, esta Sala Especializada debe señalar que en cuanto al análisis de la competencia de la parte demandada para crear las tasas materia de la presente controversia, la Corte Constitucional mediante sentencia 008-15-SIN-CC publicada en el Registro Oficial Suplemento 575 de 28 de agosto de 2015, realizó el análisis sobre la constitucionalidad del acto normativo en lo relativo a la supuesta falta de competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado de Atacames, en donde realizó el siguiente análisis: *"Al respecto, es necesario establecer que el artículo 261 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: <El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.> De lo que se colige que el Estado central, representado por el Ejecutivo, posee competencia exclusiva, entre otras cuestiones, sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; de ahí la necesidad de crear organismos que ejerzan la actividad controladora y reguladora, que por delegación de la misma administración, establecida como poder constituido, despliegue los designios determinados en el texto constitucional, en el caso concreto, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, instituciones que se encuentran reguladas además por la Ley Especial de Telecomunicaciones. En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante sentencia n.º 006-09-SIC-CC5, ha establecido que: (...) el espectro radioeléctrico no sólo debe ser considerado como un recurso natural (Art. 408), sino también como un sector estratégico (Art. 313 inciso tercero). Y ello resulta apenas lógico si consideramos su decisiva influencia económica, social, política y ambiental. Por otro lado,* ***la misma disposición constitucional (Artículo 313 inciso tercero), consagra a las telecomunicaciones, medio a través del cual se utiliza el espectro frecuencial radioeléctrico, como otro de los sectores estratégicos que deben ser administrados,***

regulados y controlados por el Estado. *Es decir, tanto el recurso natural que persiste sin la necesidad de la intervención humana,* ***el espectro radioeléctrico, como el uso del mismo, las telecomunicaciones, forman parte del sector estratégico estatal, y como consecuencia de ello,*** *forman parte de las competencias exclusivas del Estado central. (...) Por consiguiente, debe quedar en claro que el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones resulta ser el medio a partir del cual se utiliza el recurso natural espectro radioeléctrico." (Resaltado no pertenece al texto). De igual forma, en sentencia No. 001-12-SIC-CC del caso No. 0008-10-IC, la Corte Constitucional, para el período transición, ejemplificó el caso referente a la gestión del espectro radioeléctrico de la siguiente manera: Por ejemplo, al hablar del espectro radioeléctrico, corresponderían al Estado Central las competencias exclusivas sobre el mismo, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 10 del artículo 261 de la misma Carta Magna; por lo que solo dicho Estado -entiéndase a través de los organismos pertinentes de regulación y control creados legalmente para el efecto- autorizaría el uso de frecuencias a las empresas públicas que las requieran, y solo delegaría a otras empresas como las mixtas, y excepcionalmente a la iniciativa privada (siguiendo el ejemplo: a través de una concesión) o a la economía popular y solidaria, en los casos señalados en la ley. Por ende, el Estado autoriza en unos casos, o delega en otros. Además, mediante sentencia No. 003-14-SIN-CC, del caso No. 0014-13-IN y acumulados No. 0023-13-IN y 0028-13-IN, la Corte Constitucional señaló que: El desarrollo tecnológico ha determinado que las actividades de los medios de comunicación auditivos y audiovisuales se efectúen mediante el empleo del espectro radioeléctrico del país, que es considerado por la Norma Fundamental como un sector estratégico" ... En este contexto, es evidente que la gestión del espectro radioeléctrico es de competencia y responsabilidad del estado, por lo que los criterios bajo los cuales debe administrarse este recurso deben responder a la mayor satisfacción de los derechos de las personas y al cumplimiento de los objetivos que plantea el régimen de desarrollo establecido en la propia Constitución ... En este sentido, la Constitución de la República establece a favor del Estado, la reserva del derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, considerando textualmente como uno de los sectores estratégicos, a las telecomunicaciones. Hay que señalar respecto del análisis que precede, que la Ley Especial de Telecomunicaciones, en su Título VI, artículo innumerado a continuación del artículo 33, establece: Créase el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) como ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, con domicilio en la ciudad de Quito. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones tendrá la representación del Estado para ejercer, a su nombre, las funciones de administración y regulación de los servicios de telecomunicaciones, y es la Administración de Telecomunicaciones del Ecuador ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones (...). Por lo cual, se evidencia que la administración estatal exclusiva de las telecomunicaciones es desarrollada a través de dicho organismo. Por tal motivo, es necesario establecer adicionalmente que dentro de las competencias del CONATEL, señaladas en el Capítulo VI de la Ley Especial de Telecomunicaciones, se encuentra el aprobar el plan de frecuencias y de uso del espectro radioeléctrico, así como el establecimiento de términos, condiciones y plazos para otorgar las concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias y la autorización de la explotación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones Asimismo, el Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones, en su artículo 1 dispone: "El presente reglamento tiene como finalidad establecer las normas y procedimientos generales aplicables a las funciones de planificación, regulación, gestión y control de la prestación de servicios de telecomunicaciones y la operación, instalación y explotación de toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, datos y sonidos por cualquier medio; y el uso del espectro radioeléctrico", de lo que también se concluye que será la administración central la que, a través del CONATEL, realizará el control y regulación del espectro radioeléctrico. Ahora bien, en este sentido, bajo la concepción clara del control y regulación del espectro radioeléctrico por parte exclusiva del Estado central, hay que determinar que la misma Ley Especial de Telecomunicaciones establece el modo en que operan los títulos habilitantes para concesiones y permisos, disponiendo que: Previa autorización del CONATEL, la Secretaría otorgará, a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el Ecuador que tengan capacidad técnica y financiera, títulos habilitantes que consistirán en concesiones y permisos. Concesiones para: a) Prestación de servicios finales, las cuales comprenden el establecimiento de las redes necesarias para proveer tales servicios; b) Prestación de servicios portadores, las cuales comprenden el establecimiento de las redes necesarias para proveer tales servicios; y, e) La asignación del espectro radioeléctrico.*

Permisos para: a) Prestación de servicios de valor agregado; y, b) Instalación y operación de redes privadas. Respecto de lo cual, se puede observar que será el CONATEL, a través de la entrega de los títulos habilitantes respecto de los servicios de telecomunicación, el organismo público que otorgará, mediante concesión, la asignación de determinado espectro radioeléctrico y también los permisos para la instalación y operación de redes privadas, para que se lleve a cabo la actividad prevista para el uso de dicho espectro, es decir, el CONATEL es el ente público llamado a establecer, en representación del Estado central, las regulaciones por el uso del espectro radioeléctrico en la actividad de las telecomunicaciones. Por tanto, es el Estado central el que tiene competencia para cualquier regulación respecto al espectro radioeléctrico; de esta forma, en el caso sub júdice, la ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 593 del 09 de diciembre de 2011, emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado de Atacames, en su artículo 18 se refiere exclusivamente a una tasa sobre la emisión de frecuencias o señales, por lo cual, con fundamento en el artículo 436 numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numerales 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se declara la inconstitucionalidad de dicho artículo. De la misma forma, en el artículo 19 primer inciso, se declara la inconstitucionalidad de la frase "las frecuencias o señales de campo electromagnético"; y de la frase "por cada frecuencia"; en los incisos segundo y tercero del mismo artículo, se declara la inconstitucionalidad de las frases "y frecuencias". Finalmente, por el análisis realizado y en la misma línea, se declara la inconstitucionalidad del artículo 21, porque establece una tasa exclusiva para las frecuencias". Por lo señalado esta Sala Especializada no analizará el vicio de supuesta falta de competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado para emanar el acto normativo impugnado. **d)** Esta Sala Especializada observa que la impugnación planteada tiene como principal propósito el examen de la legalidad del acto normativo "ordenanza" y no en contra de actos preparatorios del mismo. Ahora bien en cuanto a la pretensión accesoria de que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, será tratada en su momento oportuno. **e)** La principal excepción planteada por la autoridad demanda se fundamenta en extenso, que la demanda planteada impugna *"hechos que son competencia exclusiva de la CORTE CONSTITUCIONAL, a tal punto que la misma empresa ASETEL, ha formulado una demanda de inconstitucionalidad por la misma ordenanza que hoy se impugna ante sus autoridades, juicio que conoce la CORTE CONSTITUCIONAL, con el número de causa No.[sic] 008-13-IN, de la cual anexo en copias certificadas. [...] la empresa ASETEL, pretende que sus autoridades, declaren la inconstitucionalidad para ANULAR la ordenanza que se impugna, y por otro lado, que también la Corte Constitucional juzgue por segunda ocasión (NOBIS IN IDEN) [sic] al Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames [...]"*. Si bien es cierto esta excepción planteada no ha podido ser sustentada por la administración demandada con pruebas, por cuanto no las solicitó dentro del correspondiente período, es menester manifestar que los dichos referidos serán analizados a detalle por esta Sala por cuanto, constituyen un requisito de la admisibilidad de la acción objetiva, para lo cual realiza las siguientes consideraciones: En cuanto al *(NOBIS IN IDEN) [sic]* en *prima facie* es necesario iniciar conceptualizándolo, así pues Guillermo Cabanellas, en la obra *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos.* 4.ª Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 175 lo define como *"un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo"*. Esta Sala considera que la norma Constitucional en su Art. 76, numeral 7, literal i) que dispone: *"Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia..."*, hace prevalecer este principio, por lo tanto, el mismo no hace otra cosa que garantizar que un hecho igual no pueda ser sancionado o castigado más de una vez cuando existen en él identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ahora bien una vez identificado el punto medular es importante señalar que la alegación que hace el demandado sobre la violación de la norma constitucional referida anteriormente no es aceptada por esta Sala, en virtud de que es evidente que el actor si bien es cierto ha formulado dos demandas, una ante esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario y una ante la Corte Constitucional, el objetivo que persigue en cada una de las demandas es totalmente distinto ya que ante esta Sala demanda la **"anulabilidad total"** de la Ordenanza impugnada mientras que ante la Corte Constitucional demanda la **inconstitucionalidad por el fondo** de la Ordenanza. Como se puede observar cada una de las instancias tendrá que resolver en función de sus

competencias y de acuerdo a sus atribuciones legales y constitucionales, es decir la Corte Nacional de Justicia realizará el control de legalidad que tiene por objeto analizar la existencia de normas que debieron haberse cumplido y que otorgan la aprobación a determinadas acciones, actos o circunstancias, en tal virtud el control de la legalidad es, todo lo que se realice dentro del marco de la ley escrita y traiga como consecuencia el respeto por las pautas de vida y coexistencia de una sociedad, mientras que los señores Jueces Constitucionales deberán velar por garantizar la no afectación de los derechos constitucionales ya que el control constitucional tiene como objetivo y naturaleza, tutelar el ordenamiento de derecho superior, o sea la Constitución, de posibles violaciones que cometan las autoridades del Estado, revisando los actos que no se hayan sujetado a las leyes aplicables. Por lo expuesto esta Sala considera que no se ha violado el principio non bis in ídem y a la vez verifica que la presente acción no invade la esfera competencial de la Corte Constitucional, por lo que en tal virtud le corresponderá a esta Sala Especializada el realizar el control de legalidad del acto normativo impugnado. **d)** Finalmente se puede apreciar, que dada la actual dinámica normativa tributaria, no ha sido necesario agotar la vía administrativa para proponer la presente acción**. ii)** En lo referente a los **requisitos subjetivos** esta Sala ha manifestado *ut supra* que, al no constituirse la presente acción como de orden popular, se debe considerar los requisitos subjetivos señalados arriba, y los cuales serán analizados a continuación: **a)** La demanda presentada ha sido planteada por el Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, quien ha justificado su calidad a través de los documentos que han sido incorporados oportunamente en el expediente, lo cual no ha sido contradicho por la entidad demandada. **b)** En cuanto al interés directo de la parte actora, esta Sala Especializada considera que ASETEL es una entidad de derecho privado que conforme los ha justificado con la presentación de sus estatutos, que constan de fojas 8 a 33 del expediente, su objeto es *"[…] promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones, la cooperación entre los miembros de la Asociación, así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados. [...]".* En el caso materia de análisis es claro que el acto normativo impugnado tiene una directa incidencia sobre los derechos de los asociados de ASETEL, por cuanto el giro de su negocio va directamente relacionado a la tasa impuesta mediante la Ordenanza impugnada. **c)** En virtud del análisis realizado en el literal que antecede se ha demostrado que ASETEL guarda un interés directo con la presente acción. **iii)** En lo relacionado a los **requisitos formales**, esta Sala realiza las siguientes consideraciones: **a)** Como ya se ha indicado líneas arriba esta Sala Especializada es competente para conocer la presente acción de conformidad con lo que establece el numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial**. b)** En virtud de que no existe un plazo establecido de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala Especializada verifica que la acción ha sido planteada el 2 de abril de 2013. **iv) Requisitos materiales:** Conforme se puede apreciar del texto de la demanda presentada la pretensión de los efectos que se busca a través de la acción planteada son: **a)** Efecto *erga omnes*. **b)** Se busca que mediante sentencia se declare la nulidad del acto normativo.

V. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA PARTE DEMANDADA

5.1.- Si bien es cierto en el numeral 4.2 *ut supra,* se han abordado algunas de las excepciones planteadas por la entidad demandada, a continuación se analizarán cada una de las excepciones esbozadas en la contestación de la demanda. **5.1.1.-** En lo que respecta a la excepción dilatoria propuesta por el demandado respecto a que se ha producido la caducidad de la acción por haber el actor planteado la demanda fuera de los veinte días previstos en el Art. 229 del Código Tributario contados a partir de la publicación de la Ordenanza impugnada en el Registro Oficial; al respecto esta Sala indica que al haberse identificado que la presente impugnación es una acción propuesta en contra de la Ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras, fijación de las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el Cantón Atacames, es pertinente citar lo que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua manifiesta acerca de la Caducidad: *"Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas".* Guillermo Cabanellas, en su diccionario de Derecho Usual define a la Caducidad como: *"el lapso que produce la pérdida o*

extinción de una cosa o un derecho". En el Derecho administrativo, la caducidad está prevista por una parte como una forma de delimitar el ejercicio de las facultades del Estado (caducidad de las facultades de la administración) o como una penalidad a la inacción del administrado en la prosecución de procedimientos administrativos (archivo de procedimientos cuando la norma administrativa así lo diseña) o en algunos casos al condicionamiento del ejercicio de derechos reconocidos en las normas del ordenamiento público y concretados en sendos actos administrativos (caducidad de permisos de operación). En el ámbito procesal la caducidad se ha desarrollado al amparo del principio procesal de preclusión y en virtud del ejercicio del derecho de acción; fundamentos sobre los cuales se ha concebido que se puede llegar a declarar extinguido el ejercicio de este particular derecho por su no uso; tal es el caso que el sistema procesal se encuentra atado al desarrollo de términos o plazos fatales que los justiciables obligatoriamente deben observar, caso contrario, por el transcurso del tiempo ese derecho caducaría. Efectivamente la caducidad se estima vinculada a la perentoriedad de los plazos o términos por el mero transcurso del tiempo, de esta manera se distingue el derecho de acción, del derecho material subjetivo donde sí se identificaría con la prescripción. Este brevísimo análisis de las figuras en estudio, no pretenden abordar de manera general todas las incidencias que pudieran llegar a generar la caducidad y prescripción en las distintas materias, sin embargo de las premisas indicadas se pueden rescatar ciertos elementos en común, así como sus notables diferencias, pues el devenir de las figuras jurídicas en la aplicación en las distintas ramas del derecho han hecho necesario su estudio. En este punto es pertinente centrar el presente análisis al ámbito procesal civil, pues el contencioso administrativo ecuatoriano, por disposición expresa del Código Tributario (art. 223) se remite supletoriamente a dicho sistema. Hernando Devis Echandía en su obra "Nociones Generales del Derecho Procesal Civil", Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, 2009, página 240, establecía: *"Puede ocurrir caducidad temporal o definitiva de la acción, no solamente antes de su ejercicio (por el vencimiento del término legal para ejercerla, como ya vimos), sino también después, cuando la ley sanciona la inactividad del demandante en el proceso poniéndole fin".* El citado autor dentro del análisis del amplio estudio que realiza de la "acción", como un derecho subjetivo, autónomo, público y abstracto (de acudir a las instancias judiciales a solicitar se le reconozca sus pretensiones) distinguiéndola del derecho material cuya realización es la que se persigue a través del ejercicio del derecho de acción, se inclina a señalar que la caducidad se aplicará a la acción más no al derecho material, pues el ejercicio de la acción puede extinguirse, ya sea de manera natural con la consecución de la sentencia o de manera accidental como la renuncia a la acción (desistimiento, abandono), o por disposición legal, como es el caso de la caducidad, último concepto establecido por la aplicación de los principios del derecho procesal y por el interés público. Juan Carlos Cassagne en su obra "Tratado Procesal de Derecho Administrativo", tomo I, editorial La Ley, Capítulo Cuarto, dentro de su visión crítica al sistema contencioso administrativo, también califica, a la falta de la actividad del administrado dentro del ejercicio de la acción, bajo el concepto de caducidad, afirmando que *"La doctrina procesalista conceptualiza a la perentoriedad de los plazos en el hecho que por el solo transcurso del tiempo, sin haberlo utilizado, produce la caducidad del derecho… Pero consideramos que el problema no se debe enfocar específicamente en la perentoriedad del plazo establecido sino en las consecuencias que de ella se derivan… En efecto, el incumplimiento de los términos procesales, sobre todo en el procedimiento civil y comercial, permite sostener que produce la pérdida del derecho sin que sea necesaria la declaración que ese hecho produce. Ello se debe a que la perentoriedad se encuentra imbuida el principio de preclusión, en cuanto éste impide retornar a las etapas ya pasadas. …"*. Tal cual se diseña en el ámbito procesal civil el sistema acceso a la justicia, que la materia contenciosa tributaria tampoco es ajena a dicho proceso, así se reconoce a los administrados el derecho de acción, de recurrir a los órganos judiciales competentes con el fin de impugnar las decisiones o actuaciones de la administración en su gestión pública, que puedan afectar a sus intereses o derechos, de tal manera que los conceptos desarrollados sobre el derecho de acción son plenamente reconocibles en el ámbito contencioso administrativo. Ahora bien citaremos lo dispuesto en el Art. 229 del Código Tributario que dispone: *"Proposición de las acciones: Oportunidad.- Quienes se creyeren perjudicados por una resolución de única o última instancia administrativa, podrán impugnarla ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, dentro de veinte días contados desde el siguiente al de su notificación, si residieren en el territorio del Estado, o de cuarenta días, si residieren en el*

exterior...". Como se puede colegir de la norma citada al hacer alusión a una resolución de única o última instancia, la misma guarda relación a un acto administrativo, por tal, su impugnación procede dentro de los veinte días contados desde el siguiente al de su notificación; sin embargo aquí nace la disyuntiva de que la norma tributaria únicamente se refiere a los actos administrativos y no dice nada respecto a los actos normativos, como es el caso que estamos analizado, y al no definir expresamente la ley el término que ha de tenerse para impugnar este tipo de actos, esta Sala considera que no se contempla ninguna disposición de caducidad respecto de las acciones objetivas que busquen el control de legalidad de actos normativos, por lo que el actor pudo haberlo hecho en cualquier momento como sucede en el presente caso, ya que al tratarse de un acto normativo de efectos generales a medida que la dinámica de su aplicación genere sus efectos en cada caso particular, los administrados que se sujeten a su ámbito en dicho momento van a sentirse afectados por las referidas disposiciones y por tal no sería lógico limitarlos a un determinado tiempo de caducidad, más aun considerando el criterio que ha expresado la Sala Especializada de lo Fiscal dentro del Recurso de Casación 10-2002, publicado en el Registro Oficial n.° 96 de junio 4 de 2003 de que para la proposición de las acciones objetivas de anulación no es aplicable el término contemplado en el Art. 243 del Código Tributario, obviamente refiriéndose a la norma que estuvo vigente a esa época para el recurso en referencia, en lo que tiene que ver a los veinte días para interponer la acción. Por otro lado también es importante considerar, que podría ocurrir el caso en que una reforma de rango legal modificara una situación concreta y que además esta reforma no contuviera una disposición derogatoria de las normas contrarias a ella; y a consecuencia de todo ello, la norma infra legal se encontrase en franca oposición con el ordenamiento superior ya reformado, frente a lo cual, si se pretendiera sostener un argumento que diga que existe un término perentorio para presentar una acción objetiva, llevaría a que se conculque el derecho a impugnar un acto normativo contrario a la legislación, lo cual no puede ser admisible dentro del concepto de seguridad jurídica en un Estado Constitucional de derechos. Por todo lo expresado, en este punto esta Sala desecha la excepción planteada por el demandado. **5.1.2.-** En cuanto a la excepción de la supuesta incompetencia de la Corte Nacional de Justicia para pronunciarse sobre esta causa, esta Sala Especializada *ut supra* (numerales 3.1, 4.1) ha explicado a detalle las normas jurídicas que establecen su competencia, por lo tanto la referida excepción no es procedente. **5.1.3.-** En lo relativo a la excepción planteada por la supuesta violación del Art. 76, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República, en vista de que se han formulado dos procesos judiciales por los mismos hechos y contra las mismas personas, esta Sala Especializada ha señalado en el punto 4.1.2 *ut supra* la dicotomía que existe entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria para conocer la acción objetiva y la acción de inconstitucional por parte de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, por lo que la excepción planteada deviene en improcedente. **5.1.4.-** En lo relativo a la alegación de la supuesta improcedencia de la acción en lo relacionado a que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza, esta Sala abordará este punto como materia de análisis de fondo de la acción en su momento oportuno. **5.1.5.-** Dentro de las excepciones planteadas por la Administración Municipal, se indica lo siguiente: *"Nulidad procesal en el caso de no ser acogidas las excepciones expresadas".* Frente a lo señalado, esta Sala Especializada considera pertinente señalar que si el demandado pretendía plantear una excepción a la demanda a partir de un vicio de nulidad, éste debió ser expresamente fundamentado indicando cuál o cuáles son los vicios que han afectado al proceso que lleven a la declaratoria de nulidad del proceso, de tal forma que en virtud de que no se ha indicado de forma expresa cuál o cuáles son los vicios del proceso, la excepción no es pertinente. **5.1.6.-** En cuanto a la excepción de negativa pura y simple como ya se indicó líneas arriba hace que la carga de la prueba de este hecho le corresponda a la parte actora, lo cual será analizado más adelante a la luz de las pruebas aportadas.

VI. ANÁLISIS DE FONDO

6.1.- Previo a realizar el análisis de fondo del presente asunto, es menester señalar que una acción objetiva tiene la característica de ser una acción de pleno conocimiento, en el sentido de que la parte actora tiene la obligación de justificar su calidad de tener en el asunto un interés directo, lo cual debe ser probado. En el presente caso, aplicando el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba de la sana crítica, ámbito de la lógica objetiva, a la documentación que consta de los autos del proceso

se esclarecerá si el actor tiene un interés directo en el asunto materia de debate, es decir se verificará si el acto normativo impugnado tiene incidencia directa en las actividades del administrado. En el presente caso, al momento de realizar el examen de los requisitos subjetivos de la acción objetiva, en el punto 4.2 numeral ii) literal b) se manifestó que ASETEL ha justificado su interés directo con la presentación de sus estatutos, que constan de fojas 8 a 33 del expediente, así pues es claro que el acto normativo impugnado tiene una directa incidencia sobre los derechos de los asociados de ASETEL, por cuanto el giro de su negocio va directamente relacionado a la tasa impuesta mediante la Ordenanza impugnada. **6.1.1.-** Partiendo de la premisa señalada, en base al precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba de la sana crítica, esta Sala Especializada llega al siguiente hecho considerado como probado y cierto. **6.1.1.1.- Hecho cierto y probado:** La ordenanza materia de la presente impugnación tiene una incidencia directa sobre los derechos de quienes representa ASETEL la cual tiene como objetivo la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de sus asociados. **6.1.2.-** Ahora bien, en este punto es menester señalar que al ser esencia misma de la acción objetiva el control de legalidad de actos generales, uno de los hechos que deben ser materia de discusión probatoria, es la que el actor del proceso tenga un interés directo, lo cual ya ha sido resuelto en el punto que antecede. **6.1.3**.- Ahora bien, una vez justificada la calidad en la que comparece ASETEL y vez analizadas las excepciones propuestas por la parte demandada, es menester realizar un análisis de las pretensiones de la parte actora y contrastarla con las excepciones que no han sido desechadas hasta este punto, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones: **6.1.4.-** La parte actora en su pretensión procesal solicita: *"... que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras, fijación de las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza."*. Si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, el sentido de la pretensión es la anulación de la Ordenanza, situación que será abordada en el presente fallo en virtud del contenido del Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, analizando la supuesta ilegalidad del acto impugnado. En este mismo orden de ideas también es importante señalar que si bien el actor pretende la anulación total de la ordenanza, sus alegaciones básicamente van encaminadas a discutir tres artículos puntuales, éstos son los arts. 18, 19 y 21 y únicamente en lo relacionado al uso del espectro radioeléctrico de la Ordenanza impugnada, sobre lo cual nos referiremos más adelante. **6.1.5.-** En cuanto a los argumentos de la parte demandada en su contestación a la demanda, sostiene que al emitir la Ordenanza impugnada actuó con la competencia proveniente del artículo 264 de la Constitución, lo cual este Tribunal no analizará en virtud de que como se mencionó ut supra ya fue decidido por la Corte Constitucional. **6.1.6.-** Ahora bien, es importante volver a resaltar que el propósito de la acción objetiva se encamina a realizar el control de legalidad de los actos normativos, de esta forma en el punto 4.1.7. *ut supra* este Tribunal ha establecido los hitos bajo los cuales se debe realizar el control de legalidad de un acto normativo, así pues, conforme se indicó al existir un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a la competencia, no se abordará el referido requisito subjetivo, sino los demás requisitos arriba señalados. En este aspecto a continuación se analizará el requisito objetivo titulado **objeto**, para lo cual se realiza el siguiente análisis: **i)** Como se ha referido líneas arriba el acto normativo debe tener un propósito específico posible que implica que es la concreción de la norma anterior, sin descartar la posibilidad de que el acto normativo sea de características autónomas y su objetivo sea su existencia *per sé*. En el caso de creación de tributos como las tasas es claro que la misma deberá ser consecuente con la reserva de ley prevista en el artículo 4 del Código Orgánico Tributario. **ii)** El artículo 4 del Código Orgánico Tributario dispone lo siguiente: *"Reserva de ley.- Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código."*. Por su parte el artículo 16 del Código Orgánico Tributario dispone: *"Hecho generador.- Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar*

cada tributo." **iii)** Ahora bien para realizar el estudio de los artículos denunciados por la parte actora en su demanda que se refieren al uso del espectro radioeléctrico, a continuación citaremos su contenido para realizar el análisis que corresponde: *"Art. 1.- Esta ordenanza tiene por objeto regular, controlar y sancionar, la implantación de estructuras fijas de soporte de antenas y su infraestructura relacionada para el servicio móvil terrestre de radio, comunicaciones a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y otras, en el territorio del Gobierno Municipal de Cantón Atacames, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación uso del suelo o vía pública, uso del espacio aéreo y reducción del impacto ambiental, sujetos a las determinaciones a las leyes, ordenanzas y demás normativas vigentes.". "Art. 18.- Clasificación.- Las estructuras metálicas que son de propiedad privada concesionarias o públicas u otras, también pagarán por el uso de la emisión de frecuencias o señales por la ocupación de espacio aéreo:* Estructura o antena, frecuencia o señales, cables y postes.". *"Art. 19.- Valorización.- Las estructuras metálicas, las frecuencias o señales de campo electromagnético de propiedad privada o pública instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón, pagarán el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión y por cada frecuencia pagará por concepto de espacio aéreo el mismo equivalente. **Antenas y frecuencias,** para radio ayuda fija y radioaficionados, éstas pagarán el 7% del RBU diario por el mismo concepto detallado anteriormente. **Antenas y frecuencias**, para radio emisoras, éstas pagarán el 5% del RBU diario por el mismo concepto. **Cables:** El tendido de cables que pertenezcan a las empresas públicas y privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de $ 0.02 centavos de dólar americanos diario por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de espacio aéreo, suelo y subsuelo. **Postes:** Las empresas privadas o públicas pagarán una tasa fija y permanente de $ 0.25 centavos de dólar americanos diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública.". "Art. 21.- Señalización o frecuencia.- Toda frecuencia o señalización está conformada de ondas de emisión de Radiación No Ionizada las mismas que se encuentran direccionadas entre las estructuras (antenas, torres, torretas, etc.) ocupando el espacio aéreo, por lo tanto estas frecuencias pagarán una tasa fija y permanente.".* **iv)** En relación al contenido de las normas denunciadas en cuanto al objeto imponible, esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: **a)** Con el propósito de entender el alcance de las normas denunciadas por la parte actora, es menester clarificar el concepto de frecuencia, al que ellas hacen referencia, para lo cual consideramos pertinente citar la obra de Alonso Llanos "Gestión del Espectro Radioeléctrico en Ecuador. Nueva Modalidad para radiodifusión y televisión abierta, (Editores Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Año 2013, págs. 13 y 14) quien sostiene lo siguiente: ***"1.3.1. Frecuencia*** *En 1868 el físico escocés, James Clerk Maxwel, enunció sus famosas leyes sobre el electromagnetismo, con ellas se explica el origen de un tipo particular de ondas, llamadas ondas electromagnéticas, que se caracterizan por una serie de variables como, amplitud, frecuencia y longitud de onda. En el campo de las comunicaciones, convencionalmente, la característica a la que se hace referencia, para precisar una onda electromagnética, y particularmente, que pertenezca al intervalo de las ondas radioeléctricas o espectro radioeléctrico es la "frecuencia", y corresponde al número de oscilaciones completas de una función periódica por unidad de tiempo. En el Sistema Internacional de Unidades, la unidad correspondiente a un ciclo por segundo, es el hertz (Hz)".* (El subrayado es de la Sala). De esta definición entonces podemos colegir que la frecuencia es una medida temporal respecto a las oscilaciones de una onda o espectro radioeléctrico. **b)** En este punto, para conocer el objeto imponible dentro de las normas denunciadas, es esencial entender qué constituye en esencia el concepto de espectro radioeléctrico, para lo cual citaremos nuevamente el libro del autor Alonso Llanos, titulado Gestión del Espectro Radioeléctrico en Ecuador, Nueva Modalidad para radiodifusión y televisión abierta, (Editores Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Año 2013, pág. 12): *"El espectro radioeléctrico u ondas radioeléctricas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz, se propaga por el espacio sin guía artificial" (Unión Internacional de Telecomunicaciones, Reglamento de Radiocomunicaciones, Artículo 1, Términos y definiciones, Sección 1, 1.5 Ondas radioeléctricas u ondas hertzianas., Ginebra, 2001), y se encuentra atribuido a diferentes servicios de radiocomunicaciones. El Espectro Radioeléctrico, concebido inicialmente como una idea matemática, hoy convertido en un medio, con elementos que configuran varias dimensiones, pues, en un sentido, es un recurso natural, limitado, y mesurable, que permite transportar energía, enviar y recibir mensajes de distinta naturaleza, a distancia, a través de un mecanismo de propagación por el espacio sin el concurso de una guía*

artificial. En otro sentido, el espectro radioeléctrico, da consistencia y estructura interna, organiza y cohesiona el quehacer industrial, empresarial, en los sectores de las telecomunicaciones, la radiodifusión sonora y de televisión, los transportes, la investigación y desarrollo, los servicios públicos, presentando relevancia en el ámbito económico, particularmente en el desarrollo de los mercados de provisión y comercialización de servicios, y en la generación de fuentes de trabajo." (El subrayado nos pertenece). El mismo autor en su obra citada, en la página 20 señala que: *"las características del espectro, como pertenencia exclusiva del Estado, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, son el fundamento de su ordenamiento y reglamentación. El régimen jurídico del espectro radioeléctrico, por tanto, está fundamentado en la imposibilidad de pasar o transmitir a otro el dominio del espectro, y los derechos de propiedad que tiene el Estado sobre él, no se extinguen con el transcurso del tiempo, así, los objetivos de intervención del Estado para regular este recurso natural constituyen, su uso eficiente, equitativo y no discriminatorio."*. **c)** Partiendo de lo señalado esta Sala Especializada considera que también es importante determinar si el espectro radioeléctrico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es considerado un bien o un servicio público, para lo cual es necesario observar que la Constitución de la República en su Art. 408 dispone: *"Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. **Estos bienes** sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución..."*. Por su parte el Art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, dispone: "*Art. 2.- ESPECTRO RADIOELÉCTRICO.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye **un bien de dominio público**, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado.".* (El subrayado y resaltado es de la Sala). Como podemos observar de la transcripción de estos artículos claramente queda determinado que el espectro radioeléctrico constituye un bien de dominio público. Sin embargo de ello, dentro del régimen de administración de los bienes de dominio público establece ciertas limitaciones a las instituciones del Estado como por ejemplo en el presente caso, el espectro radioeléctrico, de conformidad con el artículo 261 numeral 10 de la Constitución es competencia exclusiva del Estado central (ver sentencia No. 008-15-SIN-CC de 31 de marzo de 2015 de la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del caso 0008-13-IN) , y a la vez forma parte de los sectores estratégicos, por lo tanto es claro que el ámbito de ejercicio de las atribuciones del Gobierno seccional no abarcan el gravamen del espectro radioeléctrico, puesto que éstas no se encuadran dentro de las disposiciones que establecen las atribuciones constitucionales y legales del Gobierno Municipal. En este mismo orden de ideas, también es importante considerar que el Art. 3 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, disponía: *"Art. 3.- ADMINISTRACIÓN DEL ESPECTRO.- Las facultades de gestión, administración y control del espectro radioeléctrico comprenden, entre otras, las actividades de planificación y coordinación, la atribución del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de autorizaciones para su utilización, la protección y defensa del espectro, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, la identificación, localización y eliminación de interferencias perjudiciales, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro, la detección de infracciones, irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades."*. (El subrayado es de la Sala). Así también, el tercer artículo innumerado literal c) del Capítulo VI, del Consejo Nacional de Telecomunicaciones textualmente indicaba: *"Art. (...) - Compete al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL): c) Aprobar el plan de frecuencias y de uso del espectro radioeléctrico;…"*. En la misma Ley, el artículo innumerado del Título II denominado de la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones señalaba: *"Art. ...- Compete al Secretario Nacional de Telecomunicaciones: c) Ejercer la gestión y administración del espectro radioeléctrico;… e) Elaborar el Plan de Frecuencias y de uso del espectro radioeléctrico y ponerlo a consideración y aprobación del CONATEL;..."*. Así mismo el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente desde su publicación en el Registro Oficial 439 de 18 de febrero de 2015 dispone: *"Uso y Ocupación de*

Bienes de Dominio Público. [...] Los gobiernos autónomos descentralizados no podrán establecer tasas por el uso de espacio aéreo regional, provincial o municipal vinculadas a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico.". Es necesario resaltar que si bien esta última norma es posterior a la emisión de la ordenanza impugnada sirve de insumo para entender el presente análisis. **d)** Ahora bien en este mismo orden de ideas, vale la pena resaltar también que de conformidad con el artículo 264 de la Constitución de la República, se reconoce a los gobiernos municipales (régimen seccional) la competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas tasas, de tal forma que estas facultades derivadas, son un ejemplo claro de fijación, creación, modificación y supresión de las tasas, es decir de adecuación constitucional del poder tributario en la República del Ecuador, entendiendo, claro está, que la facultad otorgada a los gobiernos municipales constituye una delegación para la creación de tasas y es parte del poder tributario derivado. En este punto es importante desentrañar el concepto de tasa, para los cual creemos pertinente citar lo que el abogado Bernardo Lara Berrios en su documento "HACIENDA PÚBLICA Y DERECHO TRIBUTARIO. EL DERECHO TRIBUTARIO: EL TRIBUTO", página 21 al citar al autor BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO quien señala sobre la tasa es la: *"Suma de dinero que paga el beneficiario o usuario por la prestación de un determinado servicio público. Es un ingreso derivado o de derecho público, es una especie de tributo que tiene caracteres específicos propios que lo distinguen del impuesto y de las contribuciones especiales".* En este aspecto podemos señalar también que la tasa es comprendida como aquella prestación exigida unilateralmente por el Estado, en la que se vincula directamente a la actividad estatal con el contribuyente. Dicha obligación es exigible con "ocasión" de la prestación del servicio público divisible o por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público. Respecto a la ocasionalidad la misma radica en que el usuario debe estar en la posibilidad real de que pueda recibir concretamente un servicio sin que necesariamente le reporte un beneficio. Es importante resaltar que en algunas ocasiones la tasa se exige por el uso de un servicio público divisible que beneficia al particular y en otros casos no, por lo que la contraprestación de un servicio no implica una característica esencial de la tasa. Bajo las premisas antepuestas, es preciso establecer que dentro de los requisitos para la emisión del acto normativo analizadas en el numeral 4.1.7 del presente edicto, se encuentra el objeto de dicho acto, comprendido que aquel propósito específico posible que implica la concreción del ordenamiento jurídico, es decir el desarrollo de las normas de rango legal que regulan determinada materia; en la especie de conformidad a los Arts. 23 e innumerados a continuación del Art. 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, Arts. 47 y 58 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Arts. 4 y 36 del Reglamento de Radiocomunicaciones, Arts. 35 y 38 del Reglamento de Derechos de Concesión y Tarifas para Uso de Frecuencias y Arts. 11 y 30 del Reglamento del Servicio Móvil Avanzado, vigentes a la fecha de la emisión de la ordenanza impugnada, la administración del espectro radioeléctrico le corresponde al Gobierno Central, a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones y Secretaria Nacional de Telecomunicaciones en función de los contratos de concesión en los que se debe fijar y regular sus participaciones, tarifas o derechos; por lo tanto no existía disposición que habilite al Municipio del Cantón Atacames, a establecer dentro de la relación jurídico tributaria, concretamente en el hecho imponible, tributos que graven el uso del mentado bien (espectro radioeléctrico), por tal los artículos analizados de dicha ordenanza adolecerían de ausencia de objeto, al no cumplir los mandatos dispuestos en las normas legales antedichas para la regulación del espectro. Por otra parte el Municipio del Cantón Atacames de conformidad al contenido del Art. 55, literal e), Art. 57, literal c), Art. 568 y segundo inciso del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, tiene la amplia facultad de establecer la tasa o contraprestación por servicios de cualquier naturaleza y por el uso u ocupación del espacio público, la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, por tal las regulaciones que hubieran tenido este propósito específico, si cumplirían el objeto previsto en la norma, y por tal, si la ordenanza regula los gravámenes al uso exclusivo de los espacios descritos, como hecho generador, la misma sería conforme a derecho únicamente en estos temas. **e)** En este punto es importante precisar que el texto contenido en el artículo 19 de la Ordenanza impugnada, se refiere a: estructuras metálicas, frecuencias, antenas, cables y postes. En este aspecto este Tribunal considera que hay que entender el alcance de estas disposiciones y cuáles de ellos

abarcan la esfera de regulación del gobierno central y cuáles abarcan la esfera del gobierno municipal. Así pues los tres primeros párrafos están atados al hecho generador al uso del espectro radioeléctrico (emisión de frecuencias o señales, que como se mencionó líneas arriba se encuentra dentro de la administración del gobierno central) mientras que los dos últimos párrafos que se refieren a tasas que tienen como hecho generador la ocupación de espacio aéreo, y la vía pública (por cables y postes que no tienen que ver con el espectro radioeléctrico) cuyo sustento se enmarca en la disposición normativa del artículo 567 del COOTAD. Por lo señalado, esta Sala considera que el establecimiento de las tasas prevista en los dos últimos párrafos del artículo 19 de la ordenanza impugnada (por cables y postes) se encuentran dentro del objeto de regulación contenidas en el Art. 55, literal e), Art. 57, literal c), Art. 568 y segundo inciso del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, previstas para los Municipios. En cuanto al artículo 1 de la Ordenanza impugnada, este Tribunal no encuentra que exista ningún tipo de referencia a que el objetivo de la ordenanza es regular, controlar y sancionar, la implantación de estructuras fijas de soporte de antenas y su infraestructura, sin que se refiera de forma expresa al espectro radioeléctrico que es el principal argumento con el que se sostiene la demanda planteada por ASETEL, por lo tanto al no verificarse su discordancia con las normas de rango superior el argumento relacionado al artículo 1 de la Ordenanza es impertinente. **f)** Ahora bien, después del análisis realizado a lo largo de este numeral, este Tribunal cree conveniente señalar que en cuanto a las disposiciones contenidas en los artículos 18; 19 primero; segundo y tercer párrafo, y; 21 de la Ordenanza impugnada, claramente evidencian una contravención directa al requisito del **objeto** de los actos normativos, por cuanto en estas disposiciones se regulan tasas relacionadas por la emisión de frecuencias y el uso del espectro radioeléctrico. En tal virtud es pertinente declarar que los arts. 18, 19 primer segundo, tercer párrafo y 21 de la Ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, contrarían las disposiciones previstas en los Arts. 23 e innumerados a continuación del Art. 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. **g)** Por otra parte, resolviendo las pretensiones de la parte actora, es importante señalar que el argumento que sostiene en su demanda en cuanto a la supuesta confiscatoriedad del artículo 19 titulado "Valorización" guarda entera relación con normas de carácter constitucional (Art. 323 de la Constitución de la República del Ecuador) y que por lo tanto no entra dentro del estudio de la presente acción objetiva, pero que a pesar de ello en este punto es irrelevante porque el primer párrafo del referido art. 19 ha sido declarado ilegal, además que para probar si un tributo es confiscatorio durante el proceso debió probar tal alegación, cuestión que no ha sucedido en el presente caso. **6.1.7.-** Por todo lo hasta aquí expuesto, y sin que sea necesario analizar los demás requisitos de los actos normativos, este Tribunal considera que se configura el vicio de ilegalidad de las disposiciones de la tasa por concepto del uso del espectro radioeléctrico dispuesta en la ordenanza impugnada, tal cual se ha analizado a detalle en el numeral anterior. **6.1.8.-** Finalmente es menester referirse a la pretensión plasmada por la parte actora en cuanto a la *"anulación de todos los actos generados a partir de promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza [sic]"*. Para resolver este tema, es menester partir indicando que este Tribunal considera que los actos emitidos al amparo de la ordenanza impugnada tienen una esencia autónoma y por lo tanto deben ser impugnados en su debido momento, bajo las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico al amparo de acciones subjetivas allí recogidas, cuyo procedimiento de impugnación son distintas en esencia a la presente acción objetiva de nulidad. Por otro lado también hemos indicado en el punto 4.1.4. Literal d) que la acción objetiva no puede ser planteada en contra de actos posteriores de ejecución, por lo tanto la referida pretensión es considerada impertinente de ser analizada en el presente proceso.

6.- Conclusiones finales.- Por lo todo lo hasta aquí expuesto esta Sala considera que ha lugar a la alegación del actor respecto a la ilegalidad del acto normativo impugnado únicamente en lo relativo a las normas que se refieren a las tasa por uso del espectro radioeléctrico y frecuencias o señales que ocupan el espacio aéreo, contenidos en los artículos 18; 19, y; 21 de la Ordenanza impugnada, y desecha las demás pretensiones del actor.

VI.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

SENTENCIA

Acepta parcialmente la demanda presentada por el señor Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL) y declara la ilegalidad de las normas que se refieren a las tasa por uso del espectro radioeléctrico y frecuencias o señales que ocupan el espacio aéreo, contenidos en los artículos 18; 19, y; 21 de la Ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, y se desechan las demás pretensiones. Se dispone que el Gobierno Descentralizado Municipal del Cantón Atacames, publique la presente sentencia en todos los medios electrónicos que administra y se abstenga de seguir emitiendo títulos fundamentados en los artículos declarados ilegales en la presente sentencia. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. **Notifíquese, publíquese en el Registro Oficial, y cúmplase.**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL. Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

RECURSO HORIZONTAL DE AMPLIACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, lunes 23 de noviembre del 2015, las 12h20.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito y el anexo presentados por la Dra. Vanesa Izquierdo Duncan a nombre de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) que constan a fojas 449 a 457 del expediente. En lo principal, mediante escrito de 22 de octubre de 2015 el Ing. Roberto Aspiazu Estrada dentro del término legal solicitó que se AMPLÍE la sentencia emitida dentro de la presente acción objetiva. Los argumentos bajo los cuales sustenta esta petición son los siguientes: *"Mi pretensión procesal planteada en esta acción claramente menciona: <En base a los fundamentos de hecho y derecho expresados en este libelo y de conformidad en el ya mencionado artículo 185, numeral 2 de las Competencias dela [sic] Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de H. Corte Nacional de Justicia, demando en acción objetiva de anulación a los señores Alcalde y Procurador Síndico del como [sic] Presidente, el primero y representantes legales del Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames, provincia de Esmeraldas, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el suplemento del Registro Oficial n.º 593 del viernes 9 de diciembre de 2011, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula la implantación de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestres de radio comunicaciones, a celulares, televisión, radioemisoras, radio ayuda fija y otras, fijación de las tasas correspondientes a la utilización y ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Atacames, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación, así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver [sic] la ejecución de dicha ilegal ordenanza.*> (lo subrayado es mío). *Tómese en cuenta, señores jueces que la parte subrayada consta claramente que el territorio se refirió a la declaratoria de anulabilidad de todo el acto administrativo tributario impugnado, es decir de todo el articulado que la [sic] compone. Realizo esta precisión que ha sido advertida en varios puntos de las alegaciones y consideraciones expuestas en el fallo, en virtud de que dentro del análisis expuesto en la parte considerativa de la sentencia debió tomarse en cuenta el contenido del segundo inciso del artículo 274 del Código Tributario […] Al respecto cabe considerar que, si bien se ha decidido sobre los puntos en que se trabó la Litis, no es menos cierto que la disposición legal anotada que se refiere al control de legalidad de los actos*

administrativos tributarios, le otorga al Juzgador al momento de expedirlo la sentencia, un amplio espectro de estudio y análisis aun supliendo las omisiones en que ocurran las partes sobre puntos en derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.". Por otro lado señala que la sentencia emitida por esta Sala Especializada se ha referido a la sentencia No. 008-15-SIN-CC de la Corte Constitucional publicada en el Registro Oficial Suplemento 575 de 28 de Agosto de 2015, en la cual se realizó el análisis de constitucionalidad del mismo acto materia de la presente causa, y que ésta ha servido como fuente para la expedición de la sentencia por parte de esta Sala Especializada, así como también el contenido de la sentencia expedida por la Corte Constitucional dentro del proceso 009-13-IN que versa sobre una ordenanza similar expedida en el cantón Chimbo. Que las sentencias de la Corte Constitucional se pronuncian que la competencia para establecer valores por el tendido de cables le corresponde únicamente al Estado Central. Que la sentencia de esta Sala considera pertinente el establecimiento de tasas por el tendido de cables y postes, con excepción con los que comporten hecho generador el uso del espectro radio eléctrico sin considerar que el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones le corresponde al Estado Central. Que en virtud de sus argumentos se amplíe *"la sentencia expedida en esta acción en lo referente a que las sentencias constitucionales consideradas en el fallo, se hace referencia a las telecomunicaciones, como sector estratégico, su regulación y control es de competencia exclusiva del Gobierno Central, en consecuencia todo lo accesorio a éstas también corresponde a dicha competencia exclusiva; en tal virtud, la regulación del espacio aéreo, suelo y subsuelo que se advierte en la ordenanza impugnada, en cuanto será empleado y utilizado para la prestación de servicios de telecomunicaciones, es de competencia exclusiva, repito, del Gobierno Central.".* Para resolver lo pertinente esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** Con providencia de 23 de octubre de 2015 a las 11h22, notificada el mismo día, se ha puesto en conocimiento la solicitud de ampliación presentada, a los señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames, así como al ARCOTEL.- **SEGUNDO.-** Con fecha 27 de octubre de 2015, El Gobierno Autónomo Descentralizado de Atacames a través de sus personeros, señala que la sentencia ha resuelto todas las pretensiones de la parte actora propuestas en su demanda y que por tal no cabe la solicitud de ampliación. Por su parte ARCOTEL, a través de la Dra. Vanesa Izquierdo Duncan señala que además de lo señalado por la parte actora debe tenerse en cuenta el Pronunciamiento del Procurador General del Estado contenido en el Memorando No. 00969 de 27 de abril de 2015.- **TERCERO.-** La aclaración es *"[...] el remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo Juez o Tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas"* (Manual de teoría general de los recursos procesales civiles y penales, aplicada a la legislación ecuatoriana. Jaime Flor Rubianes. Pág. 31. Primera edición. Quito. Ecuador. 2002). Según el mismo tratadista Jaime Flor Rubianes el recurso de ampliación tiene por objeto: "*suplir cualquier omisión en la que se hubiere incurrido en la resolución respecto de la acción o excepciones; suplir las omisiones sobre cuestiones accesorias como intereses y costas, la falta de pronunciamiento sobre la pretensión de reclamar daños y perjuicios, sobre la excepción de prescripción, etc."* (ob. cit. pág. 32). En nuestra legislación tributaria, estos recursos horizontales de ampliación y aclaración se encuentran contemplados en el art. 274 del Código Tributario que señala lo siguiente: *"Art. 274.- Efectos.- 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 multas, intereses o costas. El error de cálculo en que se incurra en la sentencia, podrá ser enmendado en cualquier tiempo, mientras no se hubiere satisfecho la obligación".* De lo anotado se concluye que el recurso horizontal de ampliación procede cuando se han omitido resolver sobre las pretensiones de las partes. **CUARTO**.- Entrando ya al fondo del asunto, el escrito presentado por Ing. Roberto Aspiazu Estrada pretende, al amparo del recurso horizontal de ampliación, que esta Sala Especializada se pronuncie sobre la competencia exclusiva que tiene el Gobierno Central tendría sobre los sectores estratégicos, y específicamente en el ámbito de las telecomunicaciones; de tal forma que la competencia de todo lo accesorio a éste como son: el espacio aéreo, suelo y subsuelo le corresponderían al Gobierno Central. **QUINTO**.- En cuanto a la pretensión de la parte actora, este Tribunal Especializada debe señalar lo siguiente: **i)** Esta Sala ha hecho referencia en su edicto a la sentencia 008-15-SIN-CC de 31 de marzo de 2015 de la Corte Constitucional del

Ecuador, dentro del caso 0008-13-IN. Dentro de esta Sentencia, la Corte Constitucional ha hecho referencia a la sentencia de 30 de abril de 2015 dentro del proceso 009-13-IN. En este aspecto es menester señalar que esta Sala no ha hecho referencia directamente a la sentencia 009-13-IN emitida por la Corte Constitucional, sino que es la sentencia 0008-13-IN la que la menciona. **ii)** Es importante también destacar que la sentencia emitida por esta Sala, si bien hace referencia al contenido de la sentencia 008-15-SIN-CC de 31 de marzo de 2015 de la Corte Constitucional del Ecuador, no hace relación de su incidencia dentro del control de legalidad, sino que es usado como marco referencial para indicar que este Tribunal no puede invadir la esfera competencial de la Corte Constitucional, la cual a través de su pronunciamiento, sobre la inconstitucionalidad de la ordenanza impugnada, ya se había pronunciado respecto a las competencias del Municipio y del Gobierno Central. Así pues en la página 31 de la sentencia, después de transcribir el texto de la sentencia de la Corte Constitucional se indica lo siguiente: *"Por lo señalado esta Sala Especializada no analizará el vicio de supuesta falta de competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado para emanar el acto normativo impugnado". En este mismo sentido en la página 42 de la sentencia emitida por esta Sala, se indica lo siguiente: "6.1.6.- Ahora bien, es importante volver a resaltar que el propósito de la acción objetiva se encamina a realizar el control de legalidad de los actos normativos, de esta forma en el punto 4.1.7. ut supra este Tribunal ha establecido los hitos bajo los cuales se debe realizar el control de legalidad de un acto normativo, así pues, conforme se indicó al existir un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a la competencia, no se abordará el referido requisito subjetivo, sino los demás requisitos arriba señalados. En este aspecto a continuación se analizará el requisito objetivo titulado objeto, para lo cual se realiza el siguiente análisis [...]".* Teniendo en cuenta el texto de la sentencia emitida por esta Sala, es claro que el análisis que se realiza es en lo relacionado a los requisitos objetivos del acto impugnado, en virtud de que el requisito subjetivo de la competencia ya había sido materia de una acción constitucional. Así pues en lo que respecta a esa esfera competencial esta Sala Especializada debe cumplir con su obligación de respetar los derechos de las partes, y por ello no puede pronunciarse a ese respeto. Lo señalado se encuentra claramente indicado en la sentencia emitida por este Tribunal el 19 de octubre de 2015 en las páginas 31 y 42. Por todo lo señalado la ampliación solicitada por la parte actora y apoyada por ARCOTEL, pretenden que esta Sala Especializada se pronuncie sobre algo que podría ocasionar inseguridad jurídica a las partes procesales y que además está fuera de la esfera competencial de este Tribunal. Por otro lado también hay que señalar que dentro de los argumentos planteados por la parte actora se sostiene, por un lado que esta Sala no se ha pronunciado respeto a su pretensión que es la anulabilidad de la totalidad del acto impugnado, y a renglón seguido señala que esta Sala debió aplicar el artículo 274 del Código Tributario para suplir las omisiones de la parte procesal actora. En este aspecto es necesario señalar que el referido argumento, que pretende sostener la parte actora, busca que esta Sala cometa un error de pronunciarse más allá de lo pedido en la demanda, induciendo a que este Tribunal vicie la sentencia de *ultra petita*, lo cual este Tribunal no puede asumir, pues va en contra de Derecho. Sin que sea necesario realizar ningún tipo de consideración adicional, este Tribunal niega el recurso horizontal de ampliación propuesto por la parte actora. **Notifíquese.**

f) Drs. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

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

I

Resolución nro. 1751-2015
Juicio nro. 441-2015

Juicio penal por apropiación ilícita propuesto por la Fiscalía General del Estado, contra Víctor Manuel Ferigra Anangonó

SÍNTESIS

El 24 de diciembre de 2014, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declaró al acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, autor del delito de apropiación ilícita, tipificado y sancionado en el artículo 553.1 del Código Penal; determinando su participación en la apropiación de fondos de varios de los depositantes y socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Policía Nacional, por lo que, le impuso la pena de dos años y medio de privación de la libertad; y, por concepto de daños y perjuicios la suma de ocho mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, en beneficio de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Policía Nacional. Fallo del cual, el sentenciado interpuso recurso de apelación. El 16 de marzo de 2015, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado. Resolución que por no estar conforme el procesado Víctor Manuel Ferigra Arangonó, la impugnó mediante recurso de casación. El 23 de noviembre de 2.014, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió: 1. por unanimidad, declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Víctor Manuel Ferigra Anangonó. 2. De oficio, casar la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha por haber contravenido al texto de la norma contenida en el artículo 30.4 del Código Penal; y, enmendando el error de derecho, impone al sentenciado la pena de cuatro años de privación de la libertad; sin embargo, por el principio de non reformatio in pejus, el Tribunal no puede agravar la situación de quien se presentó como único recurrente.

PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, miércoles 24 de diciembre de 2014 a las 08h11.

VISTOS: Constituido el Tribunal en Audiencia Pública de Juicio para conocer y resolver la situación jurídica VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ.

I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Por cuanto los ciudadanos ecuatorianos, como los extranjeros, que cometan delitos dentro del territorio de la República, están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador, y siendo el acusado, de nacionalidad ecuatoriana, en contra de quien se ha propuesto cargos por delito cometido en territorio ecuatoriano, se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, en virtud de la norma constante en el artículo 18.1, del Código de Procedimiento Penal , reformado; por el sorteo de Ley y lo puntualizado en los artículos 17.5, 21.1, 28.1 y 306 ibídem, este Tribunal, como Juez pluripersonal es competente, tanto por el territorio, la materia, las personas y los grados, para conocer y resolver la causa.

II.- 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 esta causa se han observado las garantías del debido proceso constitucional, por lo que verificado su cumplimiento se declara la validez de la misma.-

III.- IDENTIDAD DEL ACUSADO

El acusado se identificó con los nombres de **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ** de nacionalidad ecuatoriana; con cédula de

ciudadanía No. XX, de 30 años de edad, nacido en Ibarra Provincia de Imbabura, de estado civil soltero, de instrucción primaria, de profesión, oficio u ocupación, ex policía, domiciliado en la ciudad de Ibarra.-

IV.- CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL ACUSADO

Concluida la instrucción fiscal y al término de la etapa preparatoria del juicio, el señor Dr. Raúl Salgado Serrano, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Pichincha, por cuanto existen presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de apropiación ilícita y la participación del imputado, en su calidad de supuesto autor, admitiendo el dictamen fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, dicta auto de llamamiento a juicio contra del VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ, por considerarle presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 553.1 en concordancia con el art. 42 del Código Penal, por el delito de apropiación ilícita.

V .- EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO

Previo al inicio del juicio, el Tribunal procedió a informar al acusado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** sobre los cargos que la Fiscalía, formulaba en su contra, así como de la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrado culpable; volvió a recordarle sus derechos garantizados por la Constitución de la República así, que tenía derecho a un juicio imparcial ante sus jueces naturales, por lo que, se encontraba ante este Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, que para su comparecencia a juicio tenía derecho a la defensa, como en efecto se encontraba patrocinado, por el Dr. Oswaldo Chávez; que tenía derecho a guardar silencio, a no autoinculparse; que podía contestar o no las preguntas que se le formulen y que podía consultar con su Abogado previamente a contestar todas y cada una de ellas; que su testimonio era su medio de defensa y prueba a favor.

5.1.- HIPÓTESIS DE ADECUACIÓN TÍPICA POR PARTE DE LA FISCALÍA: El doctor Samuel Benavides, Fiscal de Delitos Contra el Patrimonio Ciudadano, reseñó las circunstancias que determinaron la aprehensión del acusado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** que la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Policía Nacional, el 17 de diciembre de 2013, ha recibido una serie de quejas de sus cuenta ahorristas, que el 18 de diciembre 2013, el señor Pedro Álvaro Andy Ruiz, había presentado una queja haciendo conocer, que de su cuenta de ahorros No. XX le han realizado varias transferencias por internet, sin su autorización, por un monto total de USD $ 735,00 dólares, valor que ha sido transferido a la cuenta No. XX, perteneciente al socio de la misma Cooperativa, Víctor Manuel Ferigra Anangonó; que el 09 de enero de 2014, que a la señora Roselyn Raquel Rodas Ramírez, la Cooperativa le ha informado sobre una transferencia exitosa realizada por internet desde su cuenta, por la suma de 300 dólares, sin que lo haya autorizado; que el señor Roberto Carlos Delgado Landázuri, el 10 de enero de 2014, ha manifestado que ha sido perjudicado por transferencias realizadas desde su cuenta de ahorros No. XX, hacia la cuenta No. XX, por un total de 340 dólares, sin que lo haya autorizado; que el 18 de enero de 2014, se ha presentado una queja en la provincia de Napo, por parte del socio de la Cooperativa, señor Juan Carlos Coral Pilacuán, quien denuncia que desde su cuenta se ha realizado una transferencia por internet, sin que haya autorizado, por la suma de 200 dólares, a la cuenta No. XX, perteneciente al Víctor Manuel Ferigra Anangonó; el 13 de enero de 2014, la socia lvone Patricia Cabos, quien denunció sobre transferencias realizadas vía internet sin autorización, desde su cuenta a otra; hecho que de acuerdo a las investigaciones se demostró que en efecto de la cuenta de esta ciudadana se debitó un total de 144 dólares mediante tres transferencias de 100 dólares el 09 de enero de 2014; 40 dólares el 13 de enero de 2014 y 4 dólares en la misma fecha; que con fecha 16 de enero de 2014, la señora Mariela Guadalupe Farinango Toctaguano, ha dado a conocer que el 27 y 30 de diciembre de 2013 y 02 de enero de 2014, han realizado tres transferencias no autorizadas desde su cuenta a otra cuenta; hecho que de acuerdo a las investigaciones se demostró que en efecto de la cuenta de esta ciudadana se debitó un total de 350 dólares, mediante tres transferencias de 100 dólares el 27 de diciembre de 2013; 200 dólares el 30 de diciembre de 2013; y, 50 dólares el 02 de enero de 2014; que los montos señalados han sido debitados de las cuentas de ahorro sin ninguna autorización de los cuenta ahorristas esto de acuerdo a la pericia contable realizada por la señora Econ. Leticia Morales Gallegos, la misma que llega a establecer en sus conclusiones que esos dineros fueron transferidos a la cuenta No. XX de la Cooperativa Policía Nacional, cuyo titular es el ciudadano Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que en esta audiencia se probará con testimonios, que

el acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, había solicitado a los ciudadanos. Manuel Santiago Minda Zura y Leonardo Mauricio Oviedo Fraga, ex compañeros Policías del acusado, que le presten sus cuentas XX y XX, respectivamente, para realizar depósitos en ellas, aduciendo la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, de lo cual existen los mensajes enviados a las cuentas de FACEBOOK; como lo probaré documental y testimonialmente; dineros que respecto de la cuenta de Manuel Santiago Minda Zura, fue de 300 dólares, que le pertenecían al ciudadano Christian Jorge Reyes Ayala; y respecto de Leonardo Mauricio Oviedo Fraga, fue por un monto de casi 4.000 dólares, que fueron debitados de las cuentas de otros socios policías como el Tnte. Crnl. Freddy Stalin Sarzosa Guerra, Policía Paúl Eduardo Salazar Acosta, el Tnte. Crnl. Gonzalo Vicente Cáceres Saltos y otros, como lo probaré con testimonios, documentos y pericias, de cuyo monto se depositó la cantidad de un mil dólares en la cuenta No. XX del ciudadano Denis Gustavo Morales Rea, por pedido del ciudadano acusado Víctor Ferigra, se probará que hubo un buen número de socios de la Cooperativa de Ahorro y C rédito Policía Nacional que fueron perjudicados por su propio compañero también policía en ese entonces, Víctor Manuel Ferigra Anangonó, mediante la realización de transferencias electrónicas de dinero, no autorizadas, desde las cuentas de los perjudicados a las cuentas del ciudadano acusado y en otros casos, transferencias que las realizaba hacia las cuentas de sus campaneros, quienes sin saber la ilegalidad de esos fondos fueron utilizados por el acusado, para retirarlos y depositarlos en otras cuentas a nombre de otras personas, que les indicaba el acusado, por estos hechos, el acusado encuadró su conducta en el art. 553.1 en concordancia con el art. 42 del Código Penal.

5.2.- HIPÓTESIS DE ADECUACIÓN TÍPICA POR PARTE DE LA ACUSACION PARTICULAR, quien a través del Procurador Judicial **Abg. Alejandro Rivadeneira Guaña**, dijo que Comparece en calidad de procurador judicial del Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Policía Nacional Limitada; que en la audiencia se demostrará que la Cooperativa es una entidad que forma parte del sistema financiero nacional, que fue perjudicada por un valor económico de USD $ 11.583,80 dólares, con transacciones indebidas, es decir que no fueron realizadas por sus socios titulares, las mismas que fueron destinadas a cuentas del acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó; que se determinará que existen socios que fueron perjudicados con las transferencias de los dineros de sus cuentas a la del señor Víctor Ferigra, que han sido reconocidos y pagados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Policía Nacional, que en la audiencia se demostrará su participación, que a dos socios de la Cooperativa, el acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, les ha pedido autorización para realizar depósitos en sus cuentas a través de transferencias, las mismas que fueron hechas pero sin autorización de los titulares de las cuentas de ahorro. Se demostrará que el acusado es socio de la cooperativa y que conocía del sistema informático que tiene la Cooperativa.

5.3.- HIPÓTESIS DE EXCLUSIÓN DEL TIPO PENAL POR PARTE DEL ACUSADO, quien a través de su Abogado defensor, el doctor Oswaldo Chávez, defensor de VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ, dijo que se demostrará que los depósitos que habían sido o habían llegado a la cuenta de su defendido, él desconocía de los mismos, que pensaba, que esos dineros, como era Policía le depositaban de su sueldo en esa cuenta y sacaba ese dinero, que se demostrará que no es el autor del delito investigado.

5.4.- Testimonio de la Abg. Alejandro Rivadeneira quien dijo que intervenía como Procurador Judicial del señor Enrique Milton Lascano, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Policía Nacional, que como ofendido es la Cooperativa que forma parte del sistema nacional, que está autorizado para realizar intermediación financiera con los asociados, que tiene trasferencias entre cuentas de la cooperativa y de otras instituciones financieras, que en diciembre del 2013 en la cooperativa se han presentado varias denuncias en la que socios reclamaban por transacciones indebidas y por investigaciones se determinó que las transferencias estaban dirigidas a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por lo que se bloqueó dicha cuenta, que las denuncias continuaron ya que las trasferencias se realizaban a otra cuenta en la cooperativa 29 de octubre, que de igual manera pertenecía al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que a partir de esa información se determinó que dos socios el señor Minda Zura y Oviedo Fraga recibieron depósitos de los denunciantes por lo que la Cooperativa solicitó información de por que existen depósitos en su cuentas, que han manifestado que fue por pedido del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que la Cooperativa a fin de preservar los valores de los

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

depositantes procedió a resarcir los valores a los socios siempre y cuando mantengan sus denuncias de no haber sido autorizadas, que no conocen al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que la cooperativa fue perjudicada en USD $ 11.583 dólares, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado, dijo que según el informe pericial contable y el informe pericial informático consta que fueron transferidas a cuentas del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que a los señores Oviedo Fraga y Minda Zura, les ha pedido el número de sus cuentas para realizar las transferencias indebidas, que no puede determinar si al momento de bloquear la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, tenía algún saldo, que los señores Oviedo Fraga y Minda Zura, habían manifestado que la razón de que ellos tenían depósitos de otros asociados era porque el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, les había pedido, que le presten sus cuentas. (sic)

5.4.- ACUERDOS PROBATORIOS: El señor Fiscal de la causa y el Abogado defensor del acusado, llegan al siguiente acuerdo probatorio: 1) Informe de reconocimiento del lugar de los hechos practicado por el Cbos. Luis Aldaz.

5.5. PRUEBA DE CARGO DE LA FISCALÍA. A continuación, para determinar la participación del acusado, el señor Fiscal, pide que se recepten las declaraciones de los testigos solicitados por Fiscalía, en el siguiente orden:

5.5.1.- Testimonio de la señora JEANNETH ELSA MARTINEZ VINUEZA, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que tuvo conocimiento de los hechos cuando los socios pusieron sus reclamos de que no habían ejecutado transferencias, que no conocían a la persona a la que le llegó esos valores transferidos, que las quejas llegaron por escrito, que han revisado el sistema informático por lo que bloqueó la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que ha comunicado de los hechos a la Gerencia General, que se ha hecho la petición, para que el área jurídica realice los trámites pertinentes, que ha realizado un informe para la devolución de los dineros a los perjudicados, que se ha realizado el corte de la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó No. XX, que las transferencias se las ha realizado a la cuenta de Manuel Ferigra Anangonó, que cuando han bloqueado han hecho algunas transferencias a una cuanta en la cooperativa 29 de Octubre y a otras personas en el Banco Pichincha. **Al contra interrogatorio del Abogado del acusador particular dijo que** las transferencias al Banco de Pichincha pertenecían de los señores Carlos Anangonó, y del señor Cevallos, que el señor Minda Zura, es socio, que a él también le hicieron trasferencia de igual manera al señor Oviedo Fraga, que se ha comunicado con ellos pidiéndoles que les facilite las cuentas para unas trasferencias, que los socios han manifestado que recibieron el dinero de la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó les había dicho que les había hecho llegar el dinero, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado, dijo que por seguridad no se puede dar claves de transferencia interbancarias y si lo hace, lo hace de manera personal, que no se ha tenido ese tipo de casos, que deben tener el consentimiento del propietario de la cuenta, que son dos claves una para ingresar a la página y otra que el usuario crea para hacer transferencias, que si no se conoce la clave no se puede realizar la transferencia.

5.5.2.- Testimonio del señor WILSON ARTURO LÓPEZ MORILLO, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que es socio de la Cooperativa 29 de Octubre anteriormente de la Cooperativa Policía Nacional, que se había retirado porque de forma desconocida se ha hecho una trasferencia de su cuenta, que ha puesto una denuncia en la Fiscalía de Tulcán, que su cuenta era la No. XX de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Policía Nacional, que había ido hacer una transacción, que le dijeron que no tenía fondos, que ha preguntado por qué aparecía que no tenía fondos si él tenía dinero en la cuenta, que ha denunciado los hechos en la Cooperativa de la Policía Nacional y en la Fiscalía de Tulcán, que a la cuenta a la que fue a parar el dinero es la XX, y la XX, por las cantidades de USD $ 100,00 una de USD $15,00 y una de USD $1,00 dólar, que no ha conocido a quien pertenecían esas cuentas, que la Cooperativa de la Policía Nacional, le devolvió el dinero.

5.5.3.- Testimonio del señor VINICIO RODRIGO PAREDES AVEROS, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que, era socio de la Cooperativa de Ahorro de la Policía Nacional, que su nro. de cuenta era XX, que en febrero del 2014, fue estafado, que fue a parar su dinero a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que esa transacción indebida puso en conocimiento de la Cooperativa, que cuando ha revisado su cuenta por internet, que en su cuenta de correo electrónico estaba un correo de la Cooperativa, que se había realizado exitosamente la transferencia, que le han

dicho que habían 2 transferencia una de USD $ 100 y otra de USO $100, que le vuelven a sacar USD $ 500 dólares, que le ha conocido al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que nunca había dado la clave, al contra interrogatorio del Abogado del acusador particular dijo que la Cooperativa le devolvió USD $ 1.100,00 dólares que no sabe si fue la Cooperativa o los dos señores, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado, dijo que no conoció al señor Maldonado.

5.5.4.- Testimonio del señor OMAR ESTEBAN SEVILLA NARVÁEZ, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que es socio de la Cooperativa de la Policía Nacional, que en el mes de enero era socio de esa cooperativa, en esas fechas, estaba utilizando su celular y le llegaron unos mensajes de débitos, que fue a su cuenta y vio que le han debitado USD $ 400,00 dólares, que al siguiente día verifico porque había sido el retiro, que le manifestaron que fue un perjuicio de un ciudadano, que le dieron los nombres para que ponga la denuncia. Que su cuenta era XX, que al principio no sabía a qué cuenta pero la cooperativa le dijo que fue enviada a otra cuenta, que la Cooperativa le ha devuelto ese dinero, que conoce que hay más personas perjudicadas, que le ha conocido al señor Ferigra Anangonó, contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado que ha denunciado a la persona, que le proporcionó la Cooperativa los nombres de Carlos Andrés Anangonó Vásquez, que en la Cooperativa le han llamado y le dijeron que el dinero se fue a la cuenta del señor Carlos Andrés Anangonó Vásconez.

5.5.5.- Testimonio del señor ANDY RUIZ PEDRO ÁLVARO, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que el día 18 de diciembre de 2013, se ha acercado a la Cooperaría de la Policía Nacional, que de la cuenta que ha tenido en la Cooperativa con número XX, se había hecho cinco trasferencias electrónicas, sin su autorización, por el valor 735,00 dólares, esto el 16 de diciembre 2013, siendo el beneficiario de las trasferencias la cuenta número XX, que le pertenece al señor Ferigra Anangonó Víctor Manuel, que se ha acercado a la Fiscalía del Tena a poner la respectiva denuncia, que días posteriores de la denuncia, la Cooperativa le ha reembolsado el dinero que había sido ilegalmente transferido desde su cuenta, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado dijo que no ha proporcionado su clave personal a nadie, que le ha conocido al señor Ferigra Anangonó porque estuvo en el Tena, pero nunca tuvo un trato directo.

5.5.6.- Testimonio de la señora RODAS RAMÍREZ ROSELYN RAQUEL, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que el 09 de enero de 2014, a las 13h36 minutos, le llegó un mensaje de texto a su correo electrónico, en el cual decía que había hecho una trasferencia de 300,00 dólares, a la cuenta de XX; que en ese momento se trasladó a la agencia de la Cooperativa de la Policía Nacional, ubicada en el sector de El Condado, donde tomó contacto con la Gerente de la Cooperativa, a quien le explicó que en ningún momento ha realizado la transferencia por su estado de salud (descanso médico por gestación), que ha revisado el sistema y pudo constatar que se había realizado de su cuenta una transferencia hacia la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra, con número de cuenta XX, perteneciente a la cooperativa 29 de Octubre; hizo el debido reclamo, como era reciente la trasferencia la Cooperativa le restituyó el dinero.

5.5.7.- Testimonio del señor DELGADO LANDÁZURI ROBERTO CARLOS, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que el día 09 de enero de 2014, ha hecho una consulta a través del cajero de la Cooperativa de la Policía Nacional, en dicha consulta se desplegó que no tenía fondos en su cuenta, por lo que se dirigió a la Cooperativa de la Policía Nacional, ubicada en la provincia de Tulcán, la cajera de dicha entidad, le supo manifestar que había realizado dos transferencias, la una por el valor de 300,00 dólares el día 6 de enero de 2014, a la cuenta número XX, y la otra, el día 08 de enero de 2014, a la misma cuenta, que le ha manifestado, que no ha realizado esas transferencias a esa cuenta, porque no tenía conocimiento que se puede realizar esas trasferencias por medio de la página virtual de la Cooperativa, que le ha manifestado a la cajera que iba a poner la denuncia en la Fiscalía, que ella le ha dicho, que la ponga, que la cooperativa le ha restituido los dineros, que se sustrajeron de su cuenta a través de las trasferencias electrónicas fraudulentas.

5.5.7.- Testimonio del Señor JUAN CARLOS CORAL PILACUÁN, quien a las preguntas del señor Fiscal dijo que es socio de la Cooperativa de la Policía Nacional, que mantiene la cuenta No. XX, que el 17 de diciembre se había hecho una transferencia de USD $ 200,00 a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra, que no recuerda el número de esa cuenta, que le devolvieron ese valor la cooperativa. El No. de cuenta es XX perteneciente al señor Ferigra Anangonó, que nunca había autorizado esa transferencia, al contra interrogatorio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

del Abogado del acusador particular dijo que trabaja en el Napo, desde hace 9 años, que ha trabajado con el señor Ferigra Anangonó, 2 años, que ha conocido que él también era socio de la Cooperativa, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado dijo que la cooperativa le dijo que el responsable había sido el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó. (Sic)

5.5.8.- Testimonio de la señora IVONNE PATRICIA COBOS IBUJÉS, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que entre el día 9 y 13 de enero de 2014, de mi cuenta No. XX, perteneciente a la Cooperativa "Policía Nacional" le habían realizado tres transacciones bancarias, dirigidas a la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Ferigra; que las transferencias fueron realizadas por tres ocasiones la primero por 100,00 dólares, la segunda por 40,00 y la tercera por 4,00 dólares, que se ha trasladado a la Cooperativa a hablar con el jefe de contabilidad, quien le indicó, que se estaba suscitando estas anomalías, que ya habían puesto la denuncia en la Fiscalía, que le ha indicado que hiciera un oficio dirigido al Gerente de la Cooperativa, para que mi dinero me sea devuelto, a la semana de esto, el dinero fue restituido, que al señor Víctor Ferigra no lo he conocido nunca.

5.5.9.- Testimonio de la señora FARINANGO TOCTAGUANO MARIELA GUADALUPE, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que entre el día 30 de diciembre de 2013 y el 02 de enero de 2014, que se han realizado trasferencias por el valor de 100,00 dólares, de 200, 00 dólares, de 50,00 dólares y una de 10,00 dólares de su cuenta de ahorros No. XX, por lo que se acercó al balcón de servicios de la Cooperativa de la Policía Nacional, a preguntar sobre dichas trasferencias, que la señorita de atención de servicios de la cooperativa le indicó que se habían hecho estas transferencias, a la cuenta XX de la Cooperativa de la Policía Nacional, perteneciente al señor Ferigra Anangonó, que posteriormente ha hecho un oficio a la Cooperativa, solicitando que me restituyan estos dineros, que le han ayudado, que le han devuelto el dinero menos los 10 dólares que estaban en la cuenta de su hijo. La señorita del balcón de servicios le dijo, que no era la única persona afectada, sino que existían algunos casos más.

5.5.10. - Testimonio del señor MINDA ZURA MANUEL SANTIAGO, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que el día 24 de marzo aproximadamente a las 16h00 o 17h00, ha recibido una llamada al celular del número 0989822154, por parte de una persona que se identificó como funcionario de la Cooperativa de la Policía Nacional, manifestándole, que ha tenido que acercarse a las oficinas de la Cooperativa de esta ciudad, que debía tomar contacto en el cuarto piso, con la licenciada Janeth Martínez por lo que le ha manifestado, que el día de mañana se acercaría para verificar, lo que le estaba manifestando, es así que el día 25 aproximadamente a las 10h30, en el cuarto piso, ha toma o contacto con dicha funcionaria; que los Abogados de la Cooperativa, le han preguntado que cómo le había llegado un depósito de 300,00 dólares, a mi cuenta que mantiene en esta entidad, que les ha manifestado que en días anteriores por medio de su cuenta de facebook, se ha contactado un compañero de nombres Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que le ha manifestado el día 18 de marzo de 2014, textualmente "acolite deme depositando una plata que le debo a un pana, que ya me tiene cabrero por donde usted, si hay el Pichincha por acá nadie tiene cuenta en la Cooperativa de la Policía, acolite ahí se coge 20 para su recarga" que le ha manifestado eso, en virtud de que él había trabajado anteriormente conmigo, que no ha notado nada extraño, que han seguido con la conversación, que el día 19 de marzo de 2014, a las 16h00, le envió un mensaje de texto a la cuenta de facebook, manifestándome "gracias por el favor", manda bodi te dije que mandes al WASAP, que ha manifestado, ya te mando el número si aún necesitas bodi, que le ha respondido, claro pues loco, respondiéndole, ya y le ha dado el número de su cuenta, y él le puso ahorita al Pichincha o servipagos, que deposites ahí, que le ha puesto manda a servipagos, a la cuenta de la mutualista Pichincha, que él le manifestó, ya se hizo muy de noche mañana por la mañana tienes chance, que le ha respondido si bodi, que él le contestó mañana entonces loco, que le ha dicho avisarás, contestándole ok mañana por las 09h00, que le ha preguntado dónde estás, que le ha contestado diciéndole en tu pueblo, que posteriormente a esto no escribió más, que el 20 de marzo, ha recibido un mensaje a las 14h07, manifestándole "PILAS YA ESTÁ DEPOSITADO 300, QUE ME DES DEPOSITANDO AL PICHINCHA A ESTA CUENTA XX DENNIS MORALES XX PILAS" que le ha contestado en donde en la Mutualista y él me responde en la Policía, manifestándole "YO TE DEPOSITÉ EN LA COOPERATIVA DE LA POLICÍA", que no había hecho el depósito, que

el 22 de marzo a las 2h13, le ha escrito el señor Víctor Ferigra a la cuenta facebook, diciéndole "VEA LE DEPOSITO OTROS 300,00 PERO DEPOSITE LA PLATA DIRECTO EN EL PICHINCHA PARA QUE SE HAGA EFECTIVO DE UNA", que le ha parecido un poco raro por lo que le ha contestado "CHUSCO BODI ESPERE NO MAS YA SE LE HA DE HACER", que le ha parecido extraña esa situación, que el mismo 22 de marzo de 2014, aproximadamente a las 10h09, el señor Víctor Ferigra le envía un mensaje, diciendo, "TENÍA QUE DARLE HASTA AYER ESA PLATA" que le ha preguntado "Y QUE PASÓ CÓMO ASÍ" él le respondió "LE DEBÍA Y CUANDO ESTAS FRANCO" que el 24 de marzo de 2014, a las 16h31, había recibido la llamada de la funcionaria de la Cooperativa de la Policía Nacional, que le ha vuelto a escribir a él, que se ha hecho el desentendido poniéndole "NO ENTIENDO", que el día 10 de abril aproximadamente a las 14h31 minutos le ha escrito diciéndole "PORQUE ERES MALA PERSONA Y ME METES EN PROBLEMAS YO QUE TE HE HECHO DE MALO TIENES QUE EXPLICAR LO QUE HACES POR QUE YO NO ME VOY A CRUZAR PROBLEMAS, POR UN DELICUENTE COMO TÚ, DESCARADO," es así que desde la última vez 24 de marzo de 2014, no he recibido ningún mensaje de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que preocupado por estos hechos al no entender cómo llegó ese dinero a su cuenta, ya que Víctor Manuel Ferigra Anangonó, le ha manifestado que había hecho él personalmente un depósito, en contrario los funcionarios de la Cooperativa, le han indicado, que lo que se había hecho es una trasferencia electrónica; por lo que al no tener clara esta situación y sintiéndose perjudicado de que con sus datos y a su cuenta presuntamente y fraudulentamente había llegado estos 300,00 dólares, por lo que puse la denuncia respectiva para que se aclaren los hechos acontecidos, es así la Fiscalía No. 3 de Personas y Garantías, existe la denuncia No. XX, en esta denuncia han realizado varias diligencias investigativas, que ha proporcionado el acceso a la cuenta de Facebook, para que pudiera tener una mejor investigación, que había comenzado a otros compañeros si tenían conocimiento del paradero o la ubicación de Víctor Manuel Ferigra, sin encontrado ninguna respuesta, que le han informado que cuando él trabajaba en la ciudad de Tena, de igual manera había tenido este tipo de problemas, por lo que él en la ciudad de Tena, ha tenido denuncias por delitos que presumo son similares a los que él me causó, al contra interrogatorio del Abogado del acusador particular dijo que no sabía que fue dado de baja, que se ha enterado cuando estaba en la Cooperativa, que supuestamente él trabajaba en el Tena.

5.5.11.- Testimonio del señor OVIEDO FRAGA LEONARDO MAURICIO, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que el día 19 de marzo de 2014, ha sido contactado vía facebook, por el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, en el cual le solicitaba de favor especial le dé realizando un depósito de 200,00 dólares a nombre del señor Dennys Gustavo Morales Rea, en el Banco Pichincha, a la cuenta No. XX, que ha retirado del cajero automático de la Cooperativa de la Policía, 200,00 dólares, que no les había depositado, que se ha traslado a la ciudad de lbarra, que estaba de vacaciones, que se ha despreocupado del dinero, que en otra conversación le ha dicho si conocía alguien que le podía prestar dinero, que le dijo que ya iba a ver, que luego en otra conversación le dijo que le podía prestar, pero que le dé depositando al primero el resto del dinero, que depositaba como préstamo, que le ha agradecido, que luego el día lunes 24 de marzo del 2014, había revisado la cuenta de facebook en la mañana, que ha encontrado un mensaje que decía, "QUE MAS LOCO YA TE HICE LA TRASFERENCIA ME DEPOSITAS ANTES DE LAS 10 DE LA MAÑANA" por lo que yo le agradecí y me trasladé a la Cooperativa de la Policía, Sucursal Tulcán, a ver cuánto podía retirar, es así que la señorita de atención al cliente, me indicó que podía retirar la cantidad de 3.798,00 dólares, y le pregunté de que era, manifestándome que era de unas transferencias y le volví a preguntar de quien era, indicándome que eso no se podía ver, razón por la cual, procedí a retirar por ventanilla la cantidad de 3798, 00 dólares, sin registrarse ninguna novedad, razón por la cual fui al Banco Pichincha, a depositar la cantidad de 1000,00 dólares. Luego me trasladé hasta mi domicilio a preguntarle vía facebook, de cuanto me había hecho el depósito, manifestándome el señor Ferigra, "3.800 LOCO, HE DEPOSITADO DEMÁS", que el mismo día aproximadamente a las 12h30, ha llegado hasta el domicilio el señor Econ. Jorge Ortiz Gerente de la Sucursal Tulcán, de la Cooperativa de la Policía, quien le indicó que querían conversar desde la ciudad de Quito, que había unos problemas con las transferencias que se ha trasladado inmediatamente hasta el lugar antes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

indicado, que telefónicamente había hablado con la señora Janeth Martínez, quien le ha indicado, que la plata, que ha recibido había sido sacada de otras cuentas sin autorización de sus propietarios, razón por la cual me solicitó que esté en la ciudad de Quito, a fin de solucionar dicho problema, que tenía dos denuncias en la Fiscalía, razón por la cual ha presentado la denuncia ante la Fiscalía y no ante la Cooperativa, que está dispuesto cuando la autoridad lo requiera a devolver el dinero que le fue entregado por parte de la Cooperativa.

(sic) Cbop. de la Policía MILTON EFRAIN (sic) quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que realizó una experticia informática respecto de la base de datos de sistema informático de Cooperativa Policía Nacional a fin de establecer los LOGS registros de la transferencias desde las cuentas No. XX perteneciente al señor Pedro Alvarado Andy Ruiz, hacia la cuenta No. XX, perteneciente señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó; de la fecha 14 de diciembre del 2013, por el monto de USD $735 dólares; desde la cuenta perteneciente a la señora, Rodas Ramírez Roselin Raquel, hacia la cuenta No. XX, de la Cooperativa 29 de Octubre perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó; el 9 de enero del 2014, por el monto de USD $300 Y USO $40 dólares; de la cuenta No. XX, perteneciente al señor Delgado Landázuri Roberto Carlos, hacia la cuenta No. XX de la Cooperativa 29 de Octubre, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, específicamente el 6 y 8 de enero del 2014 por el monto de USD$ 300 y USD $40 dólares, desde la cuenta No. XX perteneciente del señor Coral Pilacuán Juan Carlos hacia la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó; que el objetivo pericial es tan amplio que conlleva números, fechas, que la pericia realizada en la base de datos del sistema de la Cooperativa de la Policía Nacional, se tiene en la fijación digital nro. 2, las fechas 14, 15 y 16 del 2013 , con un monto de USD $735 dólares, en la fijación No. 4, los respectivos movimientos de 9 de enero del 2014, con un monto de USD $300 dólares; que se encuentra otra fijación que se realizó a la cuenta del señor Ferigra Anangonó Víctor Manuel, cuenta No. XX, de la Cooperativa 29 de Octubre, sobre los eventos de USD $300 y USD $40 dólares; que otro evento sobre el proceso de consulta de Coral Pilacuán Juan Carlos se determina que en fecha 17 de diciembre hay un registro de USD $200 dólares y finalmente sobre Cobos Ibujes lvonne Patricia las fechas 9 y 11 de enero del 2014, hay un movimiento o eventos de débitos de USD $144 dólares; la consulta a Víctor Manuel Ferigra Anangonó, las fechas 28 de diciembre del 2013 y 2 de enero del 20144, por un monto de USD $ 250 dólares. Sobre el usuario Víctor Manuel Ferigra Anangonó, en las fechas 4 de enero del 2014, asoma con un monto de USD $500 dólares, en base a las consultas y la sumatoria dan un total de USD $2.469,00 dólares, de los movimientos informáticos efectuados, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado dijo que las cuentas pertenecen al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó.

5.5.13.- Testimonio de la señora LETICIA AÍDA MORALES GALLEGOS, quien a las preguntas del señor Fiscal, dijo que realizó un análisis contable donde se establece el perjuicio económico mediante las transferencias bancarias, en el peritaje se concluyó que el perjuicio es de USD $11.583,90, que ha revisado el sistema informático referente a la contabilidad de la Cooperativa de la Policía Nacional, que verificado que la cuenta XX ha pertenecido al señor Andi Ruiz Pedro Álvaro, en la que refleja las transacciones por los valores siguientes $35,00, $ 100,00, $ 400,00 y $ 100,00 dando un total de USD $ 735 dólares de los Estados Unidos de Norte América, que estas transferencias se han efectuado el 16 de diciembre del 2013, las mismas que constan en el estado de cuenta como nota de débito transferencias por internet, valores que fueron acreditados a la cuenta XX, que se ha registrado de propiedad del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó y que fueron abonadas con nota de crédito transferencia por Internet, de la cuenta debitada XX perteneciente al señor Delgado Landázuri Roberto Carlos, hacia la cuenta No. XX acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó se realiza las transferencias por un valor total de USD $ 340,00 con fecha tres de 2014; de la cuenta No. XX perteneciente al señor Coral Pilacuán Juan Carlos hacía la cuenta No. XX acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó había sido debitada el valor de USD $ 200,00 mediante una transferencia de 17 de diciembre del 2013 valor que consta como nota de débito, transferencia por internet de la cuenta debitada XX de la señora Cobos Ibujes lvone hacia la cuenta No. XX (Cooperativa 29 de Octubre) acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por un valor total de USD $ 144,00 mediante tres transferencias, de la cuenta debitada No. XX perteneciente a la señora Farinango Toctaguano Mariela Guadalupe hacía la cuenta No.

401010366621 acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, la cantidad de USD $ 350,00, ha sido acreditada a la cuenta No. XX de la Cooperativa Policía Nacional de propiedad del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, a la cuenta acreditada de la Cooperativa Policía Nacional No. XX perteneciente al señor Oviedo Fraga Leonardo Mauricio de varias cuentas debitadas, existen transferencia realizadas de varias cuentas de la Cooperativa Policía Nacional, que en el estado de cuenta de ahorro normal consta de propiedad del señor Oviedo Fraga Leonardo Mauricio la cantidad total de USD $ 3.912,00, valor que fue debitado y acreditado a una sola cuenta del señor Oviedo Fraga Leonardo, de la cuenta debitada de la Cooperativa Policía Nacional No. XX, perteneciente al señor Reyes Ayala Christian Jorge hacia la cuenta No. XX de propiedad de Mina Zura Manuel Santiago el valor de USD $ 300,00, que se ha verificado la existencia de otras transferencias realizadas de cuenta ahorristas de la Cooperativa Policía Nacional, que se han realizado hacía varias cuentas mediante transferencias por Internet y transferencias interbancarias a cuentas de ahorro de la misma Cooperativa Policía Nacional, pero de distintos clientes, por un valor de USD $5.202,90, que en resumen y luego del análisis efectuado a las transferencias vía internet o interbancarias da un total de USD $ 11.583,90 de los Estados Unidos de Norte América, al contra interrogatorio del Abogado defensor del acusado dijo que ha realizado dos informes periciales de la causa, que el informe se realiza en base a la contabilidad, que se ve el estado de cuenta de diferentes propietarios, en los mismo constan los valores que se encuentran debitados y acreditados en la cuenta del señor Ferigra Víctor Manuel

PRUEBA DOCUMENTAL: El señor Fiscal, pide que se incorpore como prueba documental lo siguiente: 1.- una copia certificada del número de cuenta, nombres, valores que fueron debitados y transferidos a nombre de Oviedo Fraga Leonardo Mauricio y Minda, 2.- Certificación de la Cooperativa Policía Nacional de los datos y transacciones electrónicas realizadas desde varias cuentas de socios de la Cooperativa de la Policía Nacional a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anagonó, 3.- Copia certificadas de la tarjeta índice y dactilar de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, 4. - Oficio de la Dirección General de Personal de la Policía Nacional informando que el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, consta como ex servidor policial. 5.- Certificado de la Cooperativa de Ahorro y Crédito 29 de Octubre Ltda. del movimiento de la cuenta de ahorros No. XX, cuyo titular es el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, 6.- Estado de Cuentas de varios cuenta habientes de la Cooperativa de la Policía Nacional.

5.6.- PRUEBA DE DESCARGO DEL ACUSADO VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ

5.6.1.- Testimonio del acusado VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ, acompañado de su Abogado defensor el Dr. Oswaldo Chávez, quien dijo que se acoge al derecho al silencio.

5.6.2.- Testimonio de la señora MARÍA FERNANDA ARCE ARCE, quien a las preguntas del señor Dr. Oswaldo Chávez, Abogado defensor del acusado dijo que conoce al acusado desde pequeño, desde que tenía cinco años, que no conoce que haya estado involucrado en algún problema legal, que es una persona tranquila, buena persona, que era policía, que es honesto.

PRUEBA DOCUMENTAL: El Abogado defensor del acusado Dr. Oswaldo Chávez, presenta como prueba: 1.- Certificados de los nueve Tribunales de Garantías Penales de Pichincha de los cuales se desprende que no tiene causas pendientes y no ha sido sentenciado en los últimos 5 años excepto la causa que se ventila en este Tribunal, 2.- Certificados del Centro de Detención Provisional de Quito, que no registra intentos de fuga, de una conducta excelente, y de actividades ocupacionales.-

5.7.- EL DEBATE

5.7.1.- El señor representante de la Fiscalía doctor Samuel Benavides, respecto del acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, dijo que se ha probado de manera fehaciente con los testimonios, que fueron perjudicados mediante transferencias de dineros en diferentes cantidades, que esos dineros fueron dar a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que han demostrado en forma clara esa circunstancia, que en la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, se ha demostrado que Manuel Santiago Minda Zura, le ha prestado la cuenta a fin de que Víctor Manuel Ferigra Anangonó, le deposite dinero, sin saber que venía de otras cuentas, y de igual manera al señor Oviedo Fraga, en cantidades grandes, es posible que se pretenda señalara que el señor Ferigra, no tiene responsabilidad, sin embargo existe conversaciones vía Facebook, que se ha demostrado que el beneficiario ha sido el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, quien no tenía solo una cuenta sino también otra

cuenta en la Cooperativa 29 de Octubre, así mismo se ha establecido pericialmente, que varias transacciones fueron a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que se ha dicho en esta Audiencia, que ha existido un informe pericial anterior pero aquello consta en el expediente de la Fiscalía en copias simples, ya que no se había solicitado esa pericia, que se han remitido a ese expediente en copias simples, que por eso no las presentó, que con todos los testimonios y prueba documental se ha demostrado que el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó adecuo su conducta en lo establecido en el art. 553.1 del Código Penal, en calidad de autor conforme el art. 42 del mismo cuerpo legal, y solicita se declare la culpabilidad del mencionado ciudadano y se aplique la pena pertinente.

5.7.2.- Para el mismo fin del debate, el Abogado defensor del acusador particular Abg. Alejandro Rivadeneira, dijo que se ha demostrado la participación del acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó en los hechos, en virtud que se ha generado un perjuicio económico cuya determinación estuvo a cargo de una perito calificada, el hoy acusado se apropió de valores de varios cuenta ahorristas, que se ha determinado valores exactos, que los valores fueron acreditados a la cuenta del acusado y a otras cuentas, que fue hecha por el mismo acusado, que solicitaba se establezca la culpabilidad del acusado, repare el daño causado.

5.7.3.- Para el mismo fin del debate, el abogado defensor del acusado de doctor Oswaldo Chávez, dijo que indica que la Fiscalía, no ha logrado demostrar es existencia de un delito, que ninguna de las pruebas aportadas por la Fiscalía ha demostrado, que el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, sea el responsable el autor de dichas transferencias, que su defendido es terminado la primaria lo que quiere indicar, que las transferencias lo hicieron alguien desde adentro o que conozca el sistema financiero, que las claves para hacer las transferencias son personales, que para su concepto él no es capaz de manejar un celular, que en su versión ante la Fiscalía, manifestó que desconocía el origen de esos dineros, que efectivamente es así, que esa es la realidad, que los señores peritos no pudieron determinar con claridad, que las pruebas deben ser unívocas concordantes, recíprocas, que habido contradicciones, que deben ser sujetas de análisis, que se ha buscado un chivo expiatorio, que los peritos han determinado, que hay más participantes, que el señor Játiva, solicita la investigación de seis personas, que por el exceso de trabajo, la Fiscalía se limitó a investigar, para dar con los verdaderos culpables, que en base a esa serie de contradicciones no se ha probado la responsabilidad de su defendido, por lo que solicita se confirme la inocencia, que en caso de resolver contrariamente aplicando el art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, en su art. 190, que habla de la pena en un sentido más favorable al reo.

VI.- ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DEL DELITO POR PARTE DEL TRIBUNAL

La base del juicio penal es la comprobación, conforme a derecho, de la existencia de la acción u omisión punible, según mandamiento del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal considera que era obligación del señor representante del Ministerio Público sobre quien descansa el impulso de la acusación en la sustanciación del juicio, probar su hipótesis de adecuación típica. Bajo esta premisa el Tribunal debe entrar a considerar si en el caso de autos se ha comprobado o no la existencia del delito. Entendido el delito como acto típico, antijurídico y culpable, donde cada categoría dogmática tiene sus propios elementos que le dan contenido material al injusto, se debe empezar por el análisis de cada categoría dogmática en el orden indicado.-

6.1.- SOBRE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD

A.- En cuanto a los elementos constitutivos del tipo objetivo:

a) Sujeto activo, o autor del hecho, que según el tipo penal no es calificado, por lo que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, el acusado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** es persona natural, como cualquier otro ciudadano, no calificado en razón de cargo, función o filiación;

b) Sujeto Pasivo o titular del bien jurídico protegido, que es la persona sobre la que recayó el daño o los efectos del acto realizado por el sujeto activo; según el tipo penal, tampoco es calificado, por lo que puede ser sujeto pasivo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, el sujeto pasivo son las personas naturales titulares de las cuentas de ahorro afectada s por las sustracciones o transferencias indebidas;

c) Objeto, esto es la persona, o la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos, del acto, que al tratarse de un delito de apropiación ilícita, según el auto de llamamiento a juicio , puede ser cualquier bien , valor o derecho; en el presente caso conforme

consta en la acusación particular y la acusación Fiscal la sustracción o transferencia de dineros depositados indebidamente en la cuenta de ahorros del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó en la Cooperativa de la Policía Nacional y la Cooperativa 29 de Octubre y de otros socios que habían prestado sus cuentas que mantenían en Cooperativa de la Policía Nacional.

d) Conducta: determinada por el verbo rector, que constituye el núcleo del tipo penal y consiste en la actividad o conducta específica prevista para la configuración del delito, que en el presente caso, en que se acusa la apropiación ilícita tipificada en el artículo 553 1 del Código Penal, es la "apropiación", y la conducta propiamente dicha es la "apropiación de un bien ajeno o la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona", mediante la utilización fraudulenta de sistemas de información o redes electrónicas, programas informáticos, o la alteración, manipulación o modificación del funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos. En el caso materia de este análisis el Tribunal llegó a la conclusión que existe la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado con los testimonios de los señores Jeanneth Elsa Martínez Vinueza, quien dijo que tuvo conocimiento de los hechos cuando los socios pusieron sus reclamos, que no habían ejecutado transferencias, que no conocían a la persona a la que le llegó esos valores transferidos, que las quejas llegaron por escrito, que han revisado el sistema informático por lo que se bloqueó la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que ha comunicado de los hechos a la Gerencia General, que el área jurídica ha realizado los trámites pertinentes, que se había realizado un informe para la devolución de los dineros a los perjudicados, que se ha realizado el corte de la cuenta No. XX del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que las transferencias se las ha realizado a las cuentas del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, tanto en la cuenta de la Cooperativa de la Policía Nacional, a la cuenta en la Cooperativa 29 de Octubre y a otras personas en el Banco Pichincha; el señor Vinicio Rodrigo Paredes Averos, en la parte fundamental de su testimonio dijo que era socio de la Cooperativa de Ahorro de la Policía Nacional, que su No. de cuenta era XX, que en febrero del 2014, fue estafado, que fue a parar su dinero a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó (sic), que en su cuenta de correo electrónico estaba un correo de la Cooperativa, que se había realizado exitosamente la transferencia, que le han dicho que habían 2 transferencia una de USD $100 y otra de USD $100, que le vuelven a sacar USD $100 dólares, que nunca había dado la clave; el señor Andy Ruiz Pedro Álvaro, dijo que el día 18 de diciembre de 2013, se ha acercado a la Cooperaría de la Policía Nacional, que de la cuenta que ha tenido en La Cooperativa con número XX, se había hecho cinco trasferencias electrónicas, sin mi autorización, por el valor 735, 00 dólares, esto el 16 de diciembre 2013, siendo el beneficiario de las trasferencias la cuenta número XX, que le pertenece al señor Ferigra Anangonó Víctor Manuel, que la Cooperativa, le ha reembolsado el dinero que había sido ilegalmente transferidos desde su cuenta; la señora Rodas Ramírez Roselyn Raquel, manifestó que el 09 de enero de 2014, a las 13h36 minutos, le llegó un mensaje de texto a su correo electrónico, en el cual decía que había hecho una trasferencia de 300,00 dólares, a la cuenta de XX; que había hablado con la Gerente de la Cooperativa, que le ha explicado que en momento ha realizado la transferencia por su estado de salud (descanso médico por gestación), que ha revisado el sistema y pudo constatar que se había realizados de su cuenta una transferencia hacia la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra, con número de cuenta XX, en la Cooperativa 29 de Octubre; que la Cooperativa le ha restituido el valor de la trasferencia; el señor Delgado Landázuri Roberto Carlos, dijo que el día 09 de enero de 2014, ha hecho una consulta a través del cajero de la Cooperativa de la Policía Nacional, en dicha consulta se desplegó que no tenía fondos en la cuenta, que la cajera de dicha entidad, le ha manifestado que había realizado dos transferencias, la una por el valor de 300,00 dólares el día 6 de enero de 2014, a la cuenta número XX, y la otra, el día 08 de enero de 2014, a la misma cuenta, por cuarenta dólares de la Cooperativa 29 de Octubre, cuyo propietario ha sido el señor Víctor Manuel Ferigra, que la Cooperativa le ha restituido los dineros, el señor Juan Carlos Coral Pilacuán, en su testimonio dijo que es socio de la Cooperativa de la Policía Nacional, que mantiene la cuenta No. XX, que el 17 de diciembre se había hecho una transferencia de USD $ 200,00 a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra, No. de cuenta XX, que nunca había autorizado esa transferencia, que le han devuelto la cooperativa el dinero, la señora lvonne Patricia Cabos lbujés, expuso en lo medular que entre el día 9 y 13 de enero de 2014, de la

cuenta No. XX, que mantenía en la Cooperativa "Policía Nacional" le habían realizado tres transacciones bancarias, dirigidas a la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Ferigra; en la Cooperativa 29 de Octubre, que las transferencias fueron realizadas por tres ocasiones la primera por 100,00 dólares, la segunda por 40,00 y la tercera por 4,00 dólares, que había puesto la denuncia en la Fiscalía, que el dinero fue restituido por la Cooperativa Policía Nacional; la señora Farinango Toctaguano Mariela Guadalupe, en su testimonio dijo que entre el día 30 de diciembre de 2013 y el 02 de enero de 2014, que se han realizado trasferencias por el valor de USD $ 350,00 de la cuenta de ahorros No. XX, a la cuenta XX de la Cooperativa de la Policía Nacional, perteneciente al señor Ferigra Anangonó, que la Cooperativa le ha devuelto, el señor Minda Zura Manuel Santiago, dijo en su testimonio, que ha recibido una llamada al celular por parte de una persona que se identificó como funcionario de la Cooperativa de la Policía Nacional, manifestándole, que debía acercarse a las oficinas de la Cooperativa de esta ciudad, que el 25 de marzo aproximadamente a las 10h30, ha tomado contacto con la Lic. Janeth Martínez y los Abogados de la Cooperativa, que le han preguntado, que cómo le había llegado un depósito de 300,00 dólares, a la cuenta que ha tenido en esa entidad, que les ha manifestado, que en el 18 de marzo del 2014, por medio de su cuenta de Facebook, se ha contactado un compañero de nombres Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que le ha manifestado, textualmente "acolite deme depositando una plata que le debo a un pana, que ya me tiene cabrero por donde usted, si hay el Pichincha por acá nadie tiene cuenta en la Cooperativa de la Policía, acolite ahí se coge 20 para su recarga", que no ha notado nada extraño, que han seguido con la conversación, que el día 19 de marzo de 2014, a las 16h00, le ha enviado un mensaje de texto a la cuenta de Facebook, manifestándome "gracias por el favor", que le había contestado, manda bodi te dije que mandes al WASAP, que le ha manifestado, ya te mando el número si aún necesitas bodi, que le ha respondido, claro pues loco, respondiéndole, ya y le ha dado el número de su cuenta, y él le puso ahorita al Pichincha o servipagos, que deposites ahí, que le ha puesto manda a servipagos, a la cuenta de la mutualista Pichincha, que él le manifestó, ya se hizo muy de noche mañana por la mañana tienes chance, que le ha respondido si bodi, que él le contestó mañana entonces loco, que le ha dicho avisarás, contestándole ok mañana por las 09h00, que le ha preguntado donde estás, que le ha contestado diciéndole en tu pueblo, que posteriormente a esto no escribió más, que el 20 de marzo, ha recibido un mensaje a las 14h07, manifestándole "PILAS YA ESTÁ DEPOSITADO 300, QUE ME DES DEPOSITANDO AL PICHINCHA A ESTA CUENTA XX DENNIS MORALES XX PILAS" que le ha contestado en donde en la Mutualista y él me responde en la Policía, manifestándole "YO TE DEPOSITÉ EN LA COOPERATIVA DE LA POLICÍA", que no había hecho el depósito, que el 22 de marzo a las 2h13, le ha escrito el señor Víctor Ferigra a la cuenta facebook, diciéndole "VEA LE DEPOSITO OTROS 300,00 PERO DEPOSITE LA PLATA DIRECTO EN EL PICHINCHA PARA QUE SE HAGA EFECTIVO DE UNA", que le ha parecido un poco raro por lo que le ha contestado "CHUSCO BODI ESPERE NO MAS YA SE LE HA DE HACER", que le ha parecido extraña esa situación, que el mismo 22 de marzo de 2014, aproximadamente a las 10h09, el señor Víctor Ferigra le envía un mensaje, diciendo, 'TENÍA QUE DARLE HASTA EL DÍA DE AYER ESA PLATA" que le ha preguntado "Y QUE PASÓ COMO ASÍ" él le respondió "LE DEBÍA Y CUANDO ESTÁS FRANCO" que el 24 de marzo de 2014, a las 16h31 , había recibido la llamada de la funcionaria de la Cooperativa de la Policía Nacional, que le ha vuelto a escribir a él, que se ha hecho el desentendido poniéndole "NO ENTIENDO", que el día 10 de abril aproximadamente a las 14h31 minutos le ha escrito diciéndole "PORQUÉ ERES MALA PERSONA Y ME METES EN PROBLEMAS YO QUE TE HE HECHO DE MALO TIENES QUE EXPLICAR LO QUE HACES POR QUE YO NO ME VOY A CRUZAR PROBLEMAS, POR UN DELICUENTE COMO TÚ, DESCARADO", es así que desde la última vez 24 de marzo de 2014, no ha recibido ningún mensaje de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que al no entender cómo llegó ese dinero a su cuenta ya que Víctor Manuel Ferigra Anangonó, le ha manifestado que había hecho personalmente el depósito, que los funcionarios de la Cooperativa de Policía Nacional, le han indicado, que se había hecho una trasferencia electrónica; por lo que al no tener clara esta situación, sintiéndome perjudicado, que con sus datos y a su cuenta fraudulentamente se haya acreditado esos 300,00 dólares, que ha puesto la denuncia en la Fiscalía, que ha proporcionado el acceso a la cuenta de

Facebook, que Ferigra Anangonó cuando trabajaba en la ciudad de Tena, de igual manera había tenido este tipo de problemas, el señor Oviedo Fraga Leonardo Mauricio, en lo cardinal de su testimonio dijo que el día 19 de marzo de 2014, ha sido contactado vía facebook, por el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, el cual le solicitaba de favor especial le dé realizando un depósito de 200,00 dólares a nombre del señor Dennys Gustavo Morales Rea, en el Banco Pichincha, a la cuenta No. XX, por lo que retiró del cajero automático de la Cooperativa de la Policía, 200,00 dólares, que en otra conversación le ha dicho al señor Ferigra, si conocía alguien que le podía prestar dinero, que le ha dicho que ya iba a ver, que luego en otra conversación le dijo que le podía prestar, pero que le dé depositando al primo el resto del dinero, que depositaba como préstamo, que le ha agradecido , que luego el día lunes 24 de marzo del 2014, había revisado la cuenta de facebook en la mañana, que ha encontrado un mensaje que decía, "QUE MAS LOCO YA TE HICE LA TRASFERENCIA ME DEPOSITAS ANTES DE LAS 10 DE LA MAÑANA "que le ha agradecido y se trasladó a la Cooperativa de la Policía, Sucursal Tulcán, a ver cuánto podía retirar, es así que la señorita de atención al cliente, le indicó que podía retirar la cantidad de USD $ 3.798,00 dólares, que ha preguntado de que era, manifestándole que era de unas transferencias que le ha vuelto a preguntar quien era, indicándole que eso no se podía ver, razón por la cual, ha procedido a retirar por ventanilla la cantidad de USD $ 3.798,00 dólares, sin registrarse ninguna novedad, por lo cual había ido al banco Pichincha a depositar la cantidad de USD $ 1.000,00 dólares, que vía facebook, le ha preguntado, que vía Facebook le ha preguntado, que de cuanto le había hecho el depósito, manifestándole el señor Ferigra, "3.800 LOCO HE DEPOSITADO DEMÁS", que el mismo día aproximadamente a las 12h30, ha llegado hasta el domicilio el señor Econ. Jorge Ortiz, Gerente de la Sucursal Tulcán, de la Cooperativa de la Policía, quien le ha indicado que querían conversar desde la ciudad de Quito, que había unos problemas con las transferencias, que había hablado con la señora Janeth Martínez, que le ha indicado, que la plata que había recibido había sido sacada de otras cuentas sin autorización de sus propietarios, razón por la cual me solicitó que esté en la ciudad de Quito, a fin de solucionar dicho problema, que tenía dos denuncias, en la Fiscalía, razón por la cual ha presentado la denuncia ante la Fiscalía y no ante la Cooperativa, que está dispuesto cuando la autoridad lo requiera a devolver el dinero que le fue entregado por parte de la Cooperativa, el señor perito informático Cbop. de la Policía Milton Efraín Jaque, dijo que realizó una experticia informática respecto de la base de datos de sistema informático de la Cooperativa Policía Nacional a fin de establecer los LOGS registros de las transferencias desde las cuentas No. XX perteneciente al señor Pedro Alvarado Andy Ruiz, hacia la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó; de la fecha 14 de diciembre del 201 3, por el monto de USD $735 dólares; desde la cuenta perteneciente a la señora Rodas Ramírez Roselin Raquel, hacia la cuenta No. XX, de la Cooperativa 29 de Octubre perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó; el 9 de enero del 2014, por el monto de USD $300 Y USO $40 dólares; de la cuenta No. XX, perteneciente al señor Delgado Landázuri Roberto Carlos, hacia la cuenta No. XX de la Cooperativa 29 de Octubre, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, específicamente el 6 y 8 de enero del 2014, por el monto de USD $ 300 y USD $ 40 dólares, desde la cuenta No. XX perteneciente al señor Coral Pilacuán Juan Carlos hacia la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que la pericia fue realizada en la base de datos del sistema de la Cooperativa de la Policía Nacional y finalmente el testimonio de la señora Econ. Leticia Aida Morales Gallegos, quien dijo que realizo un análisis contable donde se establece el perjuicio económico mediante las transferencias bancarias, que ha revisado el sistema informático referente a la contabilidad de la Cooperativa de la Policía Nacional, que ha verificado que la cuenta XX ha pertenecido al señor Andi Ruiz Pedro Álvaro, en la que refleja las transacciones por los valores siguientes $ 35,00, $ 100,00, $ 400,00 y $ 100,00 dando un total de USD $ 735,00 dólares de los Estados Unidos de Norte América, que estas transferencias se han efectuado el 16 de diciembre del 2013 las mismas que constan en el estado de cuenta como nota de débito transferencias por internet, valores que fueron acreditados a la cuenta XX, que se ha registrado de propiedad del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó y que fueron abonadas con nota de crédito transferencia por Internet, de la cuenta debitada XX perteneciente al señor Delgado Landázuri Roberto Carlos, hacía la cuenta No. XX acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

realiza las transferencias por un valor total de USD $ 340,00 con fecha tres de enero de 2014, de la cuenta No. XX perteneciente al señor Coral Pilacuán Juan Carlos hacía la cuenta No. XX acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó había sido debitada el valor de USD $ 200,00 mediante única transferencia de 17 de diciembre del 2013, valor que consta como nota de débito transferencia por internet , de la cuenta debitada XX de la señora Cobas Ibujes lvone hacia la cuenta No. XX (Cooperativa 29 de Octubre) acreditada de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por un valor total de USD $ 144,00 mediante tres transferencias; de la cuenta debitada No. XX perteneciente a la señora Farinango Toctaguano Mariela Guadalupe hacía la cuenta No. XX, la cantidad de USD $ 350,00, ha sido acreditada a la cuenta No. XX de la Cooperativa Policía Nacional de propiedad del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que se había acreditado la cantidad de USD $ 3.912,00, en la cuenta No. XX del señor Oviedo Fraga Leonardo Mauricio, que mantenía en la Cooperativa Policía Nacional , que para tal efecto se había realizado las transferencias indebidas no autorizadas de varias cuentas de la Cooperativa Policía Nacional, de la cuenta debitada de la Cooperativa Policía Nacional No. XX, perteneciente al señor Reyes Ayala Christian Jorge hacia la cuenta No. XX de propiedad de Mina Zura Manuel Santiago el valor de USD $ 300,00; que se han realizado transferencias hacía varias cuentas mediante Internet y transferencias interbancarias a cuentas de ahorro de la misma Cooperativa Policía Nacional, pero de distintos clientes, por un valor de USD $ 5.202,90, que en resumen y luego del análisis efectuado a las transferencias vía internet o interbancarias da un total de USD $11.583,90 de los Estados Unidos de Norte América, por las razones expuestas, el Tribunal arriba a la certeza tanto del objeto del tipo como del perjuicio económico ocasionado y de la modalidad fraudulenta utilizada para conseguir el fin propuesto por el señor del acontecer fáctico, es decir la ejecución o materialización de actos de disposición, de dueño y señor, lo que comporta, de un lado, que el bien entre por un instante siquiera a la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y del otro obviamente la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real.

B- Respecto de los elementos del tipo subjetivo: En cuanto al **tipo subjetivo,** este delito es doloso, no admitiéndose la culpa y, dada la estructura del tipo, el dolo debe ser directo, esto es, el autor debe conocer y querer la realización de los elementos del tipo objetivo, para alcanzar el fin propuesto, esto es, conocer y querer abusar, utilizando para ello cualquiera de las modalidades previstas por el tipo, esto es la apropiación de un bien ajeno o la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, mediante la utilización fraudulenta de sistemas de información o redes electrónicas, programas informáticos, o la alteración, manipulación o modificación del funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos. En el caso ha quedado establecido que el procesado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** actuó con conocimiento y voluntad, es decir con dolo. El Código Penal, en el inciso primero del art. 14, puntualizaba al dolo como: "La infracción dolosa es aquella en la que hay el designio de causar daño"; dicho en buen romance es el conocimiento y voluntad de ejecutar los elementos objetivos del tipo penal; al referirse al dolo los tratadistas Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, en la obra Derecho Penal Parte General, 8va Edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-2010, señalan que el dolo, "se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito (...) el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognitivo y otro volitivo. A) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica (el elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto a los (elementos objetivos del tipo: sujeto, conducta, resultado, relación casual o imputación objetiva, objeto material, etc. (...) b) Elemento volitivo para actuar dolosamente no basta con el mero querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o los móviles del secreto (...) el elemento volitivo supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar". Quedando la voluntad demostrada con las pruebas documentales y testimoniales practicadas, se evidenció, que el procesado Ferigra Anangonó se había comunicado el 18 de marzo del 2014, con el señor Manuel Minda Zura, vía Facebook, que le ha manifestado, textualmente "acolite deme depositando una plata que le debo a un pana, que ya me tiene cabrero por donde usted, si hay el Pichincha por acá nadie tiene cuenta en la Cooperativa de la Policía, acolite ahí se coge 20 para su recarga", que no ha notado nada extraño, que han seguido con la conversación,

que el día 19 de marzo de 2014, a las 16h00, le ha enviado un mensaje de texto a la cuenta de Facebook, manifestándome "gracias por el favor", que le había contestado, manda bodi te dije que mandes al WASAP, que le ha manifestado, ya te mando el número si aún necesitas bodi, que le ha respondido, claro pues loco, respondiéndole, ya y le ha dado el número de su cuenta, y él le puso ahorita al Pichincha o servipagos, que deposites ahí, que le ha puesto manda a servipagos, a la cuenta de la mutualista Pichincha, que él le manifestó , ya se hizo muy de noche mañana por la mañana tienes chance, que le ha respondido si bodi, que él le contestó mañana entonces loco, que le ha dicho avisarás, contestándole ok mañana por las 09h00, que le ha preguntado dónde estás, que le ha contestado diciéndole en tu pueblo, que posteriormente a esto no escribió más, que el 20 de marzo, ha recibido un mensaje a las 14h07, manifestándole "PILAS YA ESTÁ DEPOSITADO 300,00 QUE ME DES DEPOSITANDO AL PICHINCHA A ESTA CUENTA XX DENNIS MORALES XX PILAS" que le ha contestado en donde en la Mutualista y él me responde en la Policía, manifestándole "YO TE DEPOSITÉ EN LA COOPERATIVA DE LA POLICÍA", que no había hecho el depósito, que el 22 de marzo a las 2h13, le ha escrito el señor Víctor Ferigra a la cuenta facebook, diciéndole "VEA LE DEPÓSITO OTROS 300,00 PERO DEPOSITE LA PLATA DIRECTO EN EL PICHINCHA PARA QUE SE HAGA EFECTIVO DE UNA", que le ha parecido un poco raro por lo que le ha contestado "CHUSCO BODI ESPERE NO MAS YA SE LE HA DE HACER", que le ha parecido extraña esa situación, que el mismo 22 de marzo de 2014, aproximadamente a las 10h09, el señor Víctor Ferigra le envía un mensaje, diciendo, "TENÍA QUE DARLE HASTA AYER ESA PLATA" que le ha preguntado "Y QUE PASÓ CÓMO ASÍ" él le respondió "LE DEBÍA Y CUANDO ESTAS FRANCO" y el señor Oviedo Fraga Leonardo Mauricio, dijo que el día 19 de marzo de 2014, ha sido contactado vía Facebook, por el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, el cual le ha solicitado de favor especial, que le dé realizando un depósito de 200,00 dólares a nombre del señor Dennys Gustavo Morales Rea, en el Banco Pichincha, a la cuenta No. XX, por lo que ha retirado del cajero automático de la Cooperativa de la Policía, USD $ 200,00 dólares, que le ha dicho al señor Ferigra, si conocía alguien que le podía prestar dinero, que le dijo que le podía prestar, pero que le dé depositando al primo el resto de dinero, que depositaba como préstamo, que el día lunes 24 de marzo del 2014, en la cuenta de Facebook, ha encontrado un mensaje que decía, "QUE MAS LOCO YA TE HICE LA TRASFERENCIA ME DEPOSITAS ANTES DE LAS 1O DE LA MAÑANA" que lo ha agradecido, que ha ido a la Cooperativa de la Policía, Sucursal Tulcán, a ver cuánto podía retirar, que podía retirar la cantidad de USD $ 3.798,00 dólares, que han manifestado, que era de unas transferencias, que vía Facebook, le ha preguntado, cuanto le había depositado manifestándole el señor Ferigra, "3.800 LOCO, HE DEPOSITADO DEMÁS", con las pruebas presentadas como el testimonio de la perito contable y demás pruebas de cargo se ha comprobado que el procesado había logrado apropiarse del dinero de algunas cuentas a través de transferencias por internet, en sus dos cuentas personales, sin que se haya podido determinar quién le ayudó o si lo hizo él solo, quedando evidenciada la voluntad del procesado al haberse comunicado con los señores Mina y Oviedo, para proponerles que le faciliten el número de las cuentas que ellos poseían en la Cooperativa de la Policía Nacional, para realizar las trasferencias indebidas o no consentidas por su titulares, de lo cual se desprende el elemento volitivo del dolo ya que los hechos no fueron perpetrados al azar, razones por las cuales el Tribunal declara demostrados los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la categoría dogmática de la tipicidad, siendo procedente analizar la siguiente categoría dogmática de la antijuridicidad. El procesado señor Ferigra Anangonó a través del engaño ha utilizado a dos personas para que se le acredite en sus dos cuentas, que mantenía tanto en la Cooperativa Policía Nacional y 29 de Octubre, para apropiarse del dinero de otros socios de la Cooperativa Policía Nacional, sin aparecer el inculpado en las fraudulentas transacciones, hechos que prueban su conducta dolosa, la misma que ha sido probada con los testimonios de los Srs. Mina y Oviedo de los mismos, que son concordantes con el testimonio de la perito contable.

6.2.- SOBRE LA CATEGORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Comprobados los elementos propios de la primera categoría de la tipicidad, se debe continuar con el subsiguiente análisis de la categoría dogmática de la antijuridicidad. En cuanto a la antijuridicidad formal (desvalor de la acción), y la antijuridicidad material (desvalor de resultado) del acto típico acusado, el procesado VÍCTOR MANUEL

FERIGRA ANANGONÓ no ha demostrado encontrarse beneficiado por ninguna causal de justificación (desvalor de la acción), así como tampoco ha desvirtuado la no producción del resultado de lesión del "bien jurídico protegido" (desvalor de resultado) puesto que, efectivamente se produjo la apropiación de un bien ajeno o la transferencia no consentida de bienes valores o derechos de una persona, en el caso las trasferencias no consentidas de la Cooperativa de Policía Nacional; elementos que permiten al Tribunal arribar a la certeza lógica de que se produjo la lesión al bien jurídico protegido y de que este hecho no fue ejecutado al azar, con lo cual se encuentran configuradas las categorías dogmáticas de tipicidad y antijuricidad en la conducta acusada, siendo procedente por ello pasar a analizar la culpabilidad del acusado.-

6.3.- Sobre la categoría de culpabilidad: En cuanto a la culpabilidad como juicio de reproche, dicho juicio tiene como supuestos los siguientes ingredientes: La imputabilidad; la conciencia actual o potencial de la antijuricidad; y, la exigibilidad de otra conducta;

6.3.1.- En caso, el acusado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** no ha demostrado ser inimputable frente al Derecho Penal;

6.3.2.- Tampoco ha demostrado el acusado que haya obrado en virtud de error de prohibición vencible o invencible; y,

6.3.3.- Es evidente que, en el caso que nos ocupa si les era exigible al acusado otra conducta, esto es, el respetar la propiedad ajena como bien jurídico protegido constitucionalmente, por lo que es socialmente reprochable el apropiarse ilícitamente de un bien ajeno o que no le pertenecía; razones por la cuales se declara probada la **categoría dogmática de la culpabilidad.**

Configuradas así todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito, siendo procedente, por ende, entrar a analizar la autoría y participación en el mismo del señor **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ** para cuyo efecto el Tribunal, deja por sentado ciertas premisas dogmáticas. Para la teoría del injusto personal, le es esencial la relación con el autor. En los delitos dolosos, como en el presente caso materia de este análisis, es autor solamente el señor fáctico, sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión. En el caso, el acusado **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** tuvo el dominio fáctico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigida en forma planificada para alcanzar el fin propuesto que ocasionó la vulneración de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, en el caso la propiedad, el cual fue conculcado con la apropiación ilícita de los bienes esto es las trasferencias de valores monetarios de varias cuentas de la Cooperativa Policía Nacional, a las cuentas de otros socios para beneficio personal, conducta que se enmarca en actos principales, directos e inmediatos, tendientes a la perpetración del acto punible, que le ubican al señor **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** en calidad de autor del delito de apropiación ilícita, delito tipificado y sancionado en el artículo 553. 1, del Código Penal.

VII.- DE LA PENA

En cuanto a la aplicación de la pena el Tribunal, considera que el Principio de Proporcionalidad de las penas requiere que la clase y la cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito, y que únicamente encuentra justificación la imposición de una pena a la persona responsable de la comisión de una infracción, ello comporta la doble exigencia de que la pena se imponga sólo como consecuencia de su acción y omisión, como objetivo, esto es, que concurran los requisitos de imputación (que haya ocurrido intención de cometer la conducta punible) e imputabilidad (que haya sido realizado en estado de equilibrio mental o capacidad de querer o entender y de determinarse frente a ella), por tanto esta pena se justifica sólo cuando puede afirmarse la culpabilidad del autor, por lo que esta categoría dogmática, en el hecho opera no sólo como presupuesto sino como medida de castigo, de lo que se deriva la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito.- Por las razones expuestas y con fundamento en los artículos 304A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, condena al ciudadano ecuatoriano **VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ,** ciudadano ecuatoriano, cuyo estado y condición constan de esta sentencia, en acatamiento a lo dispuesto

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

en el art. 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo señalado en los arts. 5 numeral 2 y 16 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal dando cumplimento al principio de favorabilidad a la pena de dos años y, medio, de privación de la libertad, por considerarle autor del delito de apropiación ilícita, tipificado y sancionado en el artículo 553.1, del Código Penal; pena corporal que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social en el que se encuentre guardando prisión y de la que deberá descontarse el tiempo que haya permanecido detenido por esta misma causa.- En cumplimiento con lo dispuesto en el numeral quinto del art. 309 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta las circunstancias de la infracción y, la disposición del art. 78 de la Constitución de la Republica, que establece que las víctimas tienen derecho a la reparación integral del daño causado, entre ellas la indemnización y rehabilitación, se determina como monto económico por los daños y perjuicios materiales e inmateriales, subjetivos ocasionados por la infracción la cantidad de ocho mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a favor de la víctima Cooperativa Policía Nacional. La acusación particular presentada no es maliciosa ni temeraria:- No ha existido una indebida actuación por parte de la Fiscalía ni de la Defensa.- Con costas.- **Léase y Notifíquese.-**

f) Dr. Luis Manosalvas Sandoval, Juez; Dra. Olga Azucena Ruiz Russo, Jueza; y, Dra. Miriam Escobar Pérez, Jueza.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2014-1765

Juez Ponente: Dr. Fabricio Rovalino Jarrín

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.- SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. Quito, lunes 16 de marzo 11h25.

VISTOS: Encontrándose integrado en legal y debida forma este Tribunal de Alzada conoce el recursos de apelación interpuesto por VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ, en contra de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, que le impone la pena de "DOS AÑOS Y MEDIO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD", por considerarle autor del delito de apropiación ilícita, tipificado y sancionado en el artículo 553.1 del Código Penal. Radicada la competencia en este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por el sorteo de ley, procede a emitir su pronunciamiento por escrito sobre el recurso de apelación interpuesto.- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera lo siguiente:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: En virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal y en los artículos 29 numeral 1, 335 y 343 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal; y, 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Sala de lo Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto.-

SEGUNDO.- AUDIENCIA ORAL PÚBLICA Y CONTRADICTORIA: En el día y hora señalados, se realiza la Audiencia Oral, Pública y Contradictoria, ante este Tribunal, en la misma, el recurrente Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por intermedio de su abogado defensor, expresa que "La sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha infringe normas Constitucionales ..., pues fiscalía no presentó pruebas sobre la participación en el delito acusado ..., la norma de conducta de Víctor Manuel Ferigra no ha sido encuadrada dentro de la antijuridicidad, por cuanto fiscalía no ha demostrado el medio y el modo en que ha procedido a la presunta apropiación de los valores materia de esta causa. Mi defendido está siendo juzgado porque aparecieron fondos en su cuenta bancaría, pero fiscalía tenía que demostrar si la presencia de esos valores es producto de un acto ilícito. Mi defendido es una persona casi analfabeta, no tiene los conocimientos de un ingeniero en sistemas; tampoco fiscalía ha podido demostrar que haya tenido acceso a los códigos y salvaguardias, que por ser secretos, solo son de conocimiento del ejecutivo de un banco o de una cooperativa, no se encuentran a disposición de cualquier funcionario y menos del

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

público en general. Mi defendido está siendo sentenciado por el delito de apropiación de fondos por medios electrónicos, entonces fiscalía tenía que demostrar el grado de participación y cómo realizó esas transferencias a su cuenta, sin embargo, lo único que demostró es que los dineros aparecieron en la cuenta del señor Ferigra y en otras cuentas bancarias, pero no la forma o el modo en que el señor Ferigra se apropió de esos fondos. Es conocido que las únicas personas que pueden realizar esas transacciones son los hackers, Ferigra no tenía conocimiento de que esos fondos eran ilegales, él sacaba pensando que era de los ahorros de la pensión que percibía como ex miembro de la Policía Nacional, que no trabajaba en la cooperativa de dicha institución. La rusticidad de mi defendido no abarcaría ese campo tan amplio de conocimiento, no es experto en sistemas y medios electrónicos, para que él haya podido tener acceso a las claves, (...) ni siquiera puede haber complicidad porque mi defendido no puede ser la persona que hizo las transferencias, entonces estaríamos arrastrando esta prueba al principio *indubio pro reo*, porque si no está el verdadero autor, en qué condición está mi defendido. En la audiencia se solicitó que en base al principio de favorabilidad, se aplique la pena menos rigurosa, sin embargo, se aplicó la pena del Código Penal. A más de eso se solicitó la suspensión de la pena, tomando en cuenta lo establecido lo establecido en el artículo 630 del **COIP**, ya que la pena privativa de libertad es de 1 a 3 años, el compareciente no ha sido sentenciado por ninguna otra causa y el delito no se encuentra dentro de las prohibiciones del numeral 4 del artículo 630, pero no se dio paso a esta solicitud, por lo que pido que en caso de no aplicarse el *indubio pro reo*, se dé paso a lo dispuesto al artículo 630 del **COIP** o se sentencie en base al principio de favorabilidad". Por su parte Fiscalía manifiesta que "No se ha fundamentado el recurso (...) la sentencia condenó al recurrente con el principio de favorabilidad. Es determinante el testimonio del señor cabo de policía Milton Efraín, quien hizo la pericia y determinó los registros de las transferencias desde las cuentas pertenecientes al señor Pedro Alvarado, hacia la cuenta XX, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó hoy recurrente; así mismo da las diferentes fechas en que se dieron las transferencias y de diferentes personas hacia las cuentas que tenía el señor Ferigra en la misma cooperativa; sin embargo, el recurrente manifiesta que no se ha dado cuenta que ha incrementado su patrimonio dentro de las dos cuentas, eso no probó dentro de la audiencia de juzgamiento, simplemente ha manifestado que es la cuenta donde le depositaban el sueldo; el sueldo de un policía no pasa de once mil dólares que él obtuvo dentro de las trasferencias realizadas por diferentes personas; así mismo, el tribunal observó los testimonios de las víctimas u ofendidas, la manipulación del acusado, que les pedía el número de cuenta porque les iba hacer un depósito, sin embargo, las cuentas de los policías después estaban vacías; esas cuentas según el peritaje informático que realizó la fiscalía, formar parte del patrimonio del hoy recurrente. El recurrente confunde entre la favorabilidad y la pena mínima, se lo procesó con el artículo 553.1 del Código Penal, que establece una pena de 6 meses a 5 años, sin embargo el tribunal aplicando el principio de favorabilidad, le aplicó una pena de 2 años a 5 años de privación de la libertad. Con estos argumentos, fiscalía solicita se ratifique la sentencia venida del tribunal. La suspensión no cabe, en esta clase de delito, por cuanto el recurrente no ha presentado ninguna justificación al respecto". Finalmente, el acusador particular (Cooperativa de la Policía Nacional), dice que: "dentro del proceso consta una certificación de la Comandancia General de la Policía, en la cual indica que el procesado ya no es miembro activo de la Policía Nacional, ni pasivo, en tal virtud, ya desde hace algún tiempo atrás no recibía ningún tipo de sueldos". Ejerciendo su derecho a la réplica, el recurrente dice que "la investigación está dejando muchas cosas en el aire, se está dejando en libertad al verdadero culpable. En relación a la aplicación del principio de favorabilidad, el artículo 190 del **COIP,** manifiesta que la pena de estos delitos es de 1 a 3 años, aplicando las atenuantes la pena sería de un año, pero aquí le están sentenciando como autor a dos años y cinco meses, en qué parte está el principio de favorabilidad. De igual manera dice que no ha justificado la suspensión de la pena, en primer lugar, dijo que esta clase de delitos no se beneficia de esta suspensión, pero **COIP** dice que la pena que va de 1 a 3 años y el artículo 630 del **COIP**, manifiesta que la pena se aplicará de 1 a 5 años siempre y cuando no sea en delitos sexuales, es decir nunca el Tribunal dio paso a la audiencia para justificar documentadamente que el señor no era una persona de peligro, el señor nunca ha tenido problemas con la justicia, el señor fue utilizado por algún funcionario o ingeniero para realizar

estas transacciones, pero él no es autor, en base a estos fundamentos solicito se acepte la apelación y se rectifique la sentencia dictada por el Tribunal".
TERCERO.- ANÁLISIS DE LA SALA EN TORNO AL RECURSO DE APELACIÓN: El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo en su obra Derecho Procesal Penal, Tomo IX, sobre la apelación, dice: "El derecho de impugnar se lo concede a la parte procesal para que se oponga a la ejecución de una decisión judicial que le causa agravio. La persona que ejerce el derecho de impugnar debe actuar en función de un interés surgido del gravamen que le ocasiona la decisión impugnada (...)" el profesor Couture en relación con el tema del agravio, dice: "El agravio es la injusticia la ofensa, el perjurio material o moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues la apelación"; mientras tanto, el citado jurista Jorge Zavala Baquerizo, añade que "(...) El agravio puede ser real o supuesto, de acuerdo al criterio de quien ejerce el derecho de impugnación. Necesariamente no debe ser una providencia injusta; pero si la parte procesal considera que sí lo es, que existe oposición entre el hecho real y el hecho considerado en la providencia; o entre lo dicho por la ley y lo aceptado por la resolución, entonces, la persona que considera que estos errores de hecho, o de derecho, de forma, o de fondo, lo perjudican, puede ejercer el derecho de impugnación. (...) El derecho de impugnación, siendo un derecho subjetivo, que nace en el momento en que la persona se constituye en parte procesal, necesita materializarse, objetivarse para su ejercicio y el modo de hacerlo es mediante el recurso. En el caso que nos ocupa, la defensa plantea en primer lugar una supuesta violación de las normas constitucionales relacionadas con el debido proceso y garantías del procesado, debido a la no presentación de pruebas sobre la participación del recurrente en el delito, pues afirma "que la conducta no se ha encuadrado en la antijuridicidad, por cuanto fiscalía no ha demostrado el medio y el modo en que ha procedido a la presunta apropiación de los valores materia de esta causa", que no tiene los conocimientos de un ingeniero de sistemas ni acceso a las claves de las cuentas de la Cooperativa; afirma la existencia de duda razonable, por lo que pide se aplique el *indubio pro reo;* además solicita la aplicación del principio de favorabilidad o la suspensión de la pena conforme el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal. Respecto de la alegación sobre la falta de antijuridicidad en la conducta, lo que devendría en un actuar jurídicamente aceptable, es importante indicar, que no se ha planteado oposición a la adecuación típica de la conducta, es decir, que la conducta se encuadra en el tipo penal, descrito en el artículo 553.1 del Código Penal, que sanciona a la apropiación o transferencia de bienes valores ajenos, en perjuicio de otras personas y en beneficio propio o de terceros, alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos; sin embargo, la defensa afirma que dicha conducta no es antijurídica. Para esclarecer tal afirmación, es necesario indicar que la antijuridicidad, se entiende como la conducta contraria al ordenamiento jurídico, misma que al rebasar el riesgo prohibido en la norma, produce como resultado la lesión a un bien que se pretende proteger jurídicamente, verificando un desvalor de la acción y un desvalor del resultado (antijuridicidad formal y material), para que una conducta típica, deje de ser antijurídica, es necesario que se evidencien causas de justificación de dicho comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, lo que consigue enervar la antijuridicidad en el actuar. En el caso, el bien jurídico que la norma pretende tutelar es la propiedad de bienes valores, que al existir las transferencias bancarias de cuentas de terceros a la del procesado, vislumbra haber sido lesionado, por el actuar doloso del hoy recurrente (desvalor de resultado), y sin mediar una causa de justificación (desvalor de acción); esta afirmación se sustenta en el testimonio del abogado Alejandro Rivadeneira Procurador Judicial del Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Policía Nacional, quien indica que "en diciembre del 2013 se han presentado varias denuncias de socios que reclamaban por transacciones indebidas, se determinó que esas transferencias estaban dirigidas a la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por lo que se bloqueó dicha cuenta; las denuncias continuaron ya que las trasferencias se realizaban a otra cuenta en la Cooperativa 29 de Octubre, que de igual manera pertenecía al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó ..., se determinó que dos socios, el señor Minda Zura y Oviedo Fraga recibieron depósitos de los denunciantes, por lo que la Cooperativa solicitó información de por qué existen depósitos en su cuentas y han manifestado que fue por pedido del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó..., que la cooperativa fue perjudicada en

USD $ 11.583 dólares", testimonio que es ratificado por el de la señora Jeanneth Elsa Martínez Vinueza, quien ratifica que "por los reclamos por parte de los socios, se determinó la existencia de transferencias, a las cuentas del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó"; y, además indica que "cuando han bloqueado la cuenta (del recurrente), se han hecho algunas transferencias a una cuenta en la Cooperativa 29 de Octubre"; que se verificaron transferencias a la cuenta de los señores Minda Zura (socio de la cooperativa) y Oviedo Fraga, quienes en sus testimonios "han manifestado que recibieron el dinero de la cuenta del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó, que el señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó les había dicho que les había hecho llegar el dinero". De la misma manera, los testimonios de los socios de la cooperativa, cuyas cuentas habían sufrido disminución por las transferencias realizadas, señores Wilson Arturo López Morillo, Vinicio Rodrigo Paredes Averos, Omar Esteban Sevilla Narváez, Andy Ruiz Pedro Álvaro, Rodas Ramírez Roselyn Raquel, Ivonne Patricia Cobas Ibujes, Delgado Landázuri Roberto Carlos, Juan Carlos Coral Pilacuán y Farinango Toctaguano Mariela Guadalupe, son concordantes en indicar que de sus cuentas en dicha cooperativa, se han realizado transacciones ilegítimas a la cuenta del recurrente, disminuyendo su capital, y que el dinero, les ha sido devuelto por la cooperativa. Además, las dos personas, en cuyas cuentas han sido depositados fondos por parte del recurrente, señores Minda Zura Manuel Santiago y Oviedo Fraga Leonardo Mauricio, concuerdan en expresar que los referidos depósitos han llegado a sus cuentas, por pedido de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, quien les ha solicitado utilizarlas para realizar los referidos depósitos, mismos que se han realizado a través de transferencias bancarias desde cuentas de terceros y que el dinero, debía ser retirado y depositado con posterioridad en las cuentas del hoy recurrente. El Cabo de Policía Milton Efraín Jaque, quien realizó la experticia informática respecto de la base de datos de sistema informático de la Cooperativa Policía Nacional "a fin de establecer los **LOGS** registros de las transferencias hacia la cuenta No. XX, perteneciente al señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó", en su testimonio indica que se verificaron en diferentes fechas, varias transferencias de diversas cuentas de la cooperativa a la del hoy recurrente Víctor Ferigra; la señora Leticia Aida Morales Gallegos, quien realizó el análisis contable en la Cooperativa, concluye que el perjuicio económico causado por las transferencias bancarias realizadas a la cuenta de Víctor Ferigra, es de once mil quinientos ochenta y tres dólares con noventa centavos (USD. $11.583,90), que fueron transferidos por internet a la cuenta XX de la Cooperativa de la Policía Nacional, de propiedad del señor Víctor Manuel Ferigra Anangonó. En definitiva, la conducta antijurídica que se imputa al procesado, es la que deviene de la comprobación de la adecuación típica de su actuar al delito contemplado en el artículo 553.1 del Código Penal; y que, conforme ha quedado demostrado, ha sido perpetrada por el procesado sin causa de justificación, contra valores de propiedad de terceros y afectando un bien jurídico protegido. Si bien la defensa ha mencionado que el recurrente no tiene los conocimientos de un ingeniero de sistemas, ni acceso a las claves de las cuentas de la Cooperativa, por lo que se generaría, según manifiesta, una duda razonable, la prueba aportada por Fiscalía, permite al Tribunal obtener certeza sobre la responsabilidad del procesado en la infracción que se investiga, pues como se ha dicho, por medio de transferencias, se apropió de dineros pertenecientes a terceras personas, causando un daño a su propiedad, hecho probado que desvirtúa toda duda razonable. Tampoco se evidencian violaciones al debido proceso, garantías básicas y normas internacionales por la supuesta no antijuridicidad de la conducta, como ha manifestado el recurrente, por lo tanto estos argumentos carecen de validez y son desestimados. Por otro lado, el recurrente ha solicitado la aplicación a su favor del principio de favorabilidad, al respecto es necesario indicar que, desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se ha modificado el quantum de ciertas penas, en unos casos endurecidas y en otros haciéndolas más laxas; en este contexto, para aquellas infracciones cuyas penas son menores o más beneficiosas, cabe la aplicación del principio de favorabilidad contemplado en el artículo 76.5 de la Constitución, en concordancia con los artículos 5.2 y 16.2 de Código Orgánico Integral Penal; para el caso en análisis, si bien la pena establecida en el Código Penal (aplicable al caso por mandato de la Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal) y con la cual se ha sancionado al procesado (artículo 553.1), es de prisión de seis meses a cinco años, y en el Código Orgánico Integral Penal, se establece una sanción que oscila entre uno y tres años de privación de la libertad, la sentencia impugnada luego de manifestar la opción mencionado principio de fa-

vorabilidad, impone al recurrente "la pena de dos años y medio de privación de la libertad", pena que no contraviene ninguna de las dos disposiciones sancionadoras, y se enmarca en la vigente, contenida en el Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto se han respetado los principios de legalidad y proporcionalidad al imponer la pena y se ha aplicado lo más favorable al procesado; en tal virtud, no es procedente atender lo solicitado. Finalmente y de manera subsidiaria, ha pedido se aplique el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal y se proceda a la suspensión condicional de la pena, petición cuya aplicación incluiría un procedimiento y requisitos específicos; en primer lugar, respetando el principio de legalidad y de conformidad con la norma citada, esta petición debió realizarse ante el Juez A quo, en la audiencia de Juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores y para su procedencia es imprescindible la justificación del cumplimiento de los requisitos determinados en el referido artículo 630 del **COIP;** aplicando al caso los requisitos a ser verificados, se puede manifestar que si bien, no se trata de un delito de carácter sexual o de violencia intrafamiliar y que se ha previsto una pena privativa de libertad que no excede de cinco años, el recurrente no ha justificado no tener otro proceso en curso, ni que sus antecedentes personales, sociales y familiares, sean indicativos de que no existe la necesidad de ejecución de la pena, que por el contrario, se hace necesaria ante la gravedad de la conducta. Es decir, a más de resultar extemporáneo, el requerimiento del procesado, resulta improcedente, por la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, la finalidad del enjuiciamiento penal es la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, presupuestos que en el caso, han sido acertadamente declarados por el Tribunal A quo, declarando la culpabilidad del procesado a título de autor, por haber perpetrado de manera directa e inmediata, el delito de apropiación ilícita, tipificado y sancionado en el artículo 553.1 del Código Penal; pues, con conocimiento e incluso utilizando a terceras personas, ha realizado transferencias de dineros ajenos hacia su cuenta bancaria, causando un perjuicio a la propiedad de otros y obteniendo un beneficio propio. En definitiva, escuchadas las partes procesales y analizado el expediente, se llega a la conclusión de que los elementos probatorios incorporados al juicio, permiten al Juzgador tener la certeza sobre la comprobación de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, siendo en tal virtud, legalmente procedente dictar sentencia declarando la culpabilidad de VÍCTOR MANUEL FERIGRA ANANGONÓ e imponiéndole la pena correspondiente por la infracción cometida, tal y como lo ha hecho el Tribunal A quo. Es necesario indicar que este Tribunal, rechaza la afirmación de la defensa sobre la "rusticidad y casi analfabetismo" del procesado, realizada en la audiencia, pues de autos se desprende, que se trata de un Policía en servicio pasivo; es decir, pertenecía a una Institución cuyo ingreso de personal está precedido por el cumplimiento de requisitos mínimos, entre los que se incluye un nivel de preparación educativa o grados académicos.

CUARTO.- RESOLUCIÓN.- Por todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en aplicación de los artículos 250, 252, 304-A, 309 y 312 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 REPÚBLICA**, desestima el recurso de apelación interpuesto; y, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. Se dispone a Secretaría obtener las copias necesarias de esta resolución para el archivo correspondiente.- **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dr. Fabricio Robalino Jarrín, Juez de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha; Leonardo Xavier Barriga Bedoya, Juez; y, Dr. Patricio Ricardo Vaca Nieto, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 23 de noviembre de 2014 las 09h30.

ANTECEDENTES

VISTOS:.- El 20 de noviembre de 2014, las 14h31, el Juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Víctor Manuel Ferigra Anangonó, por presumirlo autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 553.1 del Código Penal; disponiendo además, medidas de carácter real y personal.

El 24 de diciembre de 2014, las 08h11, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declaró al acusado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, autor del delito de apropiación ilícita, tipificado y sancionado en el artículo 553.1 del Código Penal; por lo que, le impuso la pena de "dos años y medio de privación de la libertad" (sic); y, por concepto de daños y perjuicios la suma de ocho mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, en beneficio de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Policía Nacional. Fallo del cual, el sentenciado interpuso recurso de apelación.

El 16 de marzo de 2015, las 11h25, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado. Resolución que por no estar conforme el procesado Víctor Manuel Ferigra Anangonó, la impugnó mediante recurso de casación, que previo sorteo de ley, recayó para su conocimiento en este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173; y, por la Resolución Nro. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas; la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, como Juez Nacional Ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; por el doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional; y, por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

VALIDEZ PROCESAL

El presente recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas procesales del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal; así mismo se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que este Tribunal de Casación, declara su validez.-

PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

La defensa técnica del recurrente en lo principal manifestó:

En la sentencia objetada se ha vulnerado la norma contenida en el artículo 304.1 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, ya que, no existe una debida motivación; y, no se ha probado lo dispuesto en el artículo 41 del Código Penal.

Existen dos normas legales para sancionar el delito cometido, tanto en el artículo 553.1 del Código Penal, como en el Código Orgánico Integral Penal; por lo que, solicita se aplique el principio de favorabilidad de conformidad con los artículos 76.5 de la Carta Magna; 2 y 5.2 del Código Orgánico Integral Penal; 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y, 9 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, acotando que dentro del proceso se han justificado dos circunstancias atenuantes.

El representante de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Policía Nacional en su intervención en síntesis manifestó:

Del proceso consta una debida motivación y valoración de la prueba actuada, donde se determinó la participación del hoy recurrente en la apropiación

de fondos de varios de los depositantes y socios de la Cooperativa.

No hay atenuantes que se puedan valorar a su favor; y, en la sentencia recurrida ya se aplicó la favorabilidad que se alega, pues se le impuso la pena de dos años y medio, cuando podía aplicarse hasta tres años; por lo que, solicita que se deseche el recurso.

El delegado del señor Fiscal General del Estado, en lo medular manifestó.

Conforme lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no se ha indicado cual es la norma vulnerada y en qué medida influyó en la sentencia.

Se ha manifestado la transgresión de algunas normas; sin embargo, el fiscal de la causa presentó la prueba pertinente para establecer tanto la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del recurrente.

Ya se ha establecido una favorabilidad en la sentencia al imponerse la pena de dos años y medio; por lo que solicitó se declare improcedente el recurso interpuesto por falta de fundamentación.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

El recurso de casación

En nuestra legislación el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, señala determinantemente las causales por las que procede el recurso de casación, cuando 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 ésta expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de escoger la norma que corresponde al caso, utiliza otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha considerado y una correcta que se ha omitido; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección; y, el último inciso de la norma citada, decreta la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Juez de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, pues sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley, y si se ha aplicado el correcto uso de las reglas de la sana crítica para valorar el acervo probatorio.

Uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez en su obra "Casación y Revisión Penal" (2008) "La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas" (p. 67), con lo cual concuerda Gilberto Martínez Rave "Procedimiento Penal Colombiano" (1992), agrega que el recurso extraordinario de casación "es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica." (p. 467).

En relación a lo anteriormente indicado, el análisis de este Tribunal se dividirá en dos partes importantes, para de tal manera englobar los argumentos casacionales esgrimidos por el recurrente.

1. La primera, radica en que conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede "(...) cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación", es por ello, que al ser un recurso especial y técnico, lo que se persigue es verificar la debida aplicación de la ley; y, este, requiere de una motivación acorde a la exigencia legal, cuando se va a fundamentar por parte de quien ha impugnado la sentencia de segunda instancia, ya que, esta vía extraordinaria limita las facultades del tribunal al examen del fallo objetado, con relación a los cargos en que se funda la interposición del recurso, el cual debe enmarcarse en una de las causales creadas para su procedencia; por lo que, se indica que quien recurre debe especificar la respectiva norma que estima transgredida, bajo la individualización de cada causal.

Frente a lo señalado anteriormente, el argumento del recurrente se ha constreñido a señalar dos puntos medulares:

El primero radica en la vulneración de la norma contenida en el artículo 304.1 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 76.7 de la Constitución de la República del Ecuador; y como segundo aspecto ha solicitado la aplicación del principio de favorabilidad.

Frente a lo indicado, la casación en materia penal como ya se ha expuesto, requiere del aporte argumentativo idóneo para la declaratoria de procedencia, teniendo en consideración que se deben cumplir con requisitos formales, y ello significa que cuando se alegan vulneraciones de normas legales, se las debe encasillar en alguna de las causales establecidas

en la normativa procesal, lo que en el argumento del recurrente no se ha señalado, ya que, cada uno de los presupuestos creados para la admisión del recurso, representa la forma cómo se quebranta la ley, y aquello se refleja en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, la que el casacionista no ha especificado. Por consiguiente el fundamento esgrimido es estéril y generalizado, en vista de que al Tribunal de Casación no le corresponde organizar o interpretar las alegaciones del impugnante, sino es éste quien debe otorgar los elementos necesarios y formales para que se acepte su planteamiento casacional, teniendo en consideración al principio dispositivo contenido en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala que las y los jueces han de resolver en virtud de lo fijado por las partes.

En otro contexto, es de considerar que una de las garantías constitucionales atribuibles a los sujetos procesales es motivar las resoluciones, y sobre este aspecto recae el primer cargo casacional del sentenciado.

Respecto de aquello, la norma contenida en el artículo 304.1 del Código Adjetivo Penal señala: "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."

Por su parte, la norma establecida en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador señala: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

Bajo tal garantía constitucional, resulta notorio que la motivación no solo implica un requisito esencial para las resoluciones de los órganos públicos, sino que además, su incumplimiento constituye una causa de nulidad. En este sentido, la motivación engloba la relación de los hechos con normas jurídicas y también la subordinación del poder judicial a los mandatos constitucionales, en la medida en que se deben justificar los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha llegado a la resolución adoptada. En la sentencia nro. 035-12-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional, el 08 de marzo de 2012, se ha señalado lo siguiente: " (...) el primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales (...). El Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas."

Sobre la motivación, el tratadista Fernando de la Rúa (1991), en su obra "Teoría General del Derecho", ha acotado lo siguiente: "La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión" (p. 146)

En el caso in examine, el Tribunal de Apelación, para crear un fundamento de motivación que cumpla con la exigencia constitucional y procesal, ha desarrollado a lo largo de la resolución un análisis valorativo de la prueba material, testimonial y documental, en la cual sustentó su convencimiento sobre la infracción cometida, tal como se desprende de la lectura al considerando TERCERO; en palabras del jurista Jairo Parra Quijano, en su obra el "Manual de Derecho Probatorio" (2011) se expone el siguiente criterio: "La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento."; más adelante, el mencionado jurista expone que "Cuando se regla que el juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico,

es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. (...). Debe quedar claro que la valoración conjunta viene después del estudio individualizado de cada medio o elemento probatorio." (p. 6 y 7).

De lo citado precedentemente, cabe enfatizar que la Sala de Apelación con los argumentos que contienen las premisas de valoración del acervo probatorio de los hechos sometidos a su análisis, guardan relación con las conclusiones finales a las que ha arribado, puesto que, al haberse desplegado un uso correcto de las reglas de la sana crítica y configurado una certeza jurídica, que desembocó en la comprobación del nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del recurrente, este Tribunal de Casación establece que la sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada, en torno a sustentar la decisión del rechazo del recurso de apelación planteado por el sentenciado en su momento oportuno, cumpliendo de tal manera la exigencia constitucional y garantía del debido proceso. Por ende, el cargo esgrimido, es improcedente.

En lo que respecta a la aplicación de la favorabilidad, revisada la sentencia impugnada, se desprende que previo al arribo de la resolución, dicho requerimiento ya ha sido motivo de análisis y valoración por parte del *ad quem,* en virtud de su autonomía, independencia y exclusividad como órgano jurisdiccional de alzada, donde dejó implícito que si bien el *quantum* de la pena varió en el nuevo cuerpo de leyes (Código Orgánico Integral Penal), el principio constitucional solicitado ya fue considerado por el Tribunal de Primera Instancia, en virtud de que la pena de dos años y medio, impuesta al hoy casacionista, se ajusta dentro del rango mínimo y máximo que determina la nueva normativa legal, sin que se haya franqueado ninguna norma que garantiza la aplicabilidad retroactiva de la ley; por consiguiente, la alegación del recurrente conforme las normas nacionales y supra nacionales que ha citado, es improcedente.

2. El segundo aspecto de análisis, se basa en cuanto a lo que dispone el artículo 358 del Código Adjetivo Penal, que faculta a este Tribunal acciones casacionales de oficio, para que de tal manera se corrija aquellos errores que el recurrente omitió o no mencionó dentro de la fundamentación de su recurso, o que reflejen el error de derecho al estudiarse el contenido del fallo objetado.

Como se recuerda, el delito por el cual fue sentenciado el hoy recurrente, está tipificado en el artículo 553.1 del Código Penal que señala: "Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos." El nuevo cuerpo de leyes, en el artículo 190 detalla que: "La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno· o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores en perjuicio de ésta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona, alterando, manipulando o modificando el fraudulento e redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La misma sanción se impondrá si la infracción se comete con inutilización de sistemas de alarma o guarda, descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptados, utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia."

De lo citado precedentemente, se destaca que la conducta típica, antijurídica y culpable, sigue siendo punible, tanto en el anterior corpus legal, como en el nuevo. Ante aquello, el casacionista en su fundamentación mencionó la existencia de circunstancias atenuantes, referidas a certificaciones emitidas por los Tribunales de Garantías Penales y Centro de Rehabilitación Social de Quito, así corno de un testimonio; y, aquello, se encuadra a lo que expone el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código de Procedimiento Penal, que en lo pertinente determina: "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, como en los casos siguientes: (...) 6. Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; 7. Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

peligroso (...)"; las cuales, no habrían sido tomadas en consideración.

En ese sentido, siendo la administración de justicia garantista de la correcta aplicación del derecho y en especial del debido proceso, bajo esa postura, a este Tribunal de Casación, desde su rol de órgano encargado del control de la legalidad de los fallos emitidos en segunda instancia, le corresponde analizar si la conclusión a la que arribó el ad quem, no ha vulnerado la ley por alguna de las causales contenidas en el artículo 349 del Código Adjetivo Penal.

En ese contexto, recalcando que este órgano jurisdiccional no realiza una nueva valoración del acervo probatorio, se observa que la Sala de Alzada en el considerando tercero, señaló que el recurrente se hizo transferir dineros pertenecientes a otras personas, que da cuenta de su beneficio propio; lo manifestado, se encasilla a lo expuesto en el artículo 30.4 del Código Penal que indica: "Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes: (...) 4. Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia (...)" (subrayado fuera del texto). Por ende, aquello constituye una agravante no constitutiva de la infracción, que al no ser tomada en cuenta por el Tribunal de Apelación, éste, ha actuado en contrario de lo que dispone el artículo 30.4 del Código Sustantivo Penal, por haber contravenido expresamente a su texto, dejando evidente el error *in iure* en que ha recaído, puesto que, este tipo de vulneración, implica que el juzgador se contraría a lo que la norma del derecho sustantivo, adjetivo o de ejecución constitucional dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta.

En mérito de lo expuesto no siendo factible la atenuación de la pena conforme las atenuantes justificadas por el casacionista por existir una agravante, lo que a su vez genera que no se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 44 del Código Integral Penal, que en su parte pertinente señala: " (...) Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio."; y, en consideración a que el artículo 190 *ibídem*, tipifica una pena que tiene como máximo tres años de privación de la libertad, lo que corresponde es la aplicación de una pena mayor a la impuesta al procesado.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones que anteceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO 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, resuelve: 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Víctor Manuel Ferigra Anangonó. 2. De oficio, casar la sentencia dictada el 16 de marzo de 2015, las 11h25, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha por haber contravenido al texto de la norma contenida en el artículo 30.4 del Código Penal; y, enmendando el error de derecho, se impone al sentenciado la pena de cuatro años de privación de la libertad; sin embargo, por el principio de non reformatio *in pejus,* que se traduce en no reformar en peor, de raigambre constitucional que se encuentra contemplado en el artículo 77.14 de la Constitución de la República y artículo 328 del Código de Procedimiento Penal, que aplicado en el plano casacional conlleva a que en la presente causa este Tribunal no pueda agravar la situación de quienes son únicos recurrentes, considerando que aquel principio es componente del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental del debido proceso, y se hace efectiva cuando el recurso (en este caso de casación), sea interpuesto exclusivamente por los sentenciados, cuya voluntad y pretensiones condicionan la competencia del juez que conoce del medio impugnatorio; por lo tanto, la sentencia dictada por este Tribunal de Casación, en cuanto reforma la pena, es meramente declarativa, toda vez que, el fiscal de la causa no impugnó la sentencia de la Sala de Apelación, dejando entrever su conformidad. Por lo que, la pena que debe cumplir el sentenciado es la ratificada por el Tribunal de Alzada. 3. **Notifíquese, cúmplase,** publíquese y devuélvase el pre origen para la ejecución de la presente.

f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL; Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL.

II

Resolución nro. 538-2015
Juicio nro. 1317-2012

Juicio penal por trata de personas seguido por la Fiscalía General del Estado, contra Gladys Alicia Pinto León

SÍNTESIS

Mediante parte de aprehensión, se pone en conocimiento de las autoridades, que el ciudadano Carlos Galora Pilco, denunció en las oficinas de la DINAPEN, que su conviviente, Tatiana Yajaira Arteaga Velásquez, se encontraba trabajando en un night club llamado "Leg Bar" de la ciudad de Quito, y tenía con ella a sus dos hijos menores de edad (LEAV y NNAV), de tres años y tres meses, respectivamente; luego de trasladarse hasta el lugar y realizar la inspección con autorización de la dueña del local, señora Gladys Alicia Pinto León, se los logró localizar en el segundo piso; así como también se advirtió la presencia de las adolescentes KGZR y GLBB, que se encontraban trabajando en el lugar; solicitando a la dueña el local, los documentos personales de las adolescentes, respondiendo no tenerlos, por lo que se procedió a su aprehensión. La ciudadana Gladys Alicia Pinto León, procesada, interpone recurso de casación, ante la resolución emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 15 de octubre de 2012, que rechaza el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de 12 de marzo de 2012, que declaró su culpabilidad, en calidad de autora del delito tipificado y sancionado en el segundo y tercer artículos innumerados, agregados después del artículo 190 del Código Penal (art. 190.2 y 190.3), esto es, trata de personas; imponiéndole la pena de nueve años de reclusión menor extraordinaria. El Tribunal de casación, declara improcedente el recurso interpuesto y casa de oficio la sentencia emitida por el Tribunal inferior, al haberse comprobado que en ella se ha violado la ley, por indebida aplicación de los artículos: segundo y tercero, innumerados, agregados, después del artículo 190 del Código Penal [art...(190.2); y, art...(190.3) CP], por Ley Reformatoria al Código Penal (Ley No. 2005-2), publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio de 2005, que tipifican y sancionan el delito de trata de personas; debiendo por lo tanto, encuadrar la conducta de la procesada Gladys Alicia Pinto León, dentro del delito previsto en Ley No. 2005-2, publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio de 2005, décimo primer artículo innumerado, agregado después del artículo 528 ejusdem [art. (528. 11) CP], que tipifica el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, imponiéndole la pena de 12 años de reclusión menor ordinaria; no obstante, por el principio non reformatio in pejus, se mantiene la pena de nueve años de privación de libertad.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Gonzalo Morales Molina

CUARTO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, lunes 12 de marzo del 2012, las 09h05.

VISTOS: El Dr. Jaime Santos Basantes, Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha ha dictado auto de sobreseimiento provisional del proceso y de la imputada con fecha de 03 julio de 2006, a favor de la señora **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN.** Sin embargo, por haber interpuesto recurso de apelación la Dra. Silvia Juma, Agente Fiscal de la

Unidad de Delitos Sexuales, la Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito, con fecha 29 de agosto de 2006, revocó el auto en referencia y en su lugar dictó auto de llamamiento a juicio en contra de la referida ciudadana **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN** en calidad de presunta autora, pues *"Considera que existen suficientes, graves y fundamentadas presunciones de la existencia del delito tipificado en la reforma publicada en el Registro Oficial No. 45 de 25 de junio de 2005), como hace referencia la Fiscal en su dictamen, en el art. innumerado añadido al Capítulo III del Título II del (Sic) y que se refiere al delito de la trata de personas, sancionado en el siguiente artículo de la misma reforma. Igualmente considera que existen presunciones graves y fundadas sobre la participación de la imputada como autora del referido delito..."*. La Corte ha ordenado además la prohibición de enajenar sus bienes hasta por un monto de 3.000 dólares. La procesada **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN** fue detenida el 02 de junio de 2011, fojas 279 del proceso.

Ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, la causa pasó a la Oficina de Sorteos de la Función Judicial y en Acta de Sorteo de 09 de junio de 2011, correspondió al Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha el conocimiento y resolución de esta causa en la etapa del juicio.

En audiencia pública celebrada en el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha el 25 de julio de 2011, en aplicación del art. 77, numeral 9 de la Constitución de la República se procedió a la sustitución de medidas cautelares a favor de la procesada, ordenándose su libertad y la presentación periódica en la Secretaría del Tribunal, más la prohibición de ausentarse del país. Fue excarcelada el 26 de julio de 2011.

La audiencia del juicio se desarrolló los días miércoles 29 de septiembre de 2011 y lunes 16 de enero de 2012, habiéndose integrado este órgano de administración de justicia con los doctores Gonzalo Morales, Presidente, Patricio Calderón, juez y Julio César Vasco, juez *ad-hoc;* y, comparecieron la Dra. Thania Moreno, Agente Fiscal, y la procesada GLADYS ALICIA PINTO LEÓN asistida por sus abogados defensores Drs. Antonio Piguave, Wilson Paucar y Wifrido Padilla.

Como antecedente, cabe mencionar que la Dra. Thania Moreno Romero, Agente Fiscal del Distrito de Pichincha, dictó la Resolución de Instrucción Fiscal el 21 de febrero de 2006, fojas 6, en contra de GLADYS ALICIA PINTO LEÓN, por cuanto:

"Ha llegado a mi conocimiento el parte de aprehensión de fecha 18 de febrero de 2006 suscrito por el Cbop. Urquizo Rodríguez Rodrigo Hermel del que se desprende que el 18 de febrero de 2006 se ha procedido a la aprehensión de la señora **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** quien ha tenido trabajando en su Night Club llamado LEG Bar, ubicado en la Eloy Alfaro y Grupos a las menores NN de 17 años de edad y NN de 17 años de edad. Con estos antecedentes, se determina que el hecho presumiblemente punible...".

Textualmente, el Parte de Aprehensión de 18 de febrero de 2006 suscrito por el Cabo de Policía Rodrigo Hermel Urquizo Rodríguez relata:

"...Que encontrándome de servicios en las Oficinas de la DINAPEN, se acercó un señor de nombres CARLOS ISAAC GALORA PILCO, con CI. XX, quien manifestó que su conviviente de nombres TATIANA YAJAIRA ARTIAGA VELÁSQUEZ, de 25 años de edad, se encontraba laborando en un Night Club llamado "LEG BAR" ubicado en la Av. Eloy Alfaro y Grupos y tenía con ella a sus dos hijos de nombres NN de tres años de edad y NN de 3 meses de edad, por lo que nos trasladamos hasta el lugar antes mencionado, en donde se tomó contacto con la señora TATIANA ARTIAGA quien en un inicio negó la presencia de sus hijos por lo que realizamos la inspección del lugar, con la autorización de la dueña la señora PINTO LEÓN GLADYS ALICIA, logrando localizar en el segundo piso del mencionado local a cuatro menores, así como también se detectó la presencia de dos menores que se encontraban laborando de nombres NN de 17 años de edad y NN de 17 años de edad. Una vez que se indagó sobre los menores de edad llegó a nuestro conocimiento que responden a los nombres de NN de tres años de edad NN hijos de la señora TATIANA ARTIAGA el tercer menor de nombres NN hija de la señora MARITZA ZAPATA y el cuarto menor de nombres NN hija de la menor NN. Por tal motivo se procedió a solicitar a la señora GLADYS PINTO dueña del Night Club los documentos personales de las menores, sabiéndome responder que no tenía, por lo que procedimos a su aprehensión y traslado hasta las oficinas del Ministerio Público, lugar en el cual se consultó con el Dr. Francisco Noboa Agente Fiscal de Turno, quien manifestó que sí procede la aprehensión por veinticuatro horas para las respectivas investigaciones."

Siendo el estado de la causa el de dictar sentencia, para hacerlo se considera:

PRIMERO
Este Tribunal es competente para conocer, sustanciar y resolver la presente causa al tenor de lo prescrito en los artículos 167 y 169 de la Constitución de la República; 17, numeral 5; 21; 28 numeral 1; y, 306 del Código de Procedimiento Penal.
SEGUNDO
En la sustanciación del juicio no existe omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por lo que se declara su validez. Es más, 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, g, h y j de la Constitución de la República, así como se observaron los principios del sistema procesal para la realización de justicia como lo determina el art. 169 *ibidem.*
TERCERO
Con el objeto de comprobar la existencia material de la infracción, así como la eventual responsabilidad de la procesada, la Fiscal Dra. Thania Moreno, presentó las pruebas que a continuación se detallan:
3.1.- El testimonio del Dr. Marlon Alexis Oviedo Ramírez, con cédula XX, médico legista, que al ser interrogado por la Fiscal declaró que en el año 2006 se desempeñó como médico legista de la policía judicial y practicó un reconocimiento médico legal y ginecológico a la señorita NN, de 16 años de edad, quien acudió acompañada del Policía de DINAPEN José Domínguez, la misma que afirmó que no sufrió agresión; sin embargo el declarante expresó que una víctima de explotación sexual siempre niega y no quiere dar otro dato; fue reacia y no brindó colaboración; no se pudo practicar el examen. Respecto de NN manifestó que sí practicó el examen y consta a fojas 85 del proceso.
3.2.- El testimonio del señor CARLOS ISAAC GALORA PILCO, con cédula identidad No. XX, que al ser interrogado por la Fiscal declaró que el 18 de febrero de 2006 acudió a la DINAPEN porque le informaron que su señora, su entenado y su hijo se encontraban en un night club situado en la Avenida Eloy Alfaro de esta Ciudad; por ello, en compañía de la policía ingresaron a ese sitio, localizando a sus familiares en la planta alta, procediendo a retirarlas. Sabía que su señora acudía antes a ese sitio, sus nombres son Tatiana Velásquez; agregó que antes ella trabajaba allí.
3.3. El testimonio del señor **ÁNGEL MARCELO ÁVALOS GAVILANES,** con cédula No. XX, policía nacional, que al ser interrogado por la Fiscal, declaró que labora en la Unidad de Delitos contra las Personas de la Policía Judicial; en la fecha de los hechos prestaba sus servicios en la **DINAPEN** y conoció sobre el caso abierto en contra de la señora **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN;** a quien se le aprehendió en un night club en la Avenida Eloy Alfaro y Grupos de esta Ciudad; se le detuvo el 30 de mayo de 2011; no opuso resistencia; la detención se la realizó en la calle pública y el declarante no hizo investigaciones sino formó parte del equipo de apoyo, únicamente.
3.4. El testimonio de la señorita JAZMÍN YAHAIRA ZAPATA RODRÍGUEZ, de 21 años, con cédula No. XX, instrucción secundaria, quehaceres domésticos, domiciliada en Quito, que al ser interrogada por la Fiscal declaró que es hermana de Katia y tiene su hogar; que en febrero de 2006 se ocupaba de cuidar a su sobrina y a su hija en el Club; cuidaba a NN; trabajaba en el Leg Bar; pero no sabe lo que hacía allá; no sabe quién es la dueña; a esa fecha la declarante tenía 16 años de edad. Fue conducida al hogar de madres jóvenes con su pequeña hija; no se dejó hacer el examen médico; afirmo que no mantuvo relaciones; le hicieron firmar la versión porque su hija lloraba; no conocía a la señora procesada, ni nunca la ha visto; los policías la trataron mal y por eso no permitió que le hagan el examen.
3.5.- El testimonio de la señorita GEOCONDA LEONOR BRAVO BRAVO, con cédula No. XX, que al ser interrogada declaró que el 18 de febrero de 2006 estuvo en Quito trabajando en un salón de comidas y se ocupaba de lavar y pasar platos; ha trabajado en ningún night club; no conoce a la señora procesada; vino de Santo Domingo de los Tzáchilas a Quito para recibir atención médica; su mamá la puso a trabajar; sabía que Yomaira trabajaba en ese night club; el 19 de febrero las llevaron a una parte que no conoce; su madre se llama Bernardita Bravo; estuvo 3 días allí y recibió maltratos; tenía ese tiempo 17 años y su amiga 23; no sabe lo que hacen en el night club; aseveró que no conoce a Jazmín Yhajaira Zapata; afirma que tiene 4 niños; Yomaira fue quién le llevó a ese sitio; no rindió declaración y salió de ese lugar cuando fue la Policía.
3.6.- El testimonio del señor **PABLO SANTIAGO CALDERÓN PALADINES,** con cédula No. XX, Policía Nacional, que al ser interrogado por la Fiscal declaró que en el año 2006 prestó sus servicios en el Departamento de Criminalística de la Policía Judicial, y sobre el presente caso manifestó que elaboró el Informe de Inspección Ocular Técnica

del inmueble situado en la calle Los Arupos, de esta Ciudad de Quito, tratándose de un edificio de hormigón al cual se accede por medio de una puerta metálica, apreciándose un local compuesto de bar con licores, así como habitaciones, más una puerta de escape; la habitación No. 4 inspeccionada constó de cama y colchón; también observó la presencia de un libro de registro, captando las fotografías respectivas. Al interrogatorio del Dr. Wilfrido Padilla respondió que el local, cuando realizó la inspección estuvo vacío.

3.7.- El testimonio del señor **RODRIGO HERMEL URQUIZO RODRÍGUEZ,** con cédula de identidad No. XX, Policía Nacional, que al ser interrogado por la Fiscal declaró que el 18 de febrero de 2006 estuvo de patrullaje y se acercó el señor Carlos Galora Pilco, denunciante que su conviviente estaba trabajando en un night club, acudieron al lugar y se le vio a ella; pero negó que haya estado trabajando, estuvo con dos hijos pequeños; se procedió a la inspección del lugar con autorización de la dueña del mismo; se encontraron a cuatro niños y a dos adolescentes en el lugar, es decir estaban haciendo strip tease en la pista con breves prendas; al solicitar la documentación y permisos a la propietaria, no se presentó papel alguno por lo que procedieron a la aprehensión y a tomar procedimiento. Reconoció aquí a la propietaria del establecimiento como procesada; afirmó que en ese momento, las adolescentes dieron sus nombres: Katia Gisella Zapata Rodríguez y Geoconda Leonor Bravo Bravo.

3.8.- El testimonio del señor **BYRON RODRIGO CARRILLO PÉREZ,** con cédula No. XX, policía nacional, que al ser interrogado por la Fiscal declaró que labora en la DINAPEN, que el 18 de febrero de 2006, mientras se encontraba en labores de patrullaje se acercó el señor **CARLOS ISAAC GALORA PILCO** denunciando que su conviviente estaba en el night club con dos hijos menores de 3 años y de 3 meses, de edad, respectivamente. La dueña les autorizó el ingreso y encontraron a 4 niños adolescentes en el inmueble, se trata de las señoritas NN, NN de 17 años; ellas estuvieron en la pista de baile con pocas prendas de vestir. Al contra examen del doctor W. Padilla declaró que dichas menores no tenían documentos de identidad.

3.9.- La Fiscalía introdujo como prueba documental: la partida de nacimiento de NN de 17 años; una certificación emitida por la señora Elizabeth Porras Silva en el sentido de que el night club LED BAR, carece de RUC: así como una certificación emitida por el Intendente General de Policía de Pichincha que afirma que dicho establecimiento carece de autorización al 6 de marzo de 2006.

CUARTO

4.1.- El testimonio de la señora **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** de 52 años de edad, de estado civil divorciada, con cédula No. XX, de instrucción primaria, comerciante, domiciliada en Pomasqui, procesada en esta causa, que al ser interrogada por la Presidencia del Tribunal declaró que trabajaba en el local ya indicado, un día fue su cuñado Marcelo Carrillo a avisarle que la policía se encuentra en la "parte de arriba" que es un sector de inmueble que se encuentra arrendado; como la declarante estaba en la barra no pudo salir. Luego encontró a la Policía con los niños; vio que les llevaban a Maritza y a su hermana. Al interrogatorio del Tribunal contestó que el night club de su propiedad se llama "Desenfreno" y se encuentra ubicado en la calle Arupos No. E5-108 y .Av. Eloy Alfaro de esta ciudad y tiene varios ambientes, garajes, salón con pista de baile, baño y 12 habitaciones; el inmueble dijo que pertenece a la señora Sofía Salvador quien a decir de ella había arrendado el local de la segunda planta. Aclaró que es imposible que en su local se contraten a menores de edad; que las señoritas Gisella y Geoconda han estado en la parte de arriba con sus niños; que Maritza sí trabaja en su local con clientes en el trabajo sexual.

QUINTO

Concluida la etapa de la prueba, en la de los alegatos, la Dra. Thania Moreno expuso su informe en derecho recalcando que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 255 del Código de Procedimiento Penal, se ha demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la procesada; se trata de un delito de explotación sexual a menores de 18 años de edad. Afirmó que en ese día, la policía acudió al local porque el señor Galora había denunciado que sus hijos estaban en ese local, todo lo cual fue probado con los testimonios de los Agentes Urquizo y Carrillo pertenecientes a la **DINAPEN;** allí se encontraban dos adolescentes NN y NN, particular que se encuentra justificado con los testimonios de las propias menores, pues 17 años a esa fecha. De esta forma se reúnen los elementos que configuran el tipo penal descrito en el artículo innumerado 5 de las reformas al Código Penal publicadas en el Registro Oficial No. 45 del 23 de junio de 2005. Por ello acusa a la procesada **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN** como autora del delito en referencia.

Por su parte el Dr. Wilfrido Padilla, a nombre de la procesada **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** en su alegación expresó que en el día de los hechos, la Policía ingresó al local violando la ley, sin contar con autorización judicial alguna y no se ha demostrado la teoría planteada por la Fiscal; debe en todo caso aplicarse el principio in dubio pro reo; El Tribunal debe aplicar además la sana crítica; aquí no hay delito alguno; ni identidad, tampoco se ha probado la edad de las supuestas menores.

SEXTO

Escuchadas las partes, tanto en la etapa de la prueba como en la de debates, este Tribunal estima que se encuentran probados los siguientes hechos:

-Que el día 18 de febrero de 2006, a eso de las 23h00, en el local -night club denominado "Desenfreno" ubicado en la Avenida Eloy Alfaro y Arupos, de esta ciudad de Quito, fueron rescatadas las menores, NN y NN ambas de 17 años de edad, instantes en que laboraban en dicho antro.

-Que en la segunda planta del mismo local, en una habitación, fueron rescatados también 4 niños cuyas edades fluctúan entre 3 meses a 3 años.

-Que la propietaria de ese establecimiento de diversión nocturno es la señora **GLADYS AUCIA PINTO LEÓN,** quien no exhibió la autorización legal para su funcionamiento. -----Que la señorita NN, de acuerdo a su partida de nacimiento, es nacida el 03 de octubre de 1989, es decir al 18 de febrero de 2006 tenía 17 años de edad

-Que la menor NN, de acuerdo al reconocimiento médico legal practicado el 23 de marzo de 2006 por el Dr. Marlon Oviedo, materia de testimonio en la audiencia del juicio, presentó "su membrana himeneal reducida a carúnculas mirtiformes por paridad", requiriendo una ·valoración ginecológica para investigación de enfermedades venéreas, así coma una valoración psicológica.

-Que de acuerdo a la certificación otorgada por el SRI; el establecimiento de diversiones ya indicado, no se encuentra registrada coma contribuyente hasta el 03 de mayo de 2006.

- Que de acuerdo a la certificación otorgada por la Intendencia General de Policía, el citado establecimiento carece de permiso anual de funcionamiento hasta el 02 de marzo de 2006.

SÉPTIMO

Si bien es cierto que en la etapa del juicio es donde se producen los elementos probatorios cuya eficacia servirá para configurar el tipo penal correspondiente, así como la .responsabilidad del encausado, no es menos cierto que para que la causa llegue a esta etapa debió pasar previamente por la instrucción fiscal en donde se acopiaron todos los elementos de convicción que son indispensables para que el Juez A Quo llegue al convencimiento de que la procesada debe comparecer ante los Tribunales.

Con esta consideración previa, partamos nuestra motivación de los contrapuestos criterios vertidos respectivamente, por el señor Juez Décimo Cuarto en su auto de sobreseimiento de 03 de julio de 2006 que obra a fojas 255 a 257 y por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito el 29 de agosto de 2006, fojas 263 a 267.

Cree el señor Juez que "Del análisis exhaustivo de los elementos de convicción anteriormente detallados, se establece que con el Informe del Reconocimiento del lugar de los hechos, ubicado en la calle Arupos No. E5-108 y Av. Eloy Alfaro, se ha justificado la existencia del Night Club denominado DESEMFRENOS, se trata de un establecimiento diferente a aquel que se menciona en el parte de aprehensión, en el que se indica que en el interior del Night Club llamado LEG BAR, -la imputada Gladis Alicia Pinto León, ha tenido trabajando a las menores NN y NN de 17 años; tampoco los demás elementos de convicción portan los indicios suficientes de los que se pueda 'tener presunciones graves y fundadas respecto de la existencia del delito materia de esta causa penal. En cuanto a la participación de la imputada Gladys Alicia Pinto León, por las mismas razones anteriormente referidas en cuanto a la existencia del delito y por cuanto las versiones rendidas que quedan anteriormente analizadas, carecen de eficacia probatoria, por lo que tampoco existen los suficientes elementos de convicción que permitan tener presunciones graves y fundadas respecto de la participación de la prenombrada imputada en el delito que se investiga...".

Sobre la misma realidad procesal, en cambio, la Corte afirma:

"2) La imputada ha negado que se trate del mismo lugar el denominado LEG BAR y EL DESENFRENO, lo que contradice sus mismas afirmaciones constantes en los escritos que se ha presentado, impugnando el trámite en su contra en los que identifica plenamente un lugar con el otro, del que es la propietaria. 3) Es de advertir que al presentar las certificaciones de los Tribunales y Juzgados Penales se encuentra que tiene causas penales pendientes en los Juzgados Octavo, Décimo Segundo y Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, por acusaciones de delitos sexuales. 4) De las versiones

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de las mismas afectadas que reconocen su actividad, declarando incluso la cantidad que cobraban a sus clientes en el local ya identificado y varias veces mencionado y como la repartía, igualmente se desprenden las presunciones de la actividad ilícita de la imputada. No es aceptable rechazar una de las versiones con el argumento de que no se ha probado que su curadora es o no abogada. 5) Igualmente los hechos relatados en el Parte Informativo de la Policía así como la ratificación de varios policías que comparecen como testigos referentes a sus afirmaciones en los documentos policiales, cuya actuación no es la que el Juez afirma de involucrados, que han declarado sin su abogado defensor... Todo este conjunto de constancias procesales han sido analizadas en el dictamen como conclusión de la Instrucción Fiscal y han llevado a la Fiscal a presentar su dictamen acusatorio, que ha sido desestimado por el Juez..."

Analizando y confrontando estas disímiles ópticas sobre una misma realidad, poco podríamos rescatar de- ellas, ni en pro ni en contra, pues en ninguna se practica una verdadera motivación lógica y profunda que llene las aspiraciones de los sujetos procesales en la búsqueda de la verdad y en los anhelos de justicia. Sin embargo la causa ha llegado a la etapa del juicio y aquí se han presentado las pruebas de cargo y descargo con estricta observancia de los principios y garantías que aseguran el debido proceso. Concierne por tanto a este Tribunal dilucidar sobre la existencia de un hecho penalmente reprensible y si la conducta de la encausada **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN** encaja o no en ese tipo, todo en base a pruebas solicitadas, ordenadas y actuadas dentro de esta etapa y sin contaminación inconstitucional alguna.

El Capítulo innumerado, art. también innumerado (190.2) del Código Penal constante en la Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, invocado por la Corte en su Auto, define a la Trata de Personas como el delito consistente promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas, recurriendo a la amenaza, violencia, engaño, etc., con fines de explotación ilícita con o sin fines de lucro; la pena establecida está singularizada en el artículo siguiente.

Resulta indiscutible y es un hecho cierto que la policía del **DINAPEN,** al irrumpir en un local nocturno de diversiones el 18 de febrero de 2006 en horas de la madrugada, local de propiedad de la procesada señora **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** descubrió que en la pista de baile estaban dos señoritas menores de edad con pocas prendas de vestir; y en una de las habitaciones de la segunda planta inclusive fueron hallados cuatro infantes edades oscilan entre 3 meses y 3 años. Se encuentra probado documentadamente que la señorita NN, una de las que protagonizaban del espectáculo, de acuerdo a su partida de nacimiento, es nacida el 03 de octubre de 1989, decir al 18 de febrero de 2006 tenía 17 años de edad. Aunque la procesada hubiese justificado tener autorización para el funcionamiento de un local de esa naturaleza, para nada le valía si es que allí se había reclutado a mujeres menores de edad; el hecho de que el mismo local tenga uno u otro ,nombre, resulta irrelevante frente al delito y a la responsabilidad probadas, pues nadie más, fuera de la propietaria puede responder por la presencia de las menores laborando en esa clase de actividades que vulneran seriamente la dignidad y los derechos de ellas. Los elementos requeridos por el tipo penal del delito se encuentran reunidos sin la más mínima duda y, la responsabilidad de la encausada, así mismo, justificada; su participación, como propietaria de un local consistente en centro nocturno de diversiones para adultos, al reclutar a mujeres menores de edad para trabajos de esa naturaleza, le confiere una conducta reprensible, comportamiento observado con pleno conocimiento y voluntad de lo ilicitud del acto, sin que sea necesario razonamiento adicional alguno.

Con ello queda demostrada la materialidad de la infracción como elemento fáctico como también el elemento subjetivo de responsabilidad no cabe atenuantes en delitos sexuales, si no los específicos, mismos que no han sido justificados en el presente caso.

Por las consideraciones anotadas, aceptando el dictamen fiscal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** este Tribunal Cuarto de Garantías Penales declara la culpabilidad de la procesada GLADYS ALICIA PINTO LEÓN, ecuatoriana de 52 años, de profesión comerciante, con cédula No. XX, domiciliada en Pomasqui, actualmente bajo medidas sustitutivas a la prisión preventiva, como **AUTORA** responsable del delito tipificado en el art. innumerado (190.2) del Código Penal constante en la Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, esto es trata de personas, sancionado en el 190.3

ibídem, imponiéndole la pena de 9 años de reclusión menor extraordinaria, que lo cumplirá en uno de los Centros de Rehabilitación Social de Mujeres de Quito, debiendo descontarse el tiempo que ha permanecido detenida por esta causa No. 068-2011-RV, con daños y perjuicios.-

Ni el Abogado, ni la Fiscal han observado actuaciones indebidas en el juicio **Léase y notifíquese. f) Dr. Gonzalo Morales Presidente; Dr. Julio Vasco, Juez Ad-hoc y Dr. Patricio Calderón Juez.**

RECURSO DE NULIDAD

Juicio No. 2012-0320

Juez Ponente: Dr. Marco Navarrete Sotomayor

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. TERCERA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, lunes 15 de octubre del 2012, las 12h39.

VISTOS: El proceso viene en conocimiento de la Sala por recurso de nulidad, presentado por **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** a la sentencia declaratoria de culpabilidad, dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el lunes 12 de marzo del 2012, a las 09h05.

ANTECEDENTES:

1) El 21 de febrero del 2006, a las 08h00, la Dra. Thania Moreno Romero, Fiscal de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar resuelve dar inicio a la Instrucción Fiscal en contra de **GLADYS ALICIA PINTO LEÓN,** en virtud del Parte de Aprehensión de fecha 18 de febrero del 2006, suscrito por el Cbop. Urquizo Rodríguez Rodrigo Hermel, del que se ·desprende que el 18 de febrero del 2006 se ha procedido a la aprehensión de la señora Gladys Alicia Pinto León, quien ha tenido trabajando en su Night Club llamado LEG Bar, ubicado en la Eloy Alfaro y Arupos, a las menores NN de 17 años Y NN de 17 años de edad. En virtud de estos hechos y la Instrucción Fiscal dispuesta por el presunto delito tipificado y sancionado en el artículo quinto innumerado, del capítulo de los Delitos de Explotación Sexual de la Ley Reformatoria al Código Penal, publicado en el Registro Oficial nro. 45 del 23 de junio del 2005, el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha avoca conocimiento y con fecha 24 de febrero del 2006, a las 07h20, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, dispone se notifique con la resolución que da inicio a la etapa de instrucción fiscal a la imputada y atendiendo a la petición fiscal ordena la prisión preventiva de Gladys Alicia Pinto León.- El 07 de junio del 2006, a las 08h45 la Dra. Thania Moreno Romero, Agente Fiscal de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, emite su dictamen acusando a Gladis Alicia Pinto León en calidad de autora de los delitos de trata con fines de explotación sexual, tipificado y sancionado en el art. 528.11 del Código Penal, en perjuicio de las menores NN y NN el Dr. Jaime Santos Basantes, Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, con fecha 03 de junio del 2006, a las 12h19, dicta Auto de Sobreseimiento Provisional del Proceso y de la Imputada Gladys Alicia Pinto León. A este Auto, la Dra. Silvia Juma Gudiño, en calidad de Fiscal (E) de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar interpone recurso de apelación, mismo que es conocido por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito que con fecha 29 de agosto del 2006, a las 11h00, revoca el auto dictado por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha y aceptando el recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público, con fundamento en el artículo 232 el Código de Procedimiento Penal, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Gladys Alicia Pinto León. El 26 de septiembre del 2006, a las 07h43 (fs. 269), el Dr. Jaime Santos Basantes, Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, resuelve poner en conocimiento de las partes la recepción del proceso con la ejecutoria del Superior para su cumplimiento y de conformidad con el art. 233 del Código de Procedimiento Penal y por cuanto la acusada se encuentra prófuga, suspende la etapa de Juicio hasta que la encausada sea aprehendida o se presentare voluntariamente. El Dr. José Chiriboga Saltos, en calidad de Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha con auto de 01de junio del 2011, a las 11h36, manifiesta que por cuanto la procesada Gladys Alicia Pinto León ha sido detenida y existe un auto de llamamiento a juicio en su contra, dictado por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, dispone

se gire la boleta constitucional de encarcelamiento y dispone la prosecución de la causa a través del sorteo respectivo ante uno de los Tribunales Penales de Pichincha. El Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, con sentencia de lunes 12 de marzo del 2012, a las 09h05, declara la culpabilidad de Gladys Alicia Pinto León, en calidad de autora responsable del delito tipificado en el art. Innumerado (190.2) del Código Penal constante en la Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial nro. 45 de 23 de junio del 2005, esto es Trata de Personas, sancionado en el 190.3 *ibídem,* imponiéndole la pena de 9 años de reclusión menor extraordinaria.

2) Gladys Alicia Pinto León, amparada en lo determinado en el art. 336 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta su Recurso de Nulidad manifestando que se viola el artículo 4 del Código Penal, en razón de que no se ha tomado en cuenta el principio fundamental de *indubio* pro reo, en donde todas las leyes debe aplicarse en sentido más favorable al reo. Que se ha violado el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal ya que para emitir la sentencia no se ha realizado la debida apreciación de todos y cada uno de los medios de pruebas aportados en la Audiencia de Juicio, de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica ya que en la Audiencia de Juicio no se demostró conforme a derecho la existencia material de la infracción del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y peor aún su responsabilidad y participación como autora en el delito y que ha sido juzgada con una pena desproporcional de nueve años, afectando así sus derechos fundamentales. a) De acuerdo al testimonio del Dr. Marlon Oviedo Ramírez, médico legista que realizó el examen médico legal ginecológico a la señorita NN, ha señalado que la paciente al momento de la entrevista previo examen médico, ha manifestado que no ha sufrido ningún tipo de agresión sexual y por tal motivo en forma libre y voluntaria no ha querido hacer ningún tipo de examen. Que con esto es evidente que lo único que se llega a establecer es que una de las personas aprehendidas en la parte posterior del local night club Desenfrenos, en forma exclusiva en el segundo piso nunca fue explotada sexualmente y nunca trabaja, ni trabajó en dicho establecimiento como trabajadora sexual, que ha estado en los cuartos de arriendo que funcionaban en el segundo piso, puesto que el local era amplio y existían algunas construcciones.; b) Consta la declaración de Carlos Isaac Galora Pico que lo único que declara es que había 'acudido a la Dinapen a pedir ayuda para sacar a sus hijos que habían sido llevados por su esposa Tatiana Arteaga Velásquez, quien se iba a trabajar en un night club por la Eloy Alfaro, que lo que se demuestra es que la esposa del testigo era la persona que lleva a sus hijos a dicho local y no la recurrente y que el testigo nunca refiere conocer a la recurrente; c) De la declaración del policía Ángel Marcelo Avalas Gavilánez, se conoce de la detención de la recurrente por tener detención en firme y no aporta en absoluto para justificar la existencia del delito y su responsabilidad; d) Hay las declaraciones testimoniales de NN quien dice que en el mes de febrero del 2006 ha llegado a esta ciudad de Quito a que le de cuidado a su hijo, quien ha sabido vivir en las habitaciones independientes del segundo (sic) del local Desenfrenos, que no sabía ni siquiera que su hermana trabaja en dicho night club y peor que conocía a la dueña (recurrente); que ese día ha llegado la policía y le han llevado porque tenía 16 años, que no se ha dejado realizar el examen porque los policías le han tratado mal, además manifiesta en forma particular que nunca ha trabajado en ese lugar y NN, manifiesta que fue aprehendida en una de las habitaciones independientes al night club, cuando ha estado durmiendo, que nunca ha trabajado en dicho local, que no le conoce a la recurrente y que además estaba con su mamá Bernardita Bravo, que se ha fugado de la Institución madre para jóvenes porque le trataban mal; e) De la declaración de los policías Rodrigo Urquizo Rodríguez y Byron Rodrigo Carrillo Pérez, que no se las debe tener en cuenta en virtud de que son contradictorias con el parte policial ya que en el parte dicen que supuestamente existían menores de edad trabajando en dicho local, sino que le detuvieron únicamente porque no tenía permisos; f) Que no se ha tomado en cuenta a su favor el testimonio del policía Pablo Santiago Calderón Paladines, quien establece en forma detallada efectivamente el lugar donde funcionaba el night club Desenfrenos, estaba constituido por vanas construcciones y en forma principal que las habitaciones del segundo piso eran diferentes a las del local al night club, por lo que queda demostrado que NN y NN, fueron detenidos en un lugar diferente al local cuestionado en donde la una al momento de la detención se encontraba descansando y la otra cuidando a su sobrina conjuntamente con su madre, quien además estaba con su hijo descansando; g) No se ha tomado en cuenta el testimonio de la Recurrente ni las atenuantes presentadas en forma legal en la Audiencia de Juzgamiento, como las del

art. 29 numeral 7 y 10, esto es conducta anterior y confesión espontánea y verdadera, por lo que se violó lo que establece el art. 74 del Código Penal ya que su confesión es atenuante trascendental; h) Que se ha violentado el debido proceso pues no se justificó reincidencia en su contra.-

CONSIDERANDOS

PRIMERO

Esta Sala, es competente para conocer el presente recurso de nulidad, en virtud de lo dispuesto tanto en el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los arts. 332 y 336 del Código del Procedimiento Penal, vigentes a la fecha de iniciación del proceso.

SEGUNDO

Analizada la fundamentación del Recurso de Nulidad de la Recurrente y realizado el estudio del cuaderno procesal así como de la sentencia objeto del presente Recurso de Nulidad, se establece lo siguiente: Para garantizar los derechos sustantivos, es necesario que la forma de las normas jurídicas esté supeditada para la realización de la justicia. El proceso está para garantizar derechos y es necesario subsanar lo subsanable. Se debe establecer específicamente cuales son las diferencias entre procedimiento y proceso. El procedimiento es una actividad de los órganos públicos compuesta por una secuencia de actos formales y no implica necesariamente un proceso. El proceso en cambio es un conjunto de actos coordinados con un fin específico (continente) que concreta o institucionaliza una función pública (ejecutiva, legislativa, judicial, electoral), es decir, se trata de una institución jurídica que implica siempre un procedimiento; y este procedimiento siempre está orientado a la realización de un proceso determinado. No se deben confundir violaciones al procedimiento (son subsanables) con violaciones al debido proceso (son insubsanables).

TERCERO

El Recurrente en su fundamentación no especifica cual es la causal de nulidad en presente juicio, establecida taxativamente en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, siendo que su argumentación es propia de la fundamentación del recurso de apelación, que a la fecha que se inició este proceso era improcedente de una sentencia del Tribunal Penal, a excepción de la emitida en un Procedimiento Abreviado, conforme reza la Disposición Transitoria Segunda de las Reformas al Código Penal y Código de Procedimiento Penal publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 555, de martes 24 de marzo del 2009, que establece que los proceso que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión. En virtud de esta disposición, le correspondía a la Recurrente fundamentar su recurso de nulidad, en los términos establecidos en el art. 336 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha.- En la Sentencia objeto del presente Recurso, se encuentran enunciadas las normas y principios jurídicos en los que se funda y que sirven de base para la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, es decir la Sentencia recurrida tiene suficiente fundamentación fáctica, jurídica y legal que cumple los requisitos de la motivación establecidos en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo expuesto, de conformidad con los arts. 339 y 340 del Código de Procedimiento Penal, vigentes a la fecha de la sustanciación de la causa, la Sala RECHAZA RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO y se dispone la devolución inmediata al inferior para que se ejecute la sentencia.- **Notifíquese.**

f) Sin datos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1317-2012

Jueza Ponente Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, Distrito Metropolitano, 17 de abril del 2015 a las 08h10.

VISTOS: La ciudadana Gladys Alicia Pinto León, procesada, interpone recurso de casación, ante la resolución emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 15 de octubre de 2012, las 12h39, que rechaza el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de 12 de marzo de 2012, las 09h05, que declaró su culpabilidad, en calidad de autora del delito tipificado y sancionado en el segundo y tercer artículos innumerados,

agregados después del artículo 190 del Código Penal (art. 190.2 y 190.3), esto es, trata de personas; imponiéndole la pena de nueve años de reclusión menor extraordinaria.

1. COMPETENCIA

- El Consejo de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.
- El 26 de enero de 2015, el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia.
- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01- 2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 28, de 17 de julio de 2013.
- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento con lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución No. 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Nacional Ponente, y los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Vicente Robalino Villafuerte, Jueces Nacionales.
- 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, de acuerdo con 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. No. 38, de 17 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, vigente a la época de los hechos[1]; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES

De la resolución fiscal de 21 de febrero de 2006, las 08h00, dictada por la doctora Thania Moreno Romero, Agente Fiscal de Pichincha de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, mediante la cual se dio inicio a la instrucción fiscal, se extraen los siguientes hechos que sirvieron para dar inicio al presente proceso penal:

Mediante parte de aprehensión, de 18 de febrero de 2006, suscrito por el Cabp. Rodrigo Urquizo Rodríguez se señala que encontrándose de servicio en las oficinas de la DINAPEN, se acercó al ciudadano Carlos Galora Pilco, quien indicó que su conviviente Tatiana Yajaira Arteaga Velásquez, se encontraba trabajando en un night club llamado "Leg Bar", ubicado en la avenida Eloy Alfaro y Arupos, (Quito), y tenía con ella a sus dos hijos menores de edad, (LEAV y NNAV[2]), de 3 años y 3 meses, respectivamente; luego de trasladarse hasta el lugar, se tomó contacto con Tatiana Yahaira Arteaga Velásquez, quien negó la presencia de sus hijos, por lo que realizaron la inspección con autorización de la dueña del local la señora Gladys Alicia Pinto León, y se logró localizar en el segundo piso

[1] Para el proceso en ciernes se aplica el Código de Procedimiento Penal vigente al 2000, en donde el recurso de casación estaba normado en el Libro IV, Titulo IV, Capítulo IV, arts. 349-358 ahora bien, posteriormente y, acorde a la Ley Reformatoria s/n al Código Penal y Procedimiento Penal, publicada en el R.O. Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009, consta que el recurso de casación, con sus debidas reformas, se halla normado en el Libro IV, Título IV, Capítulo IV, arts. 349-358.

[2] A fin de evitar su exposición pública y que perjudique a su desarrollo personal, social e integral, se omite el nombre de las ofendidas en la presente sentencia; en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (LEAV y NNAV), 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 los de 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

a cuatro niños; así como también la presencia de las adolescentes KGZR y GLBB[3], que se encontraban trabajando en el lugar; se solicitó a la dueña el local, los documentos personales de las adolescentes, y respondió no tener, por lo que se procedió a su aprehensión.

Con base a ello se inició la instrucción fiscal por *"el delito tipificado en el artículo quinto innumerado, de los Delitos de Explotación Sexual, de la Ley Reformatoria al Código Penal, publicado en el Registro Oficial No. 45 de 23 ·de junio del 2005"*[4]*;* la cual concluyó con dictamen fiscal acusatorio en contra de Gladys Alicia Pinto León, como autora del delito tipificado en el *"artículo 528. 11 del Código Penal"*[5] -traslado y entrega de personas para explotación sexual-.

El Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, a quien correspondió la sustanciación de la causa, una vez realizada la audiencia preliminar, con fecha 3 de julio de 2006, dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y de la imputada Gladys Alicia Pinto León, por lo que revoca la orden de prisión preventiva que fue dictada en su contra, disponiendo su inmediata libertad.

La doctora Silvia Juma Gudiño, Fiscal (E), de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia lntrafamiliar, interpone recurso de apelación, ante la, entonces Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, la cual, con fecha 29 de agosto de 2006, las 11 h00, revoca el auto dictado por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, y dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Gladys Alicia Pinto León, *"por el delito tipificado en la reforma publicada en el Registro Oficial No. 45 de 25 de junio del 2005, como hace referencia la Fiscal en su dictamen, en el art. innumerado añadido al Capítulo lll del Título II del Libro II y que se refiere al delito de trata de personas".*

Ahora bien, en virtud de que la procesada se encontraba prófuga, se suspendió la etapa de juicio, reactivándose el proceso, una vez que el 1 de junio de 2011, las 11h36, el Juez Décimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, giró la boleta constitucional de encarcelamiento en contra de la encartada.

Radicada la competencia en el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 12 de marzo del 2012, las 09h05, se declaró la culpabilidad de Gladys Alicia Pinto León, como autora responsable del delito tipificado en el *"art. innumerado (190.2) del Código Penal constante en la Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, esto es Trata de Personas, sancionado en el 190.3 ibídem, imponiéndole la pena de 9 años de reclusión menor extraordinaria, (...)".*

El tribunal de juicio, basó su sentencia con fundamento en los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales:

- Testimonio del perito médico legista, doctor Marlon Alexis Oviedo Ramírez, quien manifestó, que en el año 2006 practicó el reconocimiento médico legal y ginecológico a la señorita KGZR, de 16 años de edad, la cual acudió acompañada del policía José Domínguez, de la DINAPEN, y afirmó no haber sufrido agresión alguna; el testigo precisó, que una víctima de explotación sexual siempre niega y no quiere dar otro dato; que la examinada no brindó colaboración y no se pudo practicar el examen; por otro lado señaló que también practicó el examen a adolescente JZR.
- Testimonio del señor Carlos Isaac Galora Pilo, quien señaló, que el 18 de febrero de 2006, se acercó a la DINAPEN, a pedir ayuda para sacar a sus hijos, que habían sido llevados por su señora (Tatiana Arteaga Velásquez), a un night club, ubicado en la avenida Eloy Alfaro; que ingresó con agentes de Policía, quienes sacaron 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..."*

[3] Idem

[4] Ver resolución de inicio de instrucción fiscal que obra a fs. 6 del expediente.

[5] Ver dictamen fiscal que obra de fs. 249 a 251 del expediente.

los dos niños, precisó que el uno era su hijo y el otro su entenado; que su cónyuge trabajaba antes en el nigth club, sin saber para quien lo hacía y, que a ese lugar se habría ido por problemas que han tenido; manifestó, que a él, a su esposa e hijos, les llevaron en un patrullero.

- Testimonio del Policía Ángel Marcelo Avalos Gavilánez, quien indicó que trabaja en la Unidad Contra la Trata de Personas de la Policía Judicial, y señaló, que su jefe revisó los casos pendientes en la DINAPEN, entre los cuales se encontraba uno de explotación sexual en contra de Gladys Alicia Pinto León, por lo que empezó a realizar operaciones básicas de inteligencia, logrando la detención de la acusada, dueña del nigth club denominado "Leg Bar''; manifestó, que la señora había estado prófuga de la justicia y tenía una orden de detención, por lo que procedió a detenerla fuera del nigth club, el 30 de marzo del 2011, en la avenida Eloy Alfaro y los Arupos; que al momento de su detención, no opuso resistencia.
- Testimonio de la adolescente JYZR[6], quien declaró tener una hermana de nombres Katia se refiere a KGZR-, que tiene su hogar y sus hijos; manifestó que en el mes de febrero del 2006, llegó desde su ciudad natal a Quito, por llamado de su hermana, quien le pidió cuidar a su hijo ya que trabajaba en un nigth club de nombre "Leg Bar'', sin saber qué hacía ahí; indicó, que no sabía quién era la dueña del mencionado lugar al que llegó, subió al cuarto de su hermana, donde se quedó cuidando a su hijo y al de ella; indicó, que en esas circunstancias llegó la policía, la detuvieron por ser menor de edad (16 años), y la llevaron al Hogar de Madres Jóvenes con su niño; señaló que quisieron hacerle un examen médico, pero no se dejó; precisó, que no rindió ninguna versión empero Fiscalía puso a la vista una versión en la que consta su firma, ante lo cual señaló, que le hicieron firmar y que lo hizo porque su hijo lloraba-.
- Testimonio de la adolescente GLBB, quien declaró que el 18 de febrero de 2006, se encontraba trabajando en un comedor frente al nigth club "Leg Bar"; que no conoce a la acusada; que vino a Quito, de Santo Domingo con su madre, y que se puso a trabajar en dicho comedor; que quien le trajo fue una señora de nombre "Yomaira", la cual si trabajaba en dicho nigth club; manifestó que el 19 de febrero de 2006, le llevaron a un sitio en donde nadie la podía ver, ni siquiera su madre; que en la institución "Madre para Jóvenes", estuvo tres días y le maltrataban; indicó que no le realizaron ningún examen médico, que a la fecha de la detención tenía 17 años; precisó que la detuvieron cuando estuvo en la parte de atrás del night club, a donde fue sólo a dormir; que cuando la detuvieron estuvo durmiendo con su mamá y fue por la mañana.
- Testimonio del Cbo. de Policía Pablo Santiago Calderón Paladines, quien manifestó que en el año 2006, junto con el Sbte. Hernández, realizaron un reconocimiento ocular al night club de la avenida Eloy Alfaro, calle Los Arupos; señaló que al ingreso había un parqueadero de tierra grande, luego una edificación con una pista de baile, al costado derecho un bar, una estantería con licores y un letrero que decía: "valor de la ficha 08"; precisó, que se suponía eran dólares; que en la parte derecha del bar había unas habitaciones; añadió, que en el patio había un graderío rústico y varias habitaciones en la segunda planta, las cuales eran numeradas; que se tomaron fotografías de la habitación número 4, en donde había una cama y un libro; manifestó, que cuando se realizó la diligencia, el lugar estuvo cerrado, no hubo nadie laborando y que no se verificaron documentos de funcionamiento.
- Testimonios del Cbo. de Policía Rodrigo Hermel Urquizo Rodríguez, y de Byron Rodrigo Carrillo Pérez, quienes fueron contestes al señalar que laboraban en la DINAPEN y que el 18 de febrero de 2006, se acercó el señor Carlos Galora Pilco, a denunciar que su conviviente trabajaba en un night club llamado "Leg Bar", situado en la avenida Eloy Alfaro y Arupos, la cual tenía con ella a sus dos hijos menores uno de tres años y otro de tres meses; manifestaron haber acudido al lugar y con autorización de la acusada Gladys Alicia Pinto León, tomaron contacto con la conviviente del señor Galora, la cual se encontraba en el segundo piso, con los dos menores; indicaron que dos adolescentes estaban trabajando en el lugar, con pocas

[6] Idem

prendas de vestir y haciendo strip tesse en la pista; que al pedir, a la propietaria del nigth club, los documentos de dichas adolescentes, aquella no presentó ninguno, argumentando que ellas no tenían documentos de identidad; los deponentes señalaron, que procedieron a detener a la acusada y a las adolescentes KGZR y GLBB; y, que acudieron al lugar por cuanto los niños estaban en situación de riesgo, en un dormitorio en el segundo piso.

- Testimonio de la procesada Gladys Alicia Pinto León, quien manifestó, que el 17 de febrero de 2006, estuvo trabajando en su casa, que llegó un cuñado llamado Marcelo Carrillo y le dijo que estaban sacando a los niños; que salió después de 15 minutos y encontró a los policías en la segunda planta, con aquellos, con "Maritza" y su hermana; que los estaban llevando, indicándole que habían ido por ellos indicó, que a la hermana de Maritza le sacaron a empujones del local; que los dos documentos estaba a su nombre; que el local se llama "Desenfreno" que funcionaba en el número E5-108 de la calle Los Arupos; precisó, que en la plan baja había una puerta que daba a un garaje, en la parte de atrás había una construcción, en el segundo piso habían habitaciones y un área dedicada a pista de baile; que en la parte posterior, había habitaciones que eran arrendadas por la señorita Sofía Salvador; manifestó, que no contrataba a menores de edad y que no lo permitiría; con respecto a las dos adolescentes KGZR y GLBB, señaló que ellas estuvieron arriba y no en el local; que la una estaba con la mamá y la otra con la hermana y los niños; que "Maritza", quien era mamá de los menores, si trabajaba con los clientes en servicios sexuales.

De la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, la acusada Gladys Alicia Pinto León, interpone recursos de apelación, casación y nulidad -cabe indicar que el recurso de apelación fue negado en virtud de que en el Código de Procedimiento Penal, con el cual se tramita la causa, no lo contemplaba-; y, con fecha 15 de octubre de 2012, las 12h39, la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, rechaza el recurso de nulidad y dispone la devolución inmediata al juez de instancia para que se ejecute la sentencia.

Con fecha 17 de octubre de 2012, las 13h59, la encartada, Gladys Alicia Pinto León, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, recurso que ahora nos ocupa.

3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

3.1. De la recurrente, Gladys Alicia Pinto León.

La casacionista, en el escrito de fundamentación del recurso de casación[7], en lo principal señala, que se ha emitido una sentencia en la que se le ha impuesto una pena desproporcionada, pese a que la Fiscalía no probó conforme a derecho su responsabilidad en el cometimiento de este delito; argumentó:

- Violaciones a la ley, en razón de que los jueces han realizado una indebida aplicación de las leyes penales (artículos 15. 79, 80. 83, 84. 85. 86. 87. 88, 90, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal; artículo 4 del Código Penal, artículos 11, 76 y 195 de la Constitución de la República).
- Errónea interpretación, ya que han cometido errores en la valoración de la prueba, al realizar una apreciación de manera extensiva.

Arguyó, que acorde con la prueba presentada en la audiencia de juzgamiento, demostró su inocencia y destruyó los cargos imputados por la Fiscalía, sobre el hecho de que, supuestamente, el 18 de febrero de 2006, en el night club Desenfrenos, de su propiedad, han estado trabajando las señoritas JYZR –hermana de KGZR-, y GLBB, quienes a la fecha tenían 17 años; que en su testimonio, la primera, declaró que en el mes de febrero del 2006, había llegado a esta ciudad de Quito a encargarse del cuidado del hijo de su hermana, quien arrendaba una habitación en la parte alta del local, que no sabía que su hermana trabajaba en este nigth club y no conocía a la dueña, que la detuvieron porque tenía 17 años; y, que la segunda, indicó que fue aprehendida en una de las habitaciones independientes al nigth club, que nunca ha trabajado en dicho local y que no conoce a la recurrente.

[7] Cabe recordar que, para el recurso en ciernes, se aplica el Código de Procedimiento Penal del año 2000, publicado en el R.O.S. No. 360 de 13 de enero de 2000, en donde el recurso de casación se encontraba normado en el Libro IV, título IV, capítulo IV, arts. 349-358; debiendo reparar sobre todo en aquello de que la fundamentación se lo hacía por escrito acorde al art. 352.

La sentencia viola los requisitos establecidos en el artículo 309.2.3 del Código de Procedimiento Penal; en forma principal, los artículos 84, 85 y 86 ibídem, en razón de no haberse llegado a establecer con certeza los elementos objetivos del tipo penal y peor su responsabilidad; transgrede el artículo 85, ya que con los testimonios, entre ellos el del doctor Marlon Oviedo Ramírez, médico legista que realizó el examen ginecológico a KGZR, quien señaló que en la entrevista previa, la examinada indicó no haber sufrido ningún tipo de agresión sexual, por lo que no ha querido hacerse ningún tipo de examen; con lo que se llega a establecer que nunca fue explotada sexualmente y nunca trabajó en dicho establecimiento como trabajadora sexual.

No se deben tener en cuenta los testimonios de los policías Rodrigo Urquizo Rodríguez y Byron Rodrigo Carrillo Pérez, en virtud de ser contradictorios con el parte policial, en el cual, en ningún momento manifiestan que el 18 de febrero del 2006, existían menores de edad trabajando en dicho local, que detuvieron a la acusada, únicamente, porque no tenía permisos y no por un delito de explotación sexual; cuestiona, por lo tanto, cómo se pude justificar, que supuestamente la recurrente, mediante engaños, con violencia, les haya tenido trabajando en dicho night club, en contra de su voluntad.

Como prueba a su favor, no se ha tomado en cuenta, el testimonio del policía Pablo Santiago Calderón Paladines, en el cual se llegó a establecer que, efectivamente, en el lugar donde funcionaba el nigth club estaba constituido por varias construcciones, y que las habitaciones del segundo piso eran diferentes a las del night club; con lo que queda demostrado que KGZR y GLBB, fueron detenidas en un lugar diferente al local cuestionado y en donde la una, al momento de la detención, se encontraba durmiendo; y, la otra cuidando a su sobrina, juntamente con su madre; lo que no ha sido debidamente valorado al momento de emitir la sentencia.

Finalmente, que no se ha tomado en cuenta el testimonio de la procesada, quien justificó que el día de su detención estaba trabajando en el local y que la Policía llegó a retirar a unos niños que se encontraban en el segundo piso, el cual es aparte de dicho local.

De otro lado, arguyó:

- Violación al derecho a la defensa; ya que, no se ha tomado en cuenta las atenuantes presentadas, como dispone el artículo 29.7.10 del Código de Procedimiento Penal, y la confesión, espontánea y verdadera, de la procesada; que se ha violado lo dispuesto en los artículos 74 y 72 del Código Penal, ya que al tratarse, su declaración testimonial, de una atenuante trascendental, ésta debió haber sido tomada en cuenta a su favor, e imponérsela una pena atenuada de tres años.
- Se ha violentado el debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, ya que todas las leyes dirigidas a garantizar los derechos de las personas, siempre se deben aplicar en sentido más favorable y obliga a los juzgadores a sujetarse a la Constitución de la República, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, donde siempre se tendrán en cuenta los principios pro ser humano, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 .3.4.6; 172; 417 y 426 de la Constitución de la República; además que se ha violentado el artículo 4 del Código Penal, por haber hecho una interpretación extensiva, prohibida en materia penal.

3.2. De La Fiscalía General de Estado.

La doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Subrogante del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señaló que:

Con respecto al delito contenido en el artículo 190.2 del Código Penal, éste, reprime la trata de personas, aunque medie el consentimiento de la víctima; el promover, inducir, participar, favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o· cualquier otra forma fraudulenta, con fines de explotación, con o sin fines de lucro; conducta antijurídica que en aplicación de las reglas de la sana critica ha sido analizada correctamente por el juzgador; puesto que, de la prueba actuada en la audiencia de juzgamiento, se determina que al irrumpir en un local nocturno de diversiones, el 18 de febrero del 2006, en horas de la madrugada, local de propiedad de la procesada recurrente Gladys Alicia Pinto León, se descubrió que en la pista de baile estaban dos señoritas menores de edad con pocas prendas de vestir, y en una de las habitaciones de la segunda planta fueron encontrados cuatro infantes de edades que oscilaban entre tres meses y tres años; que se encuentra probado documentadamente que JYZR, era una de las que protagonizaba el espectáculo, quien de acuerdo a su partida de nacimiento, a la fecha, tenía dieciséis años de edad; que aunque la procesada hubiera justificado tener autorización para el funcionamiento

de un local de esta naturaleza, para nada le valía, si allí se había reclutado a mujeres menores de edad; que nadie más, fuera de la propietaria, puede responder por la presencia de menores laborando en esta clase de actividades que vulneran su dignidad y sus derechos, como consta en el acta de audiencia de juzgamiento.

El Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, efectuó un análisis de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, atribución que le confiere el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; realizó una correcta valoración de las pruebas de cargo y de descargo introducidas en la audiencia de juzgamiento por lo que obtuvo la certeza para concluir declarando que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de Gladys Alicia Pinto León.

Para que el recurso extraordinario de casación prospere, es necesario, que quien recurre, demuestre los errores de derecho en los que ha incurrido el juzgador, en cualquiera de las formas determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; no está destinado a realizar una nueva valoración de la prueba, lo que desnaturaliza su esencia.

En el presente caso, la culpabilidad de la acusada no ha logrado ser desvirtuada, por lo tanto sus actos se adecúan a la descripción normativa del Código Penal; las alegaciones formuladas en el escrito de fundamentación, no han demostrado violación alguna de la ley, pues ha basado su fundamentación en una nueva valoración de la prueba, sin que las normas que se consideran violadas en la sentencia demuestren el supuesto error de derecho en el que pudo incurrir el juzgador; por el contrario, se ha establecido que el juzgador ha determinado correctamente el nexo causal entre la infracción y su responsable; por lo que, considera que se debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1. Del recurso de casación

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: i) contravención expresa de su texto; ii) indebida aplicación; y/o, iii) errónea interpretación; circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma...).

a) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado articulo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; b) Error de pertinencia, referido por el artículo 349 *ejusdem*, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, c) Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpreta el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (...)[8]

[8] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra. Resolución No. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el No. 508-2013).
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. 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; ii) *indebida aplicación (error de pertinencia)*; la indebida aplicación 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. 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; y, iii) *errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho)*; que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; 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 éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

4.2. De la fundamentación del recurso

Como quedó indicado en el punto 3.1. la casacionista Gladys Alicia Pinto León al fundamentar su recurso, arguyó, los siguientes cargos a saber: i) Indebida aplicación de los artículos 15, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 250 y 252 (Código de Procedimiento Penal); artículo 4 (Código Penal); y, artículos 11 , 76 y 195 (Constitución de la República); y,

ii) Errónea interpretación -de los mismos artículos-, en la valoración de la prueba, al realizar una apreciación de manera extensiva.

4.3. Examen de Casación

4.3.1. Ubicado el escenario causal de los argumentos de la recurrente, se procederá a realizar el examen de casación; para lo cual se confrontarán los cargos argüidos, versus las causales dispuestas en la ley; para ello cabe partir de señalar que, respecto con los parámetros para analizar el recurso de casación, este órgano jurisdiccional ha señalado que:

> (...) 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. (...)[9]

4.3.2. Ante los cargos argüidos por la casacionista, y los cuales, como quedó indicado, si bien estriban, en rasgos generales, en la violación de la ley ya sea por la indebida aplicación· y la errónea interpretación de las artículos 15, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 250 y 252 (CPP); 4 (CP); y, 11 , 76 y 195 (CRE); todas estas normas, acorde al argumento central de la recurrente, estriban en la valoración de la prueba, al decir de manera puntual que: se ha realizado una apreciación de manera extensiva, y que acorde con la prueba que fuera presentada en la audiencia de juzgamiento se demostró su inocencia y se han destruido los cargos imputados por la Fiscalía; que con tal prueba - para lo cual hace referencia a varios testimonios incluido el suyo-, no se ha llegado a establecer con certeza los elementos objetivos del tipo penal y peor su responsabilidad.

4.3.3. Para despejar el cargo argüido por la recurrente casacionista, hay que señalar en primer lugar que, acorde con las "causales" que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, 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 de la norma[10]; ii) *indebida aplicación*; también conocido como *error de pertinencia;* se refiere al 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; para que prospere esta causal - y que precisamente es la invocada por la recurrente-, es necesario hacer una contraposición de estos dos elementos (supuesto fáctico de la norma vs narración de los hechos); de allí, que 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;

[9] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de casación No. 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

[10] Cuando se alega esta causal, implica que lo que el recurrente señala, 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.

y, iii) *errónea interpretación -error de interpretación propiamente dicho-*, causal esta, también, invocada por la casacionista; la misma implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; 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 éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

4.3.4. Dado que el argumento central de la casacionista, como quedó precisado en el punto 4.3.2., estriba principalmente en que sobre la base de la prueba que se presentó en la audiencia de juzgamiento, principalmente los testimonios de: las adolescentes JYZR y GLBB, quienes habrían indicado, la primera, que su hermana arrendaba una habitación en la parte de atrás del local night club y que ella estaba a cargo del cuidado del hijo de su hermana; y, la segunda, quien también ha señalado que la aprehendieron en una de las habitaciones que se encuentra independientes al nigth club; del perito médico legista, doctor Marlon Oviedo Ramírez, quien manifestó que al realizar el examen ginecológico a la adolescente KGZR, aquella habría indicado no haber sufrido ningún tipo de agresión sexual; de los policías Rodrigo Urquizo Rodríguez y Byron Rodrigo Carrillo Pérez, los cuales por ser contradictorios, dice, con el parte policial en el cual, no consta menores de edad trabajando en dicho local; del testimonio del policía Pablo Santiago Calderón Paladines, en el cual señaló que el lugar donde funcionaba el nigth club estaba constituido por varias construcciones, y que las habitaciones del segundo piso, donde encontraron a las adolescentes KGZR y GLBB, eran diferentes a las del night club; y, del testimonio de la misma encartada, que señaló la policía habría llegado a retirar a unos niños que se encontraban en el segundo piso, que es aparte del local; con lo cual, concluye, que el juzgador no hizo una adecuada valoración de la prueba, porque no se ha llegado a establecer, con certeza, los elementos objetivos del tipo penal y peor su responsabilidad.

4.3.5. Acorde con lo precisado en el punto ut supra, el cual estriba en temas de "valoración de pruebas" (testimonios); lo cual, bajo el principio de contradicción e inmediación, corresponde a la esfera exclusiva del juzgador de instancia (tribunal penal) ante quien se actúa y obra la prueba, tanto de cargo como descargo; y, reparando en el hecho de que en este escenario -recurso de casación, no es admisible pedidos tendientes a realizar una revalorización de la prueba acorde con el inciso final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; por lo que, en *strictu sensu,* el cargo deviene en improcedente

4.4. Casación de Oficio

4.4.1. Continuando con el hilo conductor -tantas veces indicado, que el recurso de casación por definición es limitado con carácter específico, que le impide al Tribunal o Corte de Casación saltarse la barda que le impone el censor mediante la proposición jurídica, por lo que no corrige ni adiciona demandas, que se limita a verificar la correcta formulación de la proposición y su desarrollo normativo; que solo aquellas demandas que se presentan por el camino legal, tienen vocación para prosperar[11]; más sin embargo, existe también la denominada "casación oficiosa", la cual, *"opera como una excepción al principio de limitación que regula el ejercicio de la casación ordinaria.[12]"*

4.4.2. En cuanto a la casación de oficio, hay que remitirse al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, que en su parte final señala *"Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada."*; sobre esta base, dado que este Tribunal de Casación, ha encontrado que efectivamente -y más no por lo argüido por la casacionista, ha habido un yerro de indebida aplicación de los artículos que tipifican y sancionan el delito de **"trata de personas"**, con fines de explotación laboral, esclavitud, mendicidad, etc., excepto explotación sexual; delito que fuera introducido al Código Penal, mediante la Ley No. 2005-2, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, y que corresponden al segundo y tercer artículos innumerados, agregados después del artículo 190 del Código Penal [art...(190.2); y, art...

[11] Ver Rodríguez, Orlando. "Casación y Revisión Penal". Edid. Temis. Bogotá. 2008, p. 138
[12] Rodríguez, Orlando. Op. Cit. p. 138.

(190.3)]; con el delito de ***"trata de personas con fines de explotación sexual" traslado de personas con fines de explotación sexual,*** incorporado, también, al Código Penal, mediante la misma ley reformatoria No. 2005-2, en donde se lo tipifica, en el décimo primer artículo innumerado, agregado después del artículo 528 del Código Penal [art….(528.11)].

4.4.3. Dentro del rol de este Tribunal de Casación, como órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador -en el caso de haber-, de los yerros jurídicos de la sentencia; corresponde referirse y hacer el estudio y/o análisis de los tipos penales referidos, esto es, ***"trata personas";*** y, ***"trata de personas con fines de explotación sexual".***

4.4.4. Para evidenciar el yerro del juzgador, cabe reparar que el delito por el que se activó el proceso penal y por el cual, la Fiscalía emitió su dictamen acusatorio, fue el de ***"traslado y entrega de personas para explotación sexual" -trata de personas con fines de explotación sexual-,*** introducido al Código Penal, mediante Ley No. 2005-2, Ley Reformatoria al Código Penal, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, que mandó a agregar a continuación del Capítulo III, del Título IV, del Libro II; el Capítulo… (III.1), denominado "De los delitos de explotación sexual"; en donde, en el décimo primer artículo innumerado agregado después del artículo 528 del Código Penal [art...(528.11)]; se lo tipifica como: **Art…(528.11).- [Traslado y entrega de personas para explotación sexual]**.- El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.

Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años cuando ocurran una o más de las siguientes circunstancias:

1. Si la víctima fuere una persona menor de 12 años;

2. Si hay abuso de autoridad, o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima;

3. Si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima;

4. Si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y,

5. Si la víctima, como consecuencia del delito, sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal.

Ahora bien, pese a que fue por este delito que la Fiscalía acusó; más sin embargo, en el auto de llamamiento a juicio a pesar de que, inclusive, se hace constar que es por aquel al cual la Fiscalía se ha referido en su dictamen; se lo confunde, con el delito de ***"trata de personas"***, introducido -también- mediante la Ley No. 2005-2, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005, en donde se mandó a agregar a continuación del Capítulo III, **pero** del Título II, del Libro II; el Capítulo…(III 1), denominado "De los delitos relativos a la trata de personas"; en donde en el segundo y tercer artículos innumerados agregados después del artículo 190 del Código Penal [art…(190.2), y art…(190.3)]; señalan:

Art....(190.2).- [Trata de personas].- Constituye delito de trata de personas, aunque medie el consentimiento de la víctima, el promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta, con fines de explotación ilícita, con o sin fines de lucro.

Para efectos de esta infracción, se considera explotación toda forma de trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta y/o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o reclutamiento para fines delictuosos.

Art…(190.3).- [Pena por trata de personas].- La trata de personas será reprimida con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, siempre que no constituya explotación sexual. Si la persona fuere una persona menor de dieciocho años, la pena será de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años.

Hay que indicar, que fue este delito, y las normas citadas, por las que finalmente se sentenció y condenó a la recurrente.

Se debe precisar que, la Ley No. 2005-2, reformatoria al Código Penal, con la cual se introdujeron y/o tipificaron los delitos antes referidos, se denominó "Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los delitos de explotación sexual de los menores de edad"; por lo tanto, se debe reparar, que es en este contexto, en donde, en capítulos distintos, pero que guardan relación con la "explotación sexual de los menores de edad", que se introducen,

por un lado, el Capítulo "Del Delito Relativo a la Trata de Personas", en donde están los ·artículos 190.2 y 190.3 que tipifican al delito de **"trata de personas"**; y, por otro, el Capítulo "De los Delitos de Explotación Sexual", en el cual consta el artículo 528.11 que tipifica el delito de **"traslado -o trata- de personas con fines de explotación sexual".**

4.4.5. Fijado así el escenario legal sobre el que vamos a despejar la casación por indebida aplicación de la ley; cabe, hacer una relación histórica del delito de "trata de personas", que se remonta siglos atrás[13] ; en un primer momento surgieron hipótesis en torno a que estos movimientos de personas, eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables con el objeto de explotarlas sexualmente; los discursos sobre la "trata de blancas" fueron utilizados por el movimiento abolicionista de la prostitución, cuya lucha se centraba en su erradicación al considerarla una forma de esclavitud de la mujer; sus acciones se cristalizaron en la agenda mundial, a través de diversos acuerdos internacionales para la supresión de la "Trata", desarrollados desde 1904 y hasta 1949, año en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el "Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena". A mediados del siglo XVI se hablaba de "Traficantes", pero en aquella época esta denominación no tenía connotaciones de delito, ni de traslados, interiores o fronterizos; traficante era sencillamente un comerciante y ambos términos venían a ser sinónimos; empero, a finales de dicho siglo, "Traficar" significaba ya algo distinto de comerciar, se refería a la venta de mercancías o mal consideradas; fue así como la palabra tráfico aparece en el discurso de la política, el derecho y el desarrollo social, que vino a designar el contrabando fronterizo a menudo de sustancias estupefacientes o de armas, pero todavía no de seres humanos con fines de lucro. A finales del siglo XIX, cuando el mismo término se aplicó junto con el de "Trata", se mezclaron los diversos sentidos que se habían atribuido al "Tráfico"; es así que, en distintas épocas se lo ha referido como movimiento, como comercio ilícito y en definitiva como el tratamiento de las personas como mercancía.[14]

[13] Anteriormente era conocido como trata de blancas en los tiempos de esclavitud en los Estados Unidos. Durante la época colonial mujeres y niñas, particularmente africanas e indígenas, eran desarraigadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre y/o como objetos sexuales. Pero la trata como problema social comenzó a reconocerse a fines del siglo XIX e inicios del XX a través de lo que se ·denominó Trata de Blancas, concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos, de ahí el termino trata de blancas, ahora cualquier persona puede ser víctima de explotación ,no únicamente mujeres blancas y no solo en la explotación sexual, por eso hoy le llamamos Trata de Personas , pues cualquier hombre, mujer, niño(a) y joven, puede ser víctima de cualquier tipo de explotación.

[14] Un concepto y/o definición de "Trata", señala que *"es el comercio condenable, como revelan de modo expresivo las dos locuciones "trata" que viene a ser el "tráfico ilegal e inmoral que tiende a la explotación del ser humano, privado de su propia disposición y voluntad; en uno y otro caso, siempre se comercia con la libertad y la honestidad del ser humano por un precio cierto, ya que produce un tuero a quien lo trafica"*.
Por su parte "Tráfico", *es el Comercio. Actividad lucrativa con la venta, cambio o compra de cosas o con trueque préstamo de dinero. Negociación. Transporte de personas, animales o cosas, por ferrocarriles especialmente. Contrabando u otro comercio ilegal: trata de negros, trata de blancas, introducción y lucro ilegal con drogas.*
Como quedó Indicado, con frecuencia el término "trata de personas" es confundido con el de "tráfico", aquello se debe a que la mayoría de los textos que comenzaron a desarrollarse sobre el tema estaban escritos en inglés, en donde se te nombra "*trafficking in personas"* o "*human trafficking*", por lo que al realizarse la traducción literal al español "tráfico" ambos términos se mezclaron. Tanto la trata de personas, como el tráfico ilícito de migrantes, refieren a dos problemáticas distintas, por lo que es importante utilizar los términos de manera correcta En cuanto a las diferencias y similitudes entre "Trata de Personas" y "Tráfico de Personas", tenemos: que ambos son delitos y atentan contra la humanidad de las personas, existe siempre un Intermediario; priva a las sociedad del capital humano; las personas son vistas como mercancía; generan ingresos económicos para el narcotráfico y la delincuencia organizada; en cuanto a sus diferencias, en el tráfico de personas, el delito cometido es contra el Estado; hay falsificación de documentos, se da un cruce Irregular de fronteras voluntario; y, hay la mercancía, el servicio y el movimiento; mientras que en la "trata de personas", el delito cometido es hacia la persona o personas; hay engaño; desplazamientos legales o ilegales; y, no necesariamente hay cruce de fronteras.
En cuanto los "tipos" de trata de personas, están: la trata por prostitución, la cual consiste en transportar a las víctimas, por lo general jóvenes bellas, bien parecidas de escasos recursos económicos; la trata por explotación laboral, que es en la que raptan o llevan con engaños, obligan a realizar trabajos duros para finalmente obtener poco o ningún pago económico; *la trata por tráfico de órganos*, en la cual se da el engaño, fraude y abuso del poder, se secuestran a las víctimas para finalmente matarlas y poco a poco vender las partes de su cuerpo; trata por tráfico de drogas, que es aquella que por voluntad propia acceden, bajo presión, a prestarse como transporte para llevar dicho cargamento de un lugar a otro.

La "Trata de personas" o "Trata de blancas", conocida también en la actualidad como la "esclavitud del siglo XXI", es un delito que atenta contra los derechos humanos pues vulnera la esencia misma de la persona: vida, libertad, integridad y dignidad; que consiste en el traslado forzoso o por engaño de una o varias personas de su lugar de origen -ya sea a nivel interno del país o transnacional-, la privación total o parcial de su libertad y la explotación laboral, sexual o similar, siendo un proceso que continúa con la explotación del mismo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos; en el Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el artículo 3.a, define la trata de personas como:

(...) Por "trata de personas", se entenderá a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad, sobre otra, con fines de explotación esto incluirá, como mínimo la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. (...)

4.4.6. Ahora bien, dado el caso *sub iúdice,* en donde es menester determinar que para que haya operado la indebida aplicación de la norma que tipifica este delito, esto es el error de pertinencia, el cual se da entre el supuesto fáctico determinado en la misma y la narración de los hechos fijados por el juzgador, es necesario referirse a quienes son "tratantes" y los "métodos" que utilizan; así, los tratantes son personas inescrupulosas que mediante el engaño y ofrecimientos de trabajo de diversa índole, captan hacia la prostitución a adolescentes -en casas de explotación sexual-; se considera así a quienes se dedican a la captación y transporte de personas, quienes ejerzan control sobre las víctimas de trata, quienes trasladen o mantengan en situaciones de explotación; quienes participen en delitos conexos y quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata, de sus actos constitutivos; y, delitos conexos[15].

En cuanto a la forma de operar de los tratantes han que señalar que la trata de personas es un delito que generalmente transcurren en tres fases esenciales, a saber: i) *enganche*, en donde el tratante recluta a la víctima vía es uso del engaño[16], u otra forma semejante; ii) *traslado*, el cual se da cuando una vez reclutada la víctima esta habrá de ser trasladada a lugar de destino donde será explotada[17]; y, iii) *Explotación* se da cuando una vez que la víctima

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[15] Entre los tratantes se incluyen a reclutadores, agentes, "Madames", proxenetas (Novios esposos), prestamistas, falsificadores, vigilantes, empleadores, dueños de comercios, hombres y mujeres de todas las edades, nacionalidades y niveles educativos etc. Los tratantes cumplen numerosas funciones durante el proceso delictivo. También es tratante el que recluta, organiza el viaje o tramita documentos; quien acoge la persona a su llegada, quien amenaza, pega y obliga a trabajar. Existe un perfil de los tratantes, pues muchos pueden estar buscando ganar dinero a costa del sufrimiento y explotación de otros; estas organizaciones criminales adoptan distintas fachadas para el Reclutamiento de sus potenciales víctimas: excursiones, modelajes, comercio de empleadas domésticas, empleo en la agricultura y ofertas de trabajo para suplir mano de obra no calificada en otros países. Las redes tienen a su favor la complicidad de algunos empleados de agencias de viajes y funcionarios públicos, quienes les proporcionan información sobre las rutas más confiables para el traslado de personas al país de destino.

[16] Aunque también existen situaciones en las que simplemente se les secuestra o se les fuerza a través de la violación y el sometimiento; también de forma indirecta a través de anuncios en medios impresos, contacto con internet, referencias de familiares o conocidos, supuestas oportunidades de empleo, agencias de reclutamiento, ofrecimientos de cursos, agencias de viajes, escuelas, cantinas, manipulación sentimental, a través del noviazgo o matrimonio, entre otros. Es decir, en todos estos casos, el reclutamiento. Un caso quizás más complicado en términos de interpretación legales, es cuando existe consentimiento, es decir, la víctima sabe cuál es el plan o el trabajo a realizar y acepta hacerlo pero se le engaña a cerca de las condiciones de trabajo y de vida, el acuerdo económico y el nivel de libertad personal.

[17] Esto puede ser a otro punto dentro del mismo país (por ejemplo de una zona rural a una ciudad, lo que se conoce como trata Interna) o a otro país. En este caso el traslado se puede hacer por aire, mar y/o tierra, dependiendo de las circunstancias geográficas. El itinerario e incluso la explotación pueden pasar por un país de tránsito o ser directo entre el país de origen y el de destino. Las fronteras se pueden cruzar de forma abierta o clandestina, legal o ilícitamente. Los traslados se pueden hacer con pasaportes, visas y documentos de Identidad oficiales, sin ellos o bien con documentación falsa. También es frecuente la utilización del llamado "robo de Identidades" es decir, la generación de documentos con

es engañada con promesas de trabajos bien remunerados o bien, amenazada o coaccionada, se le somete para desarrollar actividades (trabajo sexual, domésticos u otros que permita su explotación.[18]
El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el artículo 3.c, señala que:
(...) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas", incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo. [Amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios].
4.4.7. En el *sub iúdice* -como quedó indicado-, el delito por el cual se sentenció a la ahora recurrente es aquel de **"trata de personas"**, para otros fines, excepto la explotación sexual; tipificado en la Ley 2005-2, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005 (artículos 190.2, y 190.3 del Código Penal); delito por el que se impuso, la pena de nueve años de reclusión menor extraordinaria.
Es por ello que, en el marco de este contexto, es importante también referirse a los principios que emanan, tanto de los instrumentos internacionales, como de la ley y la Constitución, nacionales, que se correlacionan entre sí, en lo que tiene que ver con la **"trata de personas con fines de explotación sexual"; y, la "trata-traslado y entrega- de personas para explotación sexual";** delito éste último, por el cual, una vez probados los hechos, conforme así se desprende de la sentencia que se recurre, se debió sentenciar a la casacionista Gladys Alicia Pinto León, y que constituye una forma de violencia contra las víctimas más frecuentes de este tipo de delito, las mujeres y los niños[19].

Identidades que no pertenecen a la víctima, no sólo pasaportes sino actas de nacimiento, credenciales de seguridad social, reportes escolares; entre otros, lo que dificulta enormemente la Identificación y procuración de justicia en este tipo de casos. En un gran número de situaciones la víctima coopera con el tratante frente a las autoridades -por ejemplo aquello de que "es mi familiar venimos de turistas", pues en general no sabe que posteriormente será explotada. En otras palabras, al momento del traslado las victimas respaldan a su futuro tratante, y para ellas los oficiales de migración o la policía son los enemigos.

[18] O bien se requisan sus documentos, o le cobran los gastos de traslado a otra ciudad o país. De esta forma crean una deuda y la consiguiente relación de dependencia, ya que las víctimas nunca podrán llegar a ganar lo suficiente como para pagar la deuda a los captores. Eso asociado a abusos, golpes, violaciones, chantajes y amenazas se convierte en una explotación dolorosa y prolongada

[19] Podemos afirmar que, también es una forma de Injerencia ilícita en el derecho de familia Internacional, ya que algunos tipos de trata suponen distorsionar prácticas familiares legítimas o aprovecharse de ellas. Ciertas prácticas consuetudinarias consideradas intrínsecamente perjudiciales para los derechos humanos y la dignidad, por algunos sectores, también podrían contribuir a la trata.
Al respecto, es importante referirnos a la normativa internacional, en la que encontramos, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC17/2002, con relación al interés superior de niños, niñas y adolescentes, expresa, que el interés superior implica, que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de niños, niñas y adolescentes. La Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, por su parte, analiza el principio superior de los niños, niñas y adolescentes, y en lo principal, expresa:
(...) interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. [...] En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e intencional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el artículo 46.4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas, sino como especiales de protección (...)"[Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N." 010-12-SEP-CC, caso N." 1277-10-EP, de 15 de febrero de 2012].
En consideración a los fundamentos expuestos, las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio de interés superior del niño, prescrito en el artículo 44 de la Constitución; por lo mismo, los procesos penales en los que son víctimas niños, niñas y adolescentes, tienen interés especial para los juzgadores, en consideración a las garantías de protección especial de la víctima. Esta circunstancia no implica vulneración alguna al derecho a la defensa del procesado, éste tiene derecho a una activa participación en todos los procedimientos de la causa.

En este escenario y, en tanto y en cuanto, el *sub lite*, versa en torno a adolescentes; hay que señalar, que el delito general de "**trata de personas"** tiene una connotación especial, es por ello, que el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños (conocido también como el Protocolo contra la trata de personas), es el instrumento de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, y es uno de los tres Protocolos de Palermo, el cual considera a este delito como un delito de peligro; y que lo define como el transporte de personas por medio de coerción, engaño, o consentimiento, para el propósito de explotación como trabajo forzado, o consentido o prostitución.

Conforme quedó citado ya en los puntos 4.4.5. y 4.4.6, acorde con el artículo 3 del protocolo, la **"trata de personas"** puede significar:

- El reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, bajo amenaza o por el uso de la fuerza u otra forma de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o una posición de vulnerabilidad, o recibir pago o beneficios para que una persona tenga bajo su control a otra persona, para el propósito de explotación;
- La explotación puede incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros y otra forma explotación sexual, trabajo forzados o servicios, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o remoción de órganos;
- El consentimiento de las víctimas de la trata de personas hacia sus explotadores es irrelevante, cuando cualquiera de las formas mencionadas ha sido usada;
- Incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios antes enunciados, se considera, también, **"trata de personas"**, a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación; y,
- En los términos del protocolo se entenderá por "niño" a toda persona menor de 18 años.

4.4.8. En cuanto a la "explotación sexual", encontramos que:

(...) El discurso de la explotación sexual se inició con la Convención de Naciones Unidas de 21 de marzo de 1949, bajo una fuerte influencia abolicionista. Toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra, explotare la prostitución de alguien, aún con su consentimiento (artículo 1), quedaba dentro del compromiso de criminalización que adoptaron todos los estados parte. Aunque la idea de lucro estuvo muy presente en los debates promovidos durante los trabajos preparatorios de la Convención, para identificar la idea de explotación sexual, lo cierto es que no llegó a realizarse formalmente esa equiparación, quedando el nuevo concepto en una peligrosa indefinición en la que permanece todavía hoy.

Posiblemente haya sido el feminismo abolicionista el que mayor énfasis ha puesto en ofrecer un concepto de explotación sexual. En sus intentos más maximalistas, llega a identificarlo con la obtención de cualquier utilidad: desde el placer sexual hasta un provecho económico o de otra clase. Fue la pretensión de los expertos sobre explotación sexual, violencia y prostitución, reunidos en Pensilvania en 1991: "la explotación sexual es una práctica, gracias a la cual, una persona obtiene placer sexual o beneficios financieros o de otro tipo mediante la utilización abusiva de una persona". Teniendo en cuenta que cualquier clase de prostitución era considerada sinónimo de abuso sexual -al mismo nivel que el acoso, la violación o el incesto-, parece claro que ese concepto pretendía abarcar todo su entorno, acogiendo desde el cliente hasta el proxeneta, como también, al rufián o al autor de una tercería locativa.

Las definiciones internacionales han avanzado muy poco en el necesario intento de descifrar un concepto que, poco más, nos sitúa de nuevo en el contexto de la prostitución. (...) el significado más difundido de esta expresión es el que la hace sinónima de explotación bajo un régimen de prostitución, podría buscarse su campo de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales que transcurren entre el/la trabajadora sexual y su empleador.[20]

[20] MAQUEDA, María Luisa. *"Globalización, fenómenos migratorios y Derecho Pena Intencional: el delito de trata o de tráfico de personas con fines de explotación sexual". Numeral 2. El significado del concepto de ·explotación sexual".*
En este artículo la autora señala también que: "(…) la voluntaria subordinación a la gestión de un empresario que organice la prestación de servicios relacionados con el sexo, no encuentra un motivo razonable para un control del estado, que no sea puramente administrativo, de regulación de los límites de ejercicio de esa actividad empresarial, de modo que se garantice la seguridad de los derechos de quienes trabajan bajo su dependencia. Sólo los abusos a esas necesarias reglas de ejercicio -voluntario- de la prostitución, podrían legitimar. a mi juicio, el recurso a la intervención punitiva.

4.4.9. Como quedó señalado en el punto 4.4.4., en nuestra ordenamiento jurídico normativa sustantiva penal-, la Ley No. 2005-2, reformatoria al Código Penal, tipifica, de manera general, al delito de **"trata de personas",** en el artículo 190.2; pero también, y de manera específica, dentro de los "delitos de explotación sexual", tipifica, a su vez, al *"traslado y entrega de personas para explotación sexual", es decir, la "trata de personas con fines de explotación sexual",* en el artículo 528. 11, tipo penal, éste último, que en específico, es al que hay que remitirse, dado el caso que nos ocupa y los hechos probados; más aún, cuando el mismo artículo 190.3 que establece la pena por la **"trata de personas"** señala que tal tipo penal será reprimido con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, **siempre y cuando no constituya explotación sexual;** caso en el cual "imperiosamente" nos remite al capítulo, de los delitos de explotación sexual, que en su décimo primer artículo innumerado, agregado, después del artículo 528 del Código Penal, lo tipifica al delito de *"traslado y entrega -trata- de personas para explotación sexual".*

De allí, que en el presente caso, se ha evidenciado la indebida aplicación del artículo 190.2 del código penal y sancionado por el artículo 190.3 *ejusdem*, cuando la norma que debió aplicarse, dado los elementos fácticos y probados, que constan en el proceso, no remiten al décimo primer artículo innumerado, agregado, después del artículo 528 del Código Penal.

4.4.10. Error de derecho, que han incurrido el juzgador, y que se evidencia en la sentencia al haber señalado que:

(...) **Resulta indiscutible y es un hecho cierto** que la policía del DINAPEN al irrumpir en un local nocturno de diversiones el 18 de febrero de 2006 en horas de la madrugada, local de propiedad de la procesada señora GLADYS ALICIA PINTO LEÓN **descubrió que en la pista de baile estaban dos señoritas menores de edad con pocas prendas de vestir;** y en una de las habitaciones de la segunda planta inclusive fueron hallados cuatro infantes cuyas edades oscilan entre 3 meses y 3 años. **Se encuentra probado documentadamente que la señorita J... una de las que protagonizaban el espectáculo de acuerdo a su partida de nacimiento es nacida el tres de octubre de 1989, es decir al 18 de febrero de 2006, tenía 17 años de edad.** Aunque la procesada hubiese justificado tener autorización para el funcionamiento de un local de esa naturaleza, **para nada de valía si es que allí se había reclutado a mujeres menores de edad;** el hecho de que el mismo local tenga uno u otro nombre, resulta irrelevante frente al delito y la responsabilidad probadas, pues nadie más, fuera de la propietaria puede responder por la presencia de las menores laborando en esa clase de actividades que vulneran seriamente la dignidad y los derechos de ellas. **Los elementos requeridos por el tipo penal del delito se encuentran reunidos sin la más mínima duda y, la responsabilidad** (...) Con ello queda demostrada la materialidad de la Infracción como elemento fáctico como también el elemento subjetivo de responsabilidad (...) (negrilla y subrayado fuera de texto).

De donde se determina que, en *strictu sensu,* en ningún momento se hace el análisis de los presupuestos fácticos de la norma, descritos en el artículo que tipifica al delito de **"trata de personas"** (art. 190.2 CP), por el que finalmente se sentenció; ni del de **"trata de personas con fines**

Es lo que viene haciendo la jurisprudencia española desde hace años, con el apoyo de nuestro Tribunal Constitucional. En la línea propuesta, numerosas sentencias han considerado, por ejemplo, que podrían ser criminalizables, una remuneración inadecuada, insuficiente o leonina, las condiciones en que se lleva a cabo el trabajo, horario, días libres, posibilidad de inasistencia, de permisos por razones personales, por enfermedad o por otra causa y otras normas que tienen que ver con la dirección de la empresa, su ámbito organizativo, el nivel de dependencia... (STS 1390/2004, de 22 de noviembre. También la STS 1397/2001, de 11 de julio). A esas condiciones agrega la SAP de Barcelona de 23 de enero de 2001, de forma genérica, otras " de higiene (aseos, camastros...), salubridad (suciedad, hacinamiento...) y seguridad... como "elementales de cualquier relación laboral desde la perspectiva de los mínimos legales". Son ejemplares, en ese sentido, los pronunciamientos penales que han declarado notoriamente perjudiciales para el ejercicio de sus derechos como trabajadoras y, por tanto, punibles, situaciones en las que no se les "permitía el descanso semanal (ni siquiera cuando las mujeres tenían la menstruación), ni se les garantizaba una jamada laboral digna, pues desde las cinco de la tarde hasta las cinco de la madrugada desarrollaban su trabajo, ni unas condiciones de higiene (aseos, camastros ...) o salubridad (suciedad, hacinamiento...) o en caso de ausencia del pago del salario o la imposición de servicios sexuales extraordinarios o de multas arbitrarias por baja productividad. En definitiva, la imposición de condiciones laborales inadmisibles que pueden resultar, en su caso, compatibles con otros ilícitos penales, como coacciones, estafas o aún atentados contra la integridad moral. (...)

de explotación sexual" (art. 528. 11 CP), por el que se debió sentenciar; por otro lado, se dice, de manera muy general, que los elementos del delito -arts. 190.2 y 190.3-, estarían reunidos sin la más "mínima duda"; al igual, que se encuentra "justificada" la responsabilidad de la acusada, por el hecho de, además, ser propietaria del lugar.

4.4.11. El juzgador, de haber hecho el análisis de pertinencia adecuado, al contrastar los elementos descritos por la norma y la narración de los hechos fácticos probados; no habría llegado a la conclusión a la que arribó en cuanto al tipo penal a aplicar; toda vez que, acorde a lo ya precisado al haber realizado el abordaje de estos tipos penales, se evidencia el error de derecho; más aún cuando, de conformidad con lo determinado por los artículos 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, la finalidad del juicio penal es la "comprobación" conforme a derecho de la infracción penal y de la responsabilidad, cuya "certeza" se la obtiene de las pruebas aportadas en el mismo; las que conforme lo determina el artículo 86 ejusdem, deben ser apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica.

4.4.12. El error de pertinencia evidenciado, cuyo nudo principal gira en torno al tipo penal aplicado por el juzgador; pasa también por el análisis que se hace, en el marco de las reglas de la sana crítica como sistema de valoración probatoria dispuesto en el Código de Procedimiento Penal del 2000; es por ello, que sin entrar en un ejercicio, *per se*, de apreciación de la prueba probatoria, sino, desde una mera referencia a ellas para determinar la violación de la ley, y al examinar la sentencia impugnada, más allá de la conclusión errada a la que ha llegado el juzgador, conforme quedó evidenciado y determinado *ut supra*; dicho fallo, en cuanto al tema de la prueba, señala:

(...) este Tribunal estima que se encuentran probados los siguientes hechos:

- **Que el día 18 de febrero de 2006, a eso de las 23h00, en el local nigth club- denominado "Desenfreno" ubicado en la Avenida Eloy Alfaro y Arupos, de esta Ciudad de Quito, fueron rescatadas las menores NN y NN ambas de 17 años de edad, instantes en que laboraban en dicho antro.**
- Que en la segunda planta del mismo local, en una habitación, fueron rescatados también 4 niños cuyas edades fluctúan entre 3 meses a 3 años.
- Que la propietaria de ese establecimiento de diversión nocturno es la señora GLADYS ALICIA PINTO LEÓN, quien no exhibió la autorización legal para su funcionamiento.
- **Que la señorita ..., de acuerdo a su partida de nacimiento, es nacida el 03 de octubre de 1989, es decir al 18 de febrero de 2006 tenía 17 años de edad.**
- **Que la menor ..., de acuerdo al reconocimiento médico legal practicado el 23 de marzo de 2006 por el Dr. Marlon Oviedo materia de testimonio en la audiencia del juicio, presentó "su membrana himeneal reducida a carúnculas mirtiformes por paridad", requiriendo una valoración ginecológica para Investigación de enfermedades venéreas, así como una valoración psicológica.**
- Que de acuerdo a la certificación otorgada por el SRI, el establecimiento de diversiones ya indicado, no se encuentra registrado como contribuyente hasta el 03 de mayo de 2006.
- Que de acuerdo a la certificación otorgada por la Intendencia General de Policía, el citado establecimiento carece de permiso anual de establecimiento hasta el 2 de marzo de 2006.

Es por ello, que acorde con tales hechos, que son los que están probados; hay que reparar, que no versan en estricto sentido, con el delito por el que se sentenció y condenó **-trata de personas-;** sino, que guardan relación con el delito de **"trata -traslado y entrega- de personas con fines de explotación sexual";** en este caso, de las dos adolescentes a quienes, se dio "acogida" en el night club de propiedad de la procesada, lugar en el cual incluso se las encontró bailando- los cuales deviene de un trabajo forzado-, con escasas prendas de vestir, y en el que, inclusive, se promocionaba el valor de la ficha a US$ 8,00.

4.4.13. La sentencia impugnada, en el numeral tercero, puntos 3.1 al 3.9, hace referencia a toda la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento, esto es los testimonios de: i) el perito médico legista, quien señaló que al practicar el examen a la adolescente KGZR, aquella indicó no haber sufrido "agresión alguna", y por tanto no realizó el examen; ii) del denunciante, padre de los niños a quienes fue a retirar, pues habrían estado con su madre -adolescente- en el segundo piso del night club; iii) del policía quien detuvo a la acusada; iv) de la adolescente JYZR, quien señaló que estuvo en el segundo piso del local, a donde habría acudido, "desde otra ciudad", a cuidar a su sobrino y a su hijo; v) de la adolescente GLBB, quien señaló "trabajar" en un restaurante frente al night

club; vi) del policía que realizó la inspección ocular del night club, **quien determinó que en el local había una pista de baile, bar, estantería con licores y un letrero que decía "valor de la ficha 08"**; **vii y viii)** de los policías que actuaron ante la denuncia del padre que solicitó ayuda, por cuanto su hija habría estado con su madre en el night club - vulnerándose derechos de las niñas, niños y adolescente-i (sic); quienes, indicaron haberse trasladado al lugar y con la "autorización" de la dueña del local acusada, ingresaron **y encontraron a las adolescentes en la pista de baile con pocas prendas de vestir "laborando"; y, ix)** prueba documental consistente en partida de nacimiento de la adolescente JYZR, certificaciones del SRI y de la Intendencia, en cuanto al permiso de funcionamiento del local; siendo aquello, "toda" la prueba actuada en el juicio.

4.4.14. Con este contexto probatorio, y en aras de evidenciar que ha operado el error de pertinencia entre el supuesto fáctico determinado en la norma ***(trata de personas con fines explotación sexual)*** , y la narración de los hechos fijados por el juzgador; por lo tanto, la indebida aplicación de la norma que tipifica el delito de ***"trata de personas",*** cuando debió hacérselo por el de ***"trata -traslado o entrega- de personas con fines de explotación sexual",*** es necesario hacer hincapié en lo referido en el punto 4.4.8, en cuanto a que: la explotación sexual es una práctica, mediante la cual, una persona obtiene ya sea placer sexual, o –como en este caso-, beneficios financieros, mediante la utilización abusiva de adolescentes; que, cualquier clase de prostitución era y es considerada sinónimo de abuso sexual, en este caso, al haberse encontrado a las adolescentes, en un night club de propiedad de la recurrente, en donde se les "acogió, bailando y con escasas prendas de vestir, en una suerte de exhibición y promoción de -su cuerpo; lo cual, dado el avance de las definiciones internacionales, en donde el significado más difundido de la expresión "explotación sexual", se la hace sinónima y/o bajo un régimen de prostitución, como ha ocurrido en el caso *sub lite.*

La Corte lnteramericana de Derechos Humanos, acerca de la desnudez forzosa, como una forma de explotación sexual, ha señalado:

(...) 191. Siguiendo la línea de la normativa y la jurisprudencia internacionales y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, **la Corte ha considerado que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano pueden Incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En este sentido, en otro caso ante la Corte se estableció que el someter a mujeres a la desnudez forzosa mientras éstas eran constantemente observadas por hombres** armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, **constituyó violencia sexual.** (...) (negrillas y subrayado fuera de texto)[21].

4.4.15. Es por ello, que bajo el contexto que queda señalado, la conducta de la encartada Gladys Alicia Pinto León, ahora recurrente, queda enmarcada en el delito de ***"trata -traslado o entrega- de personas con fines de explotación sexual"*** (art. 528. 111 CP), más no, en el de ***"trata de personas"*** (arts. 190.2 y 190.3 CP); es por ello que este Tribunal de Casación, encuentra, que la sentencia impugnada en este recurso- contiene un error de derecho que debe ser enmendado, ya afecta a la parte dispositiva del fallo; error que se ha presentado en la forma de indebida aplicación del segundo y tercer artículos innumerados agregados luego del artículo 190 del Código Penal [art.-...(190.2); y, art.-...(190.3)], por parte del Cuarto Tribunal de Garantías de Pichincha; toda vez, que se ha subsumido la conducta de la procesada a un supuesto fáctico no previsto por la norma jurídica citada; esto, a su vez, ha provocado la contravención expresa del texto del décimo primer artículo innumerado agregado, luego del artículo 528 del Código Penal [art.-...(528.11)], que contiene efectivamente la conducta de la procesada.

4.4.16. Ahora bien, es necesario dejar sentado, que el cambio de tipo penal, que ha realizado este órgano jurisdiccional, debe ser legitimado mediante el examen del principio de congruencia, institución que ayuda a proteger los derechos de defensa de la persona procesada, cuando resultan alterados los hechos o el derecho utilizados para su juzgamiento; para ello bien podemos remitirnos a lo que al respecto este mismo órgano jurisdiccional ha señalado que:

[21] Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú; sentencia de 20 de noviembre de 2014. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párrafo 191

(...) los requisitos básicos que se debe observar para realizar un cambio de tipificación, al momento de juzgar al procesado, son los siguientes: 1) Inalterabilidad de los hechos por los cuales se ha investigado, llamado a juicio y juzgado al procesado; pues, como hemos visto, no existe discusión respecto a la aplicación del principio de congruencia fáctico, el cual determina que los órganos jurisdiccionales no pueden alterar los hechos fijados en el auto de llamamiento a juicio, para emitir sus sentencias, cuestión que resultarla altamente atentatoria en contra del derecho a la defensa del procesado, al juzgarlo con base a hechos que no han sido puestos en su conocimiento; 2) Inalterabilidad del bien jurídico protegido, de aquel que fue utilizado por el fiscal para acusar desde la etapa intermedia del proceso al encartado, al que consigna efectivamente el juzgador en su providencia. Este requisito deviene de los límites impuestos al órgano jurisdiccional, cuando efectivamente aplique el principio *iura novit* curia; y, 3) El más importante de ellos, es el mantener la viabilidad de la defensa realizada por el procesado; esto es, que los argumentos vertidos por éste para desvirtuar su participación, a cualquier título, dentro de los hechos que se le imputan, sirvan tanto para defenderlo del tipo penal acusado por el fiscal, como de aquel al que el juzgador intenta aplicar en su resolución.[22].

De allí que en el caso *sub iúdice*, el cambio de tipo penal que ha realizado este órgano jurisdiccional de casación del presente fallo, no vulnera el principio de congruencia, ya que los hechos por los

---

[22] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de Casación que resuelve el caso No. 1047-2012 González en contra de la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos; recurso de casación.

Al respecto del principio de congruencia esta sentencia señala:

Este principio ha generado intensos debates en los actuales tiempos, debido a que en un inicio, su contenido se asimilaba solo a la prohibición del juzgador de incorporar nuevos hechos a los que ya fueron fijados en el auto de llamamiento a juicio, sin que existiese ninguna limitación para el órgano jurisdiccional, al momento de cambiar el tipo penal por el que resultaba condenado el procesado, si se consideraba que aquel invocado por el fiscal de la causa no se encuadraba en la conducta concreta sometida a juzga miento; sin embargo, el desarrollo de los derechos humanos, y principalmente del derecho de defensa del procesado, fruto del cambio de paradigma respecto a la posición del juez en el proceso, que ahora se propugna entre los órganos jurisdiccionales estatales, ha llevado a adoptar el criterio de que el cambio de tipo penal realizado por el juzgador mediante su sentencia, inminentemente con posterioridad a la defensa del procesado, implicaría una vulneración a sus derechos, de equiparable magnitud a la reformulación de los hechos por los que se le juzga.

En este contexto, el contenido del principio de congruencia ha sido divido en dos, tomando como criterio diferenciador, si son los hechos o el derecho los que resultan alterados por el juzgador; en el primero de los casos, se hablara por tanto de "congruencia fáctica", en tanto que en el segundo, se adoptará el nombre de congruencia jurídica". El principio de congruencia fáctica es claro, en virtud de él, " ... la persona no puede ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación ..."; esta parte del principio, encuentra su desarrollo normativo en el artículo 232 del Código Procedimiento Penal, que indica como uno de los requisitos del auto de llamamiento a juicio "La determinación del acto o actos punibles por los que se juzgará al procesado ... ", lo cual empata con lo previsto en el artículo 315 ejusdem, el cual dispone que "El Tribunal de Garantías Penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos".

Como podemos observar, es la parte jurídica del principio de congruencia, la que ha generado complicaciones al momento de determinar. tanto su contenido, como el basamento normativo que se debe aplicar para invocarlo; razón por la cual, se vuelve imperioso que este órgano jurisdiccional de casación, fije los parámetros con base a los cuales se puede medir una violación a esta institución jurídica, actividad para la cual, tomaremos en cuenta lo siguiente: 1) Quién es el encargado de realizar la acusación; 2) En qué momento debe realizarla; 3) Los límites del principio iura novit curia; y, 4) El derecho a la defensa del procesado. [...]

Los principales componentes del derecho de defensa que se ven atacados al momento de analizar el principio de congruencia son los siguientes: 1) Como lo hemos establecido, el primero de ellos es la presunción de inocencia (artículo 76.2 de la Constitución de la República [CR]), en virtud de la cual, el acusado será tratado como una persona inocente hasta el momento en el que se expida en su contra, una sentencia condenatoria ejecutoriada; se Jo toma en cuenta, pues por efecto de este principio, el impulso del proceso y la carga de la prueba le corresponden al fiscal de la causa, dándole una posición pasiva al procesado dentro del juicio penal, a la espera de las acusaciones y argumentaciones del fiscal, en virtud de las cuales, adecuará su defensa y sus alegaciones. Por lo expuesto, un cambio drástico de tipo penal podría dejar totalmente inefectiva la defensa del procesado, al generar que sus argumentos, esgrimidos para enervar aquellos que fueron vertidos por el fiscal de la causa, no sean adecuados para contrarrestar la inexistencia de los elementos de un nuevo tipo penal por el que se lo acusa o condena. lo que genera en él una carga procesal que no le corresponde; esto es, la previsibilidad de todos /os escenarios jurídicos posibles que se podrían desprender de la conducta por la que se lo juzga, para en virtud de ellos, preparar su defensa; 2) Contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 76.7.b) CR) , pues el procesado utiliza ese tiempo y orienta los recursos que tiene, para desvirtuar las alegaciones del fiscal de la causa, quien es el titular de la acción penal pública; razón por la cual, un cambio radical

cuales se ha juzgado a la procesada se han mantenido inalternados, al ser estos los mismos que han sido determinados como ciertos y probados en la sentencia del juzgador de instancia.

4.4.17. Es por ello que de oficio, se casa la sentencia recurrida y se declara a Gladys Pinto León, culpable, como autora del delito de *"trata, traslado o entrega- de personas con fines de explotación sexual",* tipificado y sancionado en la ley número 2005-2, Ley Reformatoria al Código Penal, publicado en el Registro Oficial número 45, de 23 de junio de 2005, décimo primer artículo innumerado, agregado después del artículo 528 del Código Penal (art.…(528-11) CP) cuya pena, de reclusión mayor ordinaria oscila entre un piso de 8, y un techo de 12 años; especificándose, que si la víctima es menor de 18 años, se aplicará el máximo de la pena; razón por la cual, se impone la pena prevista en el techo de la norma.

4.4.18. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), de oficio, se determina que no se puede aplicar, en este caso, el principio de favorabilidad, por cuanto, la pena dispuesta por esta conducta, ahora, en el artículo 92.2 del COIP, es de 16 a 19 años, por tanto, es superior a la que se impone.

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 REPÚBLICA",** al amparo del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado por Gladys Alicia Pinto León; y, casa de oficio la sentencia emitida por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de 12 de marzo de 2009, las 09h05, al haberse comprobado que en ella se ha violado la ley, por indebida aplicación de los artículos: segundo y tercero, innumerados, agregados, después del artículo 190 del Código Penal [art.…(190.2); y, art.…(190.3) CP], por Ley Reformatoria al Código Penal (Ley No.2005-2), publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio de 2005, que tipifican y sancionan el delito de trata de personas; debiendo por lo tanto, encuadrar la conducta de la procesada Gladys Alicia Pinto León, dentro del delito previsto en Ley No. 2005-2, publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio de 2005, décimo primer artículo innumerado, agregado después del artículo 528 *ejusdem* **[art....(528.11) CP],** que tipifica el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, imponiéndole la pena de 12 años de reclusión menor ordinaria; no obstante, por el principio non *reformatio in pejus,* se mantiene la pena de nueve años de privación de libertad. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase.

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL y Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL.

de tipo penal, volverla infructuoso al tiempo y medios utilizados para preparar su defensa, dejándolo por otro lado, sin posibilidad de conseguir un nuevo periodo para elaborar argumentos contrarios al nuevo tipo penal que se le imputa; y, 3) Ser escuchado en igualdad de condiciones, poder presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido, presentar pruebas, as! como contradecir las razones y pruebas que se presenten en su contra (artículo 76.7.c.h) CR); obviamente, todos estos derechos serán ejercidos en replica de las acusaciones, argumentos y pruebas presentados por el fiscal de la causa, pues como se ha manifestado, la posición del procesado en el juicio penal es de defensa, en contra de las aseveraciones del acusador, por lo cual, sus pruebas y sus alegatos estarán orientados a desvirtuarlas, siendo ilógico que se defienda de aquello por lo que no ha sido acusado, peor aún de un delito distinto, que el juzgador podría llegar a considerar como existente, da dos los hechos delictivos por los que se le juzgan. En virtud de lo ante dicho, el cambio de tipo penal, que eventualmente se proponga realizar el órgano jurisdiccional en su sentencia, solo puede ser hecho si con él no se vulnera alguno de los derechos enunciado supra."

III

Resolución nro. 560-2015
Juicio nro. 1481-2014

Juicio penal por rebelión y atentados contra los funcionarios, propuesto por Smilkar Abraham Rodríguez Erazo y Wilman Rodrigo Rodríguez Berrú, Alcalde y Procurador Síndico respectivamente de la ciudad de Zamora, en contra de Ramiro Cueva Atarihuana

SÍNTESIS

El día 11 de diciembre de 2012, a eso de las 12h15 aproximadamente, en circunstancias en que el ingeniero Smilcar Rodríguez Erazo, Alcalde de Zamora, se encontraba en las instalaciones de la terminal aérea del aeropuerto de Cumbaratza, provincia de Zamora Chinchipe, cumpliendo un acto oficial, en forma abrupta ha sido abordado por el señor Ramiro Cueva Atarihuana, periodista y propietario de la televisora Ecotel TV de la ciudad de Loja, quien ha procedido a increparle e injuriarle con palabras soeces; y que, en el instante en que abordaba el vehículo oficial del Gobierno Municipal de Zamora, ha procedido a agredirle en su rostro con el puño y el micrófono que portaba. El Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe dicta sentencia condenatoria en contra de Germán Ramiro Cueva Atarihuana, como autor del delito de ofensas a otros funcionarios, tipificado y sancionado en el artículo 231 del Código Penal vigente y le impone una pena de 15 días de prisión correccional, pero en función de las atenuantes se reemplaza la prisión correccional, con la imposición de pena de multa de cuarenta y siete dólares americanos. La Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía lo acepta mientras que el deducido por el procesado lo acepta parcialmente, reformando la sentencia imponiéndole al procesado la multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. De ésta resolución interpone recurso de casación el acusado. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación. En virtud del principio "Non Reformatio In pejus" y al ser el único recurrente, se mantiene la pena impuesta en la sentencia emitida por el tribunal ad quem.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2014-0010

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ZAMORA. TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES. Zamora, miércoles 9 de abril del 2014, las 16h57.

VISTOS: Zamora, jueves veintisiete de marzo del año dos mil trece, a las 09h00, el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, se constituyó en audiencia oral, pública y contradictoria, con el fin de resolver la situación jurídica del procesado German Ramiro Cueva Atarihuana, en contra de quien la señor Juez "B" de la Unidad Judicial Penal del cantón Zamora, dictó auto de llamamiento a juicio, por presumirlo responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 228 del Código Penal. Concurriendo a la referida audiencia en representación de la Fiscalía General del Estado, el Dr. Luis Gordillo Córdova; el procesado German Ramiro Cueva Atarihuana, con su defensor particular, Dr. Luis Fernando Cruz Riofrío. Instalada la audiencia, escuchados los sujetos procesales, practicada la prueba por parte de Fiscalía y la Defensa del procesado, evacuada la prueba, desarrollado el debate, concluida la audiencia; y, luego de la deliberación prevista en el

artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, se resolvió por parte de los señores jueces del Tribunal, declarar la culpabilidad del procesado, resolución que se la hizo conocer a las parte procesales de manera oral, por lo que conforme a lo previsto en el literal l), numeral 7, del artículo 76, de la Constitución de la República, corresponde procesalmente emitir en forma escrita y motivada la sentencia y para ello se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** El Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, es competente para conocer y resolver este proceso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1, artículo 28, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el numeral 1, artículo 221, del Código Orgánico de la Función Judicial; **SEGUNDO.-** El proceso, en lo que corresponde al Tribunal de Garantías Penales, se ha desarrollado conforme a las normas de procedimiento vigentes, sin que se haya observado la omisión de solemnidades sustanciales que pueden influir en la decisión por lo que se declara su validez; **TERCERO.-** TEORÍAS DEL CASO: 3.1. La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, a través del doctor Luis Gordillo Córdova, indica que en circunstancias que el Ing. Smilcar Abraham Rodríguez Erazo, Alcalde del cantón Zamora, se encontraba en las instalaciones de la terminal aérea ubicada en la parroquia Cumbaratza, cantón Zamora, provincia de Zamora Chinchipe, en forma abrupta ha sido abordado por el señor Ramiro Cueva Atarihuana, Gerente ECOTEL-Loja, quien sin justificación alguna, con una actitud prepotente y sin mediar ninguna provocación, le ha dicho: "cobarde", para seguidamente agredirlo con el micrófono en el rostro; que el tipo penal al que se adecua el hecho, es el constante en el artículo 228, del Código Penal, que dice: "El que hiere, o golpeare o maltratare de obra a alguno de los funcionarios enumerados en el artículo 225, cuando este se halle en actual ejercicio, o por razón del ejercicio de sus funciones, será reprimido con uno o tres años de prisión"; manifestando que con la prueba a practicarse que oportunamente se presentó, demostrará la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado en su ejecución. 3.2. Por su parte la DEFENSA DEL PROCESADO, a través del Dr. Luis Fernando Cruz Riofrío, manifiesta que cuestiona la forma como se ha conducido la investigación para acusar de forma maliciosa a su defendido, que se ha ocultado notificaciones, que han ido sustituyendo a sus defensores por defensores públicos, que su defendido es un padre de familia, un representante de la comunicación social con reconocimiento nacional e internacional, con una trayectoria de más de 28 años en el área del periodismo, que ha sido traído a juicio por el rencor político, porque evidenció una información de relevancia pública, habiendo contrastado las declaraciones oficiales con la realidad de las obras, que el señor Alcalde de Zamora se encontraba incómodo, por su gestión cuestionada, su falta de eficiencia y credibilidad; que lo que se pretende es acallar a un periodista y que se demostrará que los hechos por los que acusa Fiscalía no se produjeron: **CUARTO.-** ACUERDO PROBATORIO. Tanto el señor Fiscal como el abogado de la defensa han llegado al acuerdo probatorio de incorporar al proceso como prueba, un CD, que contiene las mismas grabaciones que las que contiene el CD que fuere presentado como prueba por la Fiscalía. **QUINTO.-** TESTIMONIO DEL OFENDIDO. Ingeniero Smilcar Abraham Rodríguez Erazo, con C.I. nro. XX, ecuatoriano, de 40 años de edad, estado civil casado, de profesión ingeniero civil, Alcalde del cantón Zamora en funciones, con domicilio y residencia en la parroquia de El Limón, calles 25 de abril y Monfilio Silva, cantón Zamora; quien bajo juramento indica que el día 11 de diciembre del años 2012, en la pista aérea de Cumbaratza, aproximadamente al medio día, el señor Ramiro Cueva Atarihuana, acompañado de una persona que opera la cámara y otra persona que no conoce, ha llegado en forma abrupta, majadera irrespetuosa, por la espalda, con actitudes de mala educación para hacerle una entrevista a la fuerza, y no a cuestionar como dice su trabajo o accionar, por lo que se ha retirado a su vehículo, y al seguirlo lo ha llamado "cobarde, sinvergüenza", que ha resistido la ira que sentía por su mala educación, pero que lo ha seguido hostigando y le ha lanzado el micrófono a la cara, piensa que todo estaba planificado, que lo agredió con el micrófono y sus palabras de mala educación. Indica también que anteriormente en un viaje que hizo a Guayaquil, ya fue abordado por el periodista de forma malcriada exigiéndole que le dé una entrevista, que le había dicho "cobarde, mentiroso", que es el maltrato más grande que se le ha hecho al aeropuerto, y que no han existido más actos de persecución. Al contrainterrogatorio responde que la denuncia la puso como Alcalde del cantón Zamora, con el Procurador Síndico, que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

posteriormente reconoció la denuncia y que fue agredido con el puño y el micrófono en la cara, que fue elegido como Alcalde del cantón Zamora, para el periodo del 31 de julio del 2009 al 14 de mayo del 2014; que el pueblo es su mandante, que él siempre ha declarado lo que le han pedido, pero que el periodista del canal televisivo ECOTEL realizó un reportaje denigrante, que ha actuado de mala fe, habían cosas denigrantes y él se sintió mal, porque ciertos lojanos como el periodista son enemigos del pueblo Amazónico-Zamora y que él tiene que defender a este pueblo. Que fue agredido con el micrófono y el puño, en su rostro, en la mejilla derecha pero que no le causó ninguna herida, pero si lo ofendió; que no tuvo tiempo de tomarse ninguna fotografía, ni le hicieron ningún examen médico, que acudió a la Policía Judicial en Zamora para presentar la denuncia; b. El testimonio del CBOP. de Policía Wilmer Jeovanny Puga Gualan, C.I. XX, quien manifiesta, que realizó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, por delegación del señor Fiscal, que es un lugar público, ubicado junto a las mallas a un costado derecho junto a la vía que conduce de Zamora a Yantzaza, que el utilizó el método de rastreo de muro a muro y no pudo recabar ninguna huella, que la pericia la realizó el día 28 de enero de 2013; c. Testimonio del teniente de Policía, Bolívar Vicente Ludeña Sotomayor, C.I. XX; perito de criminalística, que en lo principal indica, que realizó la pericia de transcripción del contenido del CD que le fuere entregado y de unas fotografías, que no ha sido alterado en su estructura física, es una transcripción textual, que no hay posibilidad de errores; indicas que a él se le entregó para que realice esa pericia, que son medio tecnológicos susceptibles de manipulación, pero que no puede decir que existan cortes, indica que en el video no se observó se haya golpeado a alguna persona, que no existía escenas con hechos de violencia; d. Testimonio de José Luis Cuenca Cueva, C.I. XX; quien indica que labora en el Municipio de Zamora, que desde hace dos años tres meses, es guardia de la Institución y que estuvo presente en el día de los hechos, y que en ese tiempo era guardia del ingeniero Smilcar Rodríguez Erazo, Alcalde del cantón Zamora, y que hubo una agresión por parte del señor Ramiro Cueva, quien ha llegado el día de los hechos a entrevistar al Alcalde, y que a lo que estaba subiéndose en el carro le ha lanzado un puñete con el micrófono en la cara, eso presenciaron varias personas, entre ellos los señores Eduardo Reinoso, Medardo Macas, Jimmy Yuquilema; que luego de esto el ingeniero Smilcar Rodríguez ha cerrado la puerta y han partido en el vehículo, que, estos hechos los pudo observar desde el interior del vehículo, que luego se vinieron a Zamora las tres personas, el chofer, el ingeniero Smilcar y su persona. Al contrainterrogatorio, responde que era guardia personal del ingeniero Smilcar Rodríguez que en el momento de los hechos estuvo sentado en la parte posterior del vehículo, que vio que el procesado agredió con el micrófono al ingeniero Smilcar, pero que no se puso rojo ni nada su rostro, pero que sí pudo observar el golpe; e. Testimonio del señor Jacinto Eduardo Reinoso castillo, C.I. XX, quien se desempeñaba como chofer del Alcalde de Zamora, indicando que el 11 de diciembre del 2012, en la inauguración del aeropuerto en Cumbaratyza, ha llegado un vehículo rojo con tres personas, que se han acercado al Alcalde de Zamora, el mismo que no ha querido darle la entrevista al periodista, por lo que este le decía: "cobarde", agrediéndole el pómulo derecho con el micrófono, por lo que el policía Jimmy Suquinaula, lo ha apartado, indica que conoce al procesado y que es el periodista de Ecotel, quien siempre ha tenido problemas con Alcalde de Zamora; que luego de esto inmediatamente han salido del lugar. Al contrainterrogatorio indica que es empleado de la Institución, pero que no le interesa el caso, que simplemente viene a decir la verdad, que el hecho ocurrió mas o menos a las doce del día, que él ya estaba embarcado en el carro; f. Testimonio del señor Edgar Rodrigo Chamba Bautista, C.I. XX, quien es comunicador social e indica que trabaja en el Municipio desde el año 2011, y que el día 11 de diciembre del 2012, acudió a Cumbaratza al evento en el aeropuerto, que se ha iniciado entre las nueve y diez de la mañana, que a este evento acudió la ciudadanía en general, estimando entre unas quinientas a seiscientas personas, que dicho evento se terminó al medio día; que el señor Ramiro Cueva Atarihuana, ha allegado y le ha dicho al señor Alcalde del cantón Zamora: "cobarde", para seguidamente con el micrófono darle en la cara, que el policía metropolitano de nombres Jimmy lo ha retirado; y que el señor Alcalde ya estaba subido en su carro y que el golpe fue con el micrófono; f. Testimonio del señor Jimmy Francisco Yuquilema Pilamunga, C.I. XX, quien manifiesta que trabaja en el Municipio de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Zamora, entre tres a cuatro años, que el día 11 de diciembre del 2011 a las doce de mañana ha llegado un señor hecho bala con equipos, en un vehículo color concho de vino con capota, que eran tres personas, que el periodista a quien reconoce en la audiencia ha dicho "buenas tardes", en forma grosera y ha querido hacer una entrevista al Alcalde, y este se ha negado a concederle la entrevista, para luego seguirla al Alcalde y cuando este pretendía subir al vehículo le ha aplastado la pierna derecha entre la puerta abierta del vehículo, diciéndole "cobarde, di lo que debes decir" y después lo ha agredido al señor Alcalde en el rostro con el micrófono que tenía en su mano el periodista, a quien el declarante lo ha detenido y lo ha empujado, por sus los (sic)acompañantes gravaban todo y que él y sus compañeros trataban de impedírselos, que en el lugar se encontraban de quince a veinte personas: g. Testimonio del señor Segundo Fernando Puchaicela Japon, C.I. XX, quien indica que en el 2012, era Promotor Municipal, que trabaja dos años en el Municipio de Zamora, y que el día de estos hechos que hubo un evento en el terminal aéreo de Cumbaratza, que empezó a las diez de la mañana y que estuvieron varias autoridades, que posteriormente luego de terminado el acto a las 12h00, ha llegado un vehículo color concho de vino, observando y escuchando que en forma sorpresiva insultaban al Alcalde del cantón Zamora, diciéndole: "eres un cobarde", y con el micrófono que traía en sus manos agredió en su cara al señor Alcalde, que eran tres personas, que esto sucedió cuando que el Alcalde estaba disponiéndose a subir al vehículo, que el observó el hecho, pero que él no se acercó, que el guardia de nombres Jimmy Juquilema los ha separado; que no había visto antes al procesado pero lo reconoce en la sala de audiencia como la persona que gritaba al Alcalde y le lanzó con su mano el micrófono a la cara; h. Testimonio del SBOP de Policía Medardo Sigifredo Macas Bermeo, C.I. XX, quien indica que acudió a verificar una posible agresión al Alcalde de Zamora en el aeropuerto de Cumbaratza, junto con su compañero Sgos. Yerovi Antonio Granda Ochoa, que al vehículo del presunto agresor lo encontraron a la altura de la gasolinera Reina del Cisne en Zamora, aproximadamente al medio día, que estaba en dirección Zamora-Loja, y que el mismo era de color rojo al que reconoce en fotografías, en el que se encontraban dos personas pero no el sospechoso. Respondiendo al contrainterrogatorio dice que no conocía al procesado Cueva Atarihuana, que el vehículo se quedó ahí, y que ha venido a rendir la versión de los hechos once meses después de su intervención y que su accionar se comunicó; i. Testimonio del Sgos. De Policía, Yerovi Antonio Granda Ochoa, C.I. XX quien indica que el día 11 de diciembre de 2012, acudió a verificar la agresión al Alcalde junto con el Sbof. Medardo Sigifredo Macas Bermeo, y comunicaron que el vehículo se encontraba en la gasolinera Reina del Cisne en Zamora, que estaba siendo manejado por un señor de camisa y quien le han preguntado qué había pasado, respondiéndoles que nada, y al preguntar por el señor Cueva Atarihuana, les han informado que ya no estaba en la provincia, indica también que los señores Rodrigo Chamba y Hugo Osorio, les mostraron un video y en este video se observó que había una reunión de personas, y que no observaba en detalle su contenido; PRUEBA DOCUMENTAL: 1. Copia certificada de la credencial de Alcalde del cantón Zamora a nombre del ingeniero Smilcar Abraham Rodríguez Erazo; 2. Copia certificada de la denuncia presentada en la Fiscalía por el Alcalde del cantón Zamora, conjuntamente con el Procurador Síndico; 3. Copia certificada del acta de posesión del Procurado Síndico; 4. Copias de simples de fotografías de la entrega de terminal aérea de Cumbaratza, por parte del Alcalde del cantón Zamora; 5. Certificaciones de antecedentes penales del procesado; **SEXTO.-** Testimonio del procesado German Ramiro Cueva Atarihuana, C.I. XX, ecuatoriano, 50 años de edad, estado civil casado, propietario y director de noticias del canal de televisión ECOTEL y profesor universitario, nacido en Loja y domiciliado en el barrio San Sebastián del cantón Loja, calles 18 de Noviembre y Lourdes, parroquia San Sebastián, cantón Loja, quien bajo juramento indica lo siguiente: "Me encuentro absorto de que se haya destinado todo al aparataje judicial de una provincia en mi contra, tomando en cuenta que a este se lo requiere en los casos de delitos, que se le ha iniciado una investigación y que nunca fue notificado y que es la primera vez que se le solicita una declaración, que siempre ha estado en indefensión ya que jamás fue notificado, que inclusive se le dictó unas medidas cautelares de prohibición de acercarse al Alcalde del cantón Zamora, quien durante la entrevista que rindió en Guayaquil, jamás le obligó a rendirla, que el video se informa una transmisión íntegra y que lo que él hace es

confrontar los hechos que los ciudadanos demandaban una explicación, ya que el a diario recibía llamadas de la ciudadanía diciéndole que trate el tema del aeropuerto. Que no hubo ningún tipo de agresión, por cuanto el día de los hechos se acercó a la pista el día que estaban inaugurando. Que él es presentador de notificas del canal ECOTEL, que incluso ha sido corresponsal de notificas en el extranjero que ha estado como cobertor de guerra en Bagdad y que como periodista tiene que cubrir noticias que muchas veces incomoda a las personas, por los aspectos negativos que resalta, hecho que ocasiona que la gente se ponga incómoda, que en Guayaquil quedó claro la negligencia e incapacidad de la gestión del Alcalde, que el día de los hechos el vino a la ciudad de Zamora con el fin de tomar un vuelo hacia la capital pero que cuando estaba realizando los trámites en la Gobernación se enteró que ese día se estaba inaugurando la pista aérea de Cumbaratza y que también sería la última vez que Tame realice los vuelos, por lo que acudí al lugar para observar que pasaba, ya en el lugar primero se percató si el avión ya estaba ahí y como el avión todavía no llegaba pensó en aprovechar el tiempo y realizar una cobertura del particular con el Alcalde, quien se negó a dársela y le lanzó un improperio, a lo que el reaccionó y le dijo: "cobarde, sinvergüenza, dilo frente a las cámaras", y que por eso lo siguió a hasta el carro ya que pretendía que indicara nuevamente lo que le dijo, pero que jamás le agredió con el micrófono: **SÉPTIMO.-** PRUEBA DE LA DEFENSA. A. Testimonio del ingeniero Augusto Bustamante, C.I. XX; quien indica conocer al licenciado Ramiro Cueva Atarihuana, desde hace 22 años, por lo que da fe que se trata de una persona de ejemplar conducta, antes y después de los hechos materia de juzgamiento; b. Testimonio del doctor Cosme Ramiro Zaruma Torres, C.I. XX; el mismo que manifiesta conocer al licenciado Ramiro Cueva Atarihuana, desde hace mucho tiempo atrás, por lo que puede aseverar que da fe que se trata de una persona de ejemplar conducta, con anterioridad y posterioridad al hecho materia de juzgamiento; y, c. Testimonio de Patricio Israel Orellana Jiménez , C.I. XX, quien indica que es camarógrafo de ECOTEL en Loja, que su labor es difícil ya que en ocasiones hay que cubrir riñas y que realiza mas menos unas cuatro coberturas diarias, indica que el día de los hechos cuando ellos arribaron había un grupo de personas, que él se bajó a cubrir la nota, que el licenciado Cueva Atarihuana, le pidió la entrevista al Alcalde de Zamora, que el no pudo escuchar mucho, pero si oyó que el Alcalde le ha dicho dijo un improperio (sic) al licenciado Cueva Atarihuana, y como a él le jalaron el cable no pudo grabar nada; que venían a realizar un reportaje de la pista aérea de Cumbaratza; DOCUMENTAL: La defensa solicita que se incorpore al juicio los siguientes documentos: a. Copia notariada de la certificación de la página del Senescyt del título de periodista profesional del procesado German Ramiro Cueva Atarihuana; b. Copia notariada de la certificación del Registro Mercantil del cantón Loja, del nombramiento del licenciado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, como Gerente General de ECOTEL TV. CÍA. LTDA.; c. Certificación de la Delegación Provincial de Zamora Chinchipe en donde indica que el ingeniero Smilcar Rodríguez Erazo, fue electo a la dignidad de Alcalde del cantón Zamora; y, d. Copia del Registro Oficial nro. 294, del 6 de octubre de 2010, que contiene la Ley Orgánica de Servicio Público; **OCTAVO.-** EXPOSICIÓN Y PEDIDO DE LAS PARTES PROCESALES: 1. Fiscalía a través de su representante, en la etapa de debates expone que respecto a lo alegado por el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, que no se le ha notificado y que nunca ha tenido conocimiento de la causa ni en la indagación previa ni en la etapa de instrucción fiscal, indica que no es verdad, ya que en el proceso consta que se le ha notificado con el inicio de la indagación previa, tanto al número telefónico 2578971 que es canal ECOTEL en la ciudad de Loja, como a su correo electrónico, el 18 de diciembre del 2002, por lo que anexa la copia con la razón de la notificación y del correo electrónico que ha sido enviado por su secretaria; indicando adicionalmente que el procesado fue oportunamente notificado, por lo que inclusive ha pedido por tres ocasiones se difiera la audiencia preparatoria de juicio, que el día 24 de septiembre del 2012, compareció solicitando copias de todo el expediente, autorizando al Dr. Luis Fernando Cruz Riofrío, y luego de esta audiencia, volvió a comparecer solicitando que la jueza de la causa se refiera al monto de la medida cautelar ya que la misma por un lapsus había ordenado la prohibición de enajenar de todos los bienes; que es una pena que se haya tenido que llegar hasta esta instancia, que si tal vez el señor Cueva Atarihuana, hubiese tenido la humildad de admitir su falta y se hubiera acercado la Alcalde (sic) para

disculparse por su actitud, quizá hasta se hubiese podido presentar un principio de oportunidad; pero que lastimosamente eso no fue posible. En lo principal expresa que la existencia material de la infracción acusada y la responsabilidad del acusado respecto a que este manifestó palabras ofensivas en contra del Alcalde, fue presenciado por varias personas, quienes escucharon que lo llamaba "cobarde, sinvergüenza" por varias ocasiones y le presionaba la puerta contra el carro, aplastando su pierna; que el presente caso no se trata de un delito de lesiones, ya que maltratar, tratar mal de palabra u obra, esto es herir, golpear o maltratar, no debe entender el maltrato como algo que deje huellas o señales ya que esta disposición trata de proteger al funcionario público, y que en cuanto al testimonio rendido por el señor camarógrafo lo impugna por cuanto este es dependiente directo del señor Cueva Atarihuana, y que claramente se notó las contradicciones en su testimonio; que la Fiscalía ha probado puntualmente el delito previsto en el artículo 228, del Código Penal, tanto con las grabaciones indicadas así como con las fotografías presentadas, es decir la infracción penal y la responsabilidad directa del procesado German Ramiro Cueva Atarihuana; y 2. Por su parte la defensa del procesado indica que existe una utilización irregular de recursos públicos en beneficio propio, en razón de que Procurador Síndico al comparecer como abogado no está ejerciendo la defensa de una institución que al ofendido no es el Municipio de Zamora; que la Fiscalía presentó como peritos al cabo Puga Gualán, quien realizara el reconocimiento del lugar de los hechos varios días después, quien indicó que no encontró ningún tipo de huella o vestigio del hecho investigado, así como a también el testimonio del teniente Ludeña Sotomayor, quien no supo acreditar el origen, procedencia y fidelidad de los archivos que le fueron entregado para la pericia, ni la fecha a la que corresponden esos archivos, por lo tanto el testigo no es idóneo ya que perito de I.O.T., y no de audio video, por lo tanto es un testigo lego y su opinión se torna irrelevante. En cuanto a los testigos que presentó Fiscalía, son parcializados, contradictorios e inconsistentes, ya que el uno manifestó que han llegado por la espalda, el otro de frente, otro que llegó saludando, que se lanzó el micrófono, que se botó el micrófono, el otro que le acercó a la cara, que el Alcalde estaba en el vehículo de la Institución, el otro en una camioneta; pero que lo más sorprendente es que Fiscalía pretenda probar el resultado de un delito que implica violencia material, no con el reconocimiento médico que manda la ley sino con testimonios propios, que el Fiscal ha pretendido interpretar la ley en forma antojadiza, forzando el encuadramiento del tipo penal del artículo 228, el Código Penal, pretendiendo hacer creer que el Alcalde es un funcionario público, cuando se trata de un dignatario elegido por votación popular. Que la relación jurídica se halla mal constituida, por cuanto presentó una denuncia como si se tratara de algo de la Institución y luego cuando compareció a reconocer la denuncia lo hizo como persona natural, por lo que existe falta de legítimo contradictor e indebida conformación del litis consorcio pasivo. Indica que la existencia de la infracción está mal constituida conforme a derecho e indica que a decir de Efraín Torres Chávez, al referirse al tipo penal del artículo 228 del Código Penal, plantea las tres alternativas que son; herir, maltratar y golpear, y que todas son acciones de hecho que herir es romper carnes con un instrumento; golpear choque de dos cuerpos y efectos del choque; y, maltratar es empujar golpear sacudir; y en el presente caso hay que probar la materialidad objetiva de la infracción con prueba pericial ya que no se puede creer que en el presente caso dicha agresión no haya dejado huellas o resultados visibles. La infracción acusada es violencia material y por lo tanto delito de resultado, por lo que tiene que demostrarse que existió esa violencia en el mundo físico, mundo fenomenológico, siendo el perito el único capaz de probar eso. De conformidad con lo establecido en los artículos 232 y 304.A del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal debe mencionar que Fiscalía no ha acreditado y probado lo acusado, que ha pretendido sustituir la prueba material con testimonios, lo cual es un error inconcebible, y al no haberse comprobado la existencia material de la infracción, los testimonios de particulares no tienen valor; pues según la dogmática el delito tiene que existir en el mundo de los fenómenos. En el presente caso el bien protegido es la administración pública y por lo tanto el titular debe ser el sujeto pasivo especial. El Alcalde no es un funcionario público, ante esto, el tratadista Belling habla de la comprobaciones de tránsito necesarias para la correcta calificación del tipo, y debe tenerse en cuenta el concepto de funcionario público dado en la LOSEP en la Disposición Décimo Octava, concluye indicando que el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Alcalde no es un funcionario público sino un dignatario y por lo tanto esa calidad no está protegida en el artículo 228, del Código Penal; solicitando por todo lo indicado que el Tribunal motivadamente confirme la inocencia del acusado, dejando sin efecto las medidas reales dictadas antes del llamamiento a juicio y que se declare de maliciosa y temeraria la presente denuncia; **NOVENO.-** VALORACIÓN DE LA PRUEBA: Con los actos y diligencias que han sido solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la audiencia de juicio, de acuerdo a los artículos 79, 80, 250, 252 y 258 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General del Estado, a través del Fiscal de la casusa, no ha demostrado la existencia material del delito tipificado y sancionado en el artículo 228 del Código Penal, la misma que dice lo siguiente: "El que hiriere, o golpeare o maltratare de obra a alguno de los funcionarios enumerados en el artículo 225, cuando este se halle en actual ejercicio, o por razón del ejercicio de sus funciones, será reprimido con uno a tres años de prisión. El que, en igual caso, cometiere este delito contra cualquier otro funcionario público que no ejerza jurisdicción, o autoridad civil o militar, será reprimido con prisión de dos meses a un año". Por cuanto estas acciones, herir golpear u maltratar son acciones de hecho; es decir acciones de peligro concreto, en donde debe existir un resultado, una lesión. Doctrinariamente conocemos que los delitos de peligro concreto son aquellos en los que la ley expresamente requiere que el resultado de la acción sea de peligro. El tipo requiere como resultado la proximidad de una concreta lesión. El peligro concreto es el resultado típico. Serán relevantes las circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor del hecho en el momento de su comisión, y si era previsible la causación de un resultado lesivo para de un resultado lesivo para el bien jurídico de acuerdo con el saber nomológico. Dentro del presente caso Fiscalía no ha probado este hecho como tal; sin embargo con la misma prueba pedida, ordenada y practicada conforme a Ley, Fiscalía ha demostrado la existencia del tipo penal contemplado en el inciso primero del artículo 231 del Código Penal, que dice: "El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el artículo 225, cuando estos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América". 1. Según esta disposición legal, el bien jurídico protegido es la administración pública, el sujeto activo es la persona quien realiza la acción y el sujeto pasivo es la persona titular del bien amenazado o lesionado. Dentro del presente caso el sujeto activo es el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana Ramiro, el sujeto pasivo es el ingeniero Smilcar Abraman Rodríguez Erazo, Alcalde del cantón Zamora, el mismo que de conformidad en lo que establece el artículo 4, de la Ley Orgánica de Servicio Público, y certificación del Consejo Provincial Electoral de Zamora Chinchipe, con la designación de Alcalde del cantón Zamora, si tiene la calidad de funcionario público. Es preciso resaltar, que en esta clase de infracciones, el bien jurídico protegido constituye la función que representa, no la persona como tal, como bien lo identifica el doctor Efraín Torres Chávez, en su obra Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano, volumen II, cuando dice: "en esta figura tenemos que las funciones del Estado se concretan en los hombres que la sirvan y las jerarquías naturalmente representan mayores obligaciones. En consecuencia no se rinde homenaje a la persona sino al cargo, a la función que desempeña, a la responsabilidad que una mayor jerarquía entraña. No se trata de homenaje a lo rancio, de recuerdos trasnochados por los cuales la espina dorsal de los de abajo estaba inclinada siempre para los de arriba, se trata de proteger a una función y de respaldar al funcionario, de garantizar una función pública mediante la seguridad y la sensación de respeto que deben sentir quienes la cumplen". 2. Los elementos que configuran el tipo penal son tres, a saber: A) El ánimo de ofender; B) Que el ofendido tenga la calidad de funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad; y, c) Que la ofensa se haga cuando el ofendido se halle ejerciendo sus funciones o por razón de tal ejercicio. Dentro de la presente causa las palabras "cobarde", sinvergüenza" proferidas por el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, al señor Alcalde del cantón Zamora en funciones, en razón de su negativa a brindarle una entrevista, ya que no era obligación del mismo brindar entrevistas a quien se las solicite, si constituyen una ofensa a su persona y al cargo que desempeña. Según constan en los testimonios rendidos por los testigos José Luis Cuenca Cueva, Jacinto Eduardo Reinoso Gordillo, Edgar Rodrigo Chamba Bautista, Jimmy

Francisco Yuquilema Pilamunga y Segundo Fernando Puchaicela Japón cuyos testimonios constan en el considerando quinto de esta resolución, así como en la observación del video; con en el testimonio del ofendido ingeniero Smilcar Abraham Rodríguez Erazo, Alcalde del cantón Zamora; con en el testimonio del propio procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, quien admitió reiteradamente que lo llamó de "cobarde y sinvergüenza" al Alcalde del cantón Zamora; indicando que lo hizo como respuesta a un improperio proferido por el referido Alcalde, particular que no ha sido probado en esta causa. Como ya se indicó anteriormente el ofendido ingeniero Smilcar Abraham Rodríguez Erazo, si es un funcionario público y al momento de estos hechos ostentaba y aún ostenta la calidad de Alcalde del cantón Zamora. En cuanto al tercer elemento esto es que la ofensa se la haga cuando se halle ejerciendo sus funciones o en razón de tal ejercicio esto se halla debidamente probado, por cuanto de los testimonios presentados por la Fiscalía, se indica que el Alcalde del cantón Zamora, se encontraba presente en la terminal aérea de Cumbaratza, en el evento de inauguración de dicha pista, y que una vez que concluyó dicho evento se disponía a abordar su vehículo para regresar a Zamora, momento en el que fue abordado por el periodista Germán Ramiro Cueva Atarihuana y ante su negativa de brindarle una entrevista, procedió a ofenderlo profiriéndole las injurias antes indicadas; 3. Con el testimonio del perito de la Policía Judicial de Zamora, que practicó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, se ha probado que dichos actos se cometieron en la pista aérea de Cumbaratza, cantón Zamora, provincia de Zamora Chinchipe; y, en lo referente a la pericia de audio videos, se demostró que el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, profirió en contra del Alcalde del cantón Zamora, los términos: "cobarde y sinvergüenza". Por lo expuesto, el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, con fundamento en los artículos 28 y 304 A, en relación con lo establecido en el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara que el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana C.I. XX, ecuatoriano, 50 años de edad, estado civil casado, propietario y director de noticias del canal de televisión ECOTEL y profesor universitario, nacido en Loja y domiciliado en el barrio San Sebastián del cantón Loja, calles 18 de Noviembre y Lourdes, parroquia San Sebastián, cantón Loja, es Autor y responsable del delito de Ofensas a otros funcionarios, infracción penal que tipifica y sanciona el inciso primero del artículo 231 del Código Penal, por lo que se le impone la pena 15 días de prisión correccional; sin embargo, por haber demostrado las atenuantes contempladas en el artículo 29, numerales 6 y 7, del Código Penal, esto es la ejemplar conducta demostrada con anterioridad y posterioridad al por el procesado; en concordancia con el artículo 73, del Código Penal que indica que ante la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción las penas correccionales de prisión y multa serán reducidas respectivamente, hasta ocho días y seis dólares de multa y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas separadamente, o reemplazar la prisión, con multa, hasta doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si solo aquella estuviere prescrita por la Ley; por lo que se remplaza la prisión correccional, con la imposición de pena de multa de cuarenta y siete dólares americanos, 00/100, ($ 47.00), constante en la norma legal sancionadora. Se condena además al sentenciado al pago de daños y perjuicios ocasionados por la infracción, sin poderse determinar el monto estimado a ser pagado, por no haberse demostrado; por lo que se deberá estar atento a las reglas de competencia para los juicios de indemnización establecidos en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. Se deja constancia que el doctor Luis Guillermo Gordillo Córdoba, Fiscal de la causa y el doctor Luis Fernando Cruz Riofrío, abogado del procesado, han tenido una debida actuación en esta audiencia de juicio. Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se hallan dentro de la misma. **Notifíquese.**

f) Jorge Luis Valdivieso Cueva, Presidente; Pablo Aníbal Cueva Ortega, Juez; Sandra Marivel Arias Vega, Jueza.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2014-0177

Juez Ponente: Dr. Bladimir Gonzalo Erazo Bustamante

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ZAMORA. PRIMERA Y ÚNICA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA. Zamora, miércoles 16 de julio del 2014, las 14h28.
VISTOS: Desde fojas 217 a 222 del cuaderno de primera instancia el sentenciado licenciado Ramiro Cueva Atarihuana interponen recurso de apelación a la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal de Garantías Penales de Zamora, en la que por considerarlo autor y responsable del delito de ofensas a funcionarios públicos, tipificado y sancionado con el primer inciso del artículo 231 del Código Penal, le impone la pena de quince días de prisión correccional, pena que la modifica por haberse demostrado las atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del mismo cuerpo legal, por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo 73 *ibídem*, la modifica y reemplaza la prisión correccional por la imposición de una multa de cuarenta y siete dólares. El apelante en su extenso recurso, en lo principal, señala: el recurrente fui acusado y llamado a juicio por maltratos a otros funcionarios públicos, delito tipificado en el artículo 228 del Código Penal, que al no existir la prueba necesaria, para el delito acusado, el Tribunal de Garantías Penales de Zamora cambia la calificación jurídica de los hechos y declara autor de otro delito, del previsto en el artículo 231 del Código Sustantivo Penal, con lo que se ha vulnerado el derecho a la defensa, a la igualdad en el proceso y al principio de congruencia, ya que toda la actividad probatoria desplegada por la defensa lo hace en base a la acusación de la Fiscalía con la finalidad de contradecir los cargos que se le formula, que con ello se ha violado lo que disponen los artículos 77.7 de la Constitución; B.2.b. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que los indicados preceptos imponen que desde el comienzo se sepa que hechos se le atribuye con las circunstancia que lo delimitan y que al cambiarse la calificación jurídica solo en la sentencia conocí los nuevos hechos por el que se me acusa, no habiendo tenido la oportunidad de defenderme, ya que ante el cambio realizado también se debe cambiar la estrategia de la defensa, además de que el procesado no puede ser condenado por que no consten en la acusación de la Fiscalía y al hacerlo se lo está sorprendiendo con conductas punibles que no ha tenido la oportunidad de contradecir Que se ha violado el principio de legalidad y de máxima taxatividad, que el Alcalde no es funcionario público sino un dignatario y que el delito por el que se lo ha sentenciado es del tiempo de las monarquías que hoy ha perdido vigencia al punto que ha desparecido del Código Orgánico Integral Penal. Que la sentencia recurrida no reconoce el principio de *indubio pro* reo ni el principio de favorabilidad que elimina la punibilidad y extingue la pena, ni ha considerado el principio de favor *libertatis*, ni la excepción al principio e irretroactividad en caso de la Ley más benigna, por lo que solicita que la Corte Provincial de Justicia de Zamora aceptando el recurso corrija los yerros puntualizados y confirme su estado de inocencia. Por su parte el Dr. Luis Gordillo Córdova, Agente Fiscal I de Zamora, también ha interpuesto recurso de apelación a la sentencia mencionada, manifestando en lo fundamental que el delito que ha acusado la Fiscalía no es el artículo 231 del Código Penal sino el artículo 228 del mismo cuerpo legal, cuya pena es de uno a tres años de prisión y por este delito debía sentenciárselo y no como equivocadamente se lo ha hecho con el artículo 231 del Código Sustantivo Penal, que las acciones que comprende la norma del artículo 228 del cuerpo de leyes mencionado son "herir", "golpear" o "maltratar", que con la prueba actuada se ha comprobado la existencia de la infracción por lo que solicita que la Corte Provincial dicte sentencia condenatoria conforme a la acusación fiscal. Para resolver las indicadas impugnaciones se considera: **PRIMERO.-** La Sala es competente para conocer estos recursos de conformidad con lo que determinan los artículos 343.2 del Código Adjetivo Penal, 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 76,7 m) de la Constitución de la República. **SEGUNDO.-** En la sustanciación de la causa no se advierte la omisión de alguna solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión final de la misma por lo que se declara la validez de todo lo actuado. Es preciso señalar que este proceso se lo ha tramitado y se

rige por las disposiciones de los Códigos Penal y procesal Penal, según lo prescribe la disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal. **TERCERO.-** De conformidad con lo que determina el artículo 169 de la Constitución de la República y el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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 se harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades" (lo subrayado es de la Sala).

Asimismo en materia procesal penal las pruebas se deben actuar únicamente en la etapa del juicio de acuerdo a lo que dispone el artículo 79 del Código Adjetivo Penal, concretamente en audiencia de juzgamiento en la que, conforme reza el artículo 250 del mismo Cuerpo Legal.

"...se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del al acusado, para según corresponda, condenarlo o absolverlo".

Y finalmente, también se debe considerar lo que prescribe el artículo 252 ibídem, que a la letra dice: «Existencia del delito y culpabilidad. La certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y 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».

De tal manera que en estos procesos de acción penal pública, la prueba se actúa únicamente en la etapa de juicio, con la excepción de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se pueden evacuar en la etapa de instrucción fiscal cuando esté debidamente justificada su necesidad. Así mismo se debe señalar que el artículos 83 del Código de Procedimiento Penal establece que solamente tiene valor de prueba que ha sido «…pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio…» En resumen la prueba se la debe practicar en la audiencia del juicio para condenar a una persona es requisito indispensable que la misma determine, con certeza, la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado. **CUARTO.-** La teoría del caso de la Fiscalía en que el 11 de diciembre de 2012, a eso de las 12h15, en circunstancias en que el Alcalde de Zamora, ingeniero Smilkar Rodríguez Erazo, se encontraba en la inauguración de la terminal aérea de Cumbaratza, llegó apurado el procesado Ramiro Cueva Atarihuana, quien le solicitó al referido Alcalde una entrevista y que, ante la negativa de dicho funcionario, Ramiro Cueva en actitud abusiva y sin justificación lo siguió y por la espalda le gritó "cobarde", "sinvergüenza", que el Alcalde se retiró a su vehículo y hasta allí lo siguió el indicado procesado y con el micrófono que llevaba le dio un golpe en el rostro, ante la presencia de varias personas, que por estos actos lo acusa de haber cometido el delito previsto y sancionado con lo que dispone el artículo 228 del Código Penal. Dicho artículo establece:

*«Art- 228. El que hiriere, **o golpeare o maltratare de obra** a alguno de los funcionarios enumerados en el Art. 225, cuando este se halle en actual ejercicio, o por razón del ejercicio de sus funciones, será reprimido con uno a tres años de prisión.*

El que, en igual caso, cometiere este delito contra cualquier otro funcionario público que no ejerza jurisdicción, o autoridad civil o militar, será reprimido con prisión de dos meses a un año» (Lo resaltado es de la Sala).

Luego de la audiencia de juicio el Tribunal de Garantías Penales de Zamora ha resuelto declarar al procesado Ramiro Cueva Atarihuana autor del delito previsto y sancionado con lo que dispone el primer inciso del artículo 231 del mismo cuerpo legal que literalmente señala:

«Art. 231. El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el Art. 225, cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América».

QUINTO.- Del análisis del proceso se establece que los hechos investigados y luego acusados por la Fiscalía no se han cambiado, pues desde el primer momento en que se inició la instrucción fiscal, pasando por la etapa intermedia y luego por la del juicio los hechos siempre fueron los mismos y no han variado en lo más mínimo, por lo que queda sin sustento la alegación esgrimida por la defensa en el sentido de que se le han cambiado los hechos y que por esta razón no ha podido defenderse de los nuevos hechos o información fáctica que se ha realizado en su contra, con lo que, según asegura, no se le ha dado derecho a la defensa. Se debe señalar que de conformidad con lo que establece el artículo 217.1 del Código Adjetivo Penal en la resolución del inicio de la instrucción fiscal, que da

lugar al inicio del proceso penal, se deben determinar el o los hechos presuntamente delictivos, no el delito, situación que se ha realizado de manera clara y precisa, conforme se determina con los documentos que se han incorporado al expediente. Se debe indicar también que en la audiencia preparatoria de juicio y formulación del dictamen, la defensa del procesado no ha efectuado ninguna alegación sobre causas de nulidad, cuestiones prejudiciales, competencia, procedibilidad o procedimiento más bien ha señalado que el proceso se lo ha tramitado de manera normal sin que exista violación alguna. Así mismo queda en evidencia que el auto de llamamiento a juicio pronunciado por la señora Jueza Mirian Noemí Pulgarín Muevecela, Jueza de la Unidad Judicial de lo Penal de Zamora, se lo ha dictado sobre la base de los mismos hechos, por lo que ha creído legal llamar a juicio al señor Cueva Atarihuana para que responda como autor del delito previsto y sancionado con lo que dispone el artículo 228 *ibídem*, Finalmente es preciso indicar que el Tribunal de Garantías Penales de Zamora en la resolución unánime que ha emitido ha señalado que se ha demostrado los hechos acusados por la Fiscalía y consiguientemente se ha probado la existencia de la infracción por lo que ha estimado, equivocadamente y contrariando el principio de congruencia, que el delito cometido por el procesado es el que se encuentra descrito en el primer inciso del artículo 231 del Código Penal, cuya pena es más benigna. El hecho de que el Tribunal mencionado haya creído que se ha cometido el delito mencionado y no el del artículo 228 acusado por la Fiscalía no significa que se hayan cambiado los hechos, éstos siempre han sido los mismos, como ya se ha señalado, desde el inicio del proceso penal para su culminación la sentencia que se impugna en la que se ha impuesto una pena de multa. Durante el desarrollo del proceso penal al procesado se le ha garantizado plenamente su derecho a la defensa, tanto es así que incluso ante su pedido se han diferido en varias ocasiones las audiencias señaladas. Por todas estas consideraciones se rechaza las alegaciones que en tal sentido ha realizado el sentenciado. **SEXTO.-** El proceso también ha manifestado que el delito acusado por la Fiscalía se encuentra en desuso, que debe desparecer, porque es del tiempo de las monarquías que incluso en el Código Orgánico Integral Penal no consta, alegación que no se la acepta y se la rechaza porque el Código Penal que está en vigencia y que nos rige en su artículo 228 lo cataloga como delito y no es cierto que no existe en el Código Integral mencionado, mismo que entrará en vigencia en el mes de agosto del presente año y mientras ello sucede son las normas del Código Penal las que nos rigen y debemos observar. **SÉPTIMO.-** Los verbos rectores del delito acusado por la Fiscalía (artículo 28 CP) son: Herir, que no es del caso; golpear o maltratar de obra, y el sujeto pasivo de la infracción debe ser un funcionario público de los enumerados en el artículo 225 CP. Que se halle en ejercicio o que la acción se produzca por razón del ejercicio de sus funciones. Los funcionario públicos comprendido en la norma anteriormente enunciada son: Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar. Siendo estos los elementos constitutivos de la infracción: **OCTAVO.-** En la audiencia de juicio se han receptado los testimonios de los señores Smilkar Rodríguez Erazo (víctima), José Luis Cueva Cueva, Jacinto Eduardo Reinoso Castillo, Edgar Rodrigo Chaba Bautista, Jimmy Francisco Yuquilema Pilamunga y Segundo Fernando Puchaicela Japón, quienes de manera coincidente refieren que efectivamente el 11 de diciembre de 2011, a eso de las 12h00, luego del acto oficial de inauguración de la terminal aérea de Cumbaratza, estaba el Alcalde con un grupo de personas y en ese momento llegó hasta dicha terminal el periodista Ramiro Cueva Atarihuana, acompañado de dos personas más, quien de manera prepotente se dirigió hasta donde estaba el Alcalde de Zamora, Smilkar Rodríguez, para entrevistarlo, que el Alcalde le dijo que no le va a dar una entrevista y se dirigió al carro de la Alcaldía, que Ramiro Cueva lo siguió y le dijo por varias ocasiones "cobarde" "sinvergüenza"y le dio un golpe con el micrófono en la mejilla derecha, que no le causó ninguna lesión o herida, por lo que el guardia municipal Jimmy Yuquilema y otras personas intervinieron para apartar al periodista, que ante estos hechos lo que hizo el Alcalde es retirarse del lugar en el vehículo de la Institución municipal. Se ha recibido la declaración del policía Wilmer Jeovanny Puga Gualán quien refiere que realizó el reconocimiento del lugar en la Pista de Cumbaratza y que no encontró ningún vestigio de la infracción, ratificándose en el informe que ha elaborado. El teniente de la policía Bolívar Vicente Ludeña Sotomayor manifiesta que ha hecho la transcripción del video de los hechos, que en el referido video no se observa que se haya golpeado

a alguna persona, que se ratifica en el informe que ha presentado, el video tiene una duración de 9 segundos. Se ha incorporado y judicializado copia de la credencial otorgada por la Junta Provincial Electoral de Zamora Chinchipe, con la que se establece que el ingeniero Smilkar Rodríguez Erazo ha sido elegido como Alcalde del cantón Zamora para el período 1 de agosto de 2009 hasta el 14 de mayo de 2014. Se ha incorporado también el documento que obra a fojas 162 con la que se acredita que el referido Alcalde se posesionó en su cargo el 22 de julio de 2009 y se han incorporado varias fotografías de la terminal aérea de Cumbaratza. Con el documento que obra a fojas 208 y vuelta se establece que el denunciante ingeniero Smilkar Rodríguez en su condición de Alcalde de Zamora, el día de los hechos estaba en ejercicio de su cargo y que intervino en el acto oficial de inauguración de la terminal aérea de Cumbaratza. Se ha incorporado al proceso un CD que contiene la grabación de los hechos que se juzgan, de 9 segundo de duración, en el que se aprecia que el procesado Ramiro Cueva por varias ocasiones manifiesta "cobarde, sinvergüenza repito lo que dices" y se aprecia que el micrófono esta recubierto de esponja color azul. Se ha incorporado otro CD en el que se contiene una entrevista realizada al Alcalde de Zamora en Guayaquil y otro de un reportaje sobre la terminación de los trabajos de la terminal aérea mencionada. Se han incorporado varios certificados que acreditan que el procesado no tiene antecedentes penales. Se ha recibido las declaraciones de los señores ingeniero Augusto Bustamante y doctor Cosme Ramiro Zaruma Torres, quienes refieren que el procesado es un periodista de mucho prestigio y que ha observado una excelente conducta antes y después de los hechos que se juzgan. Se ha judicializado el documento otorgado por la SENESCYT, de fojas 159, por el que se demuestra que el señor Ramiro Cueva Atarihuana es periodista profesional, y con el documento que obra a fojas 161 que es Gerente General de Ecotel TV Cía. Ltda. El señor Patricio Israel Orellana Jiménez ha declarado en el juicio y, en lo principal, ha señalado que es camarógrafo de Ecotel TV, que el día de los hechos a eso de las 12h00 llegaron a la pista de Cubaratza con el señor Ramiro Cueva, que lo vieron al Alcalde de Zamora que estaba con un grupo de personas, por eso el licenciado Cueva quiso hacerle una entrevista y lo seguí con la cámara, que el Alcalde no permitió la entrevista y le dijo un improperio al procesado, pero que no escuchó que fue, que las personas que estaban con el Alcalde se interpusieron, le taparon el lente de la cámara y le halaron el cable, por eso no pudo grabar nada. También se ha receptado la declaración de los policías Yerovi Granda Ochoa y Medardo Macas Bermeo, quienes refieren que se les informó que el alcalde de Zamora había sido agredido por un periodista, por ello acudieron al llamado y localizaron el carro del periodista en la gasolinera Reina del Cisne de esta ciudad, pero que el periodista Ramiro Cueva no estaba, que les preguntaron a los que estaban el carro de su paradero y ellos dijeron que ya no estaba en la provincia, aclaran que ellos no vieron los hechos ya que su intervención fue posterior a los mismos. El procesado señor Germán Ramiro Cueva Atarihuana ha decido declarar con juramento y ha manifestado, en lo principal, que no ha cometido ningún delito, ni ha existido agresión alguna, que el Alcalde está molesto por los reportajes que sobre la terminal aérea de Zamora se han realizado en su canal; que efectivamente ese día llegó a Zamora para tomar el avión para irse a Quito y como no llegaba la aeronave, aprovechó para hacerle una entrevista al Alcalde, que éste se negó y le dijo un improperio, por lo que le manifestó cobarde, repite ante las cámaras lo que acabas de decir, que intervino gente del Alcalde para impedir su trabajo, que luego de este incidente tomó el avión y su vuelo a Quito y luego al Japón. Que este proceso es en represalia por los reportajes que ha realizado sobre la terminal aérea. **NOVENO.-** el Alcalde en este caso es el sujeto pasivo de la infracción y es funcionario público de elección popular, que ejerce autoridad civil, en relación con lo que establece el artículo 4 de la LOSEP, que establece:

«Art. 4. Servidoras y servidores públicos. Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público»

Por otro lado, siendo golpear y maltratar dos de los verbos rectores de la infracción, vemos que golpear se define como el choque violento de dos cuerpos; y, maltratar, según el diccionario de la real Academia de la Lengua es: "tratar mal a alguien de palabra u obra", tenemos que el hecho de dar un golpe en la cara con un micrófono a una persona configura las acciones de golpear y maltratar de obra previsto en el tipo penal que se juzga; y **DÉCIMO.-** Del análisis en conjunto e integral de la prueba actuada, apreciada y de acuerdo con

las reglas de la sana crítica se establece de manera certera que se ha probado la existencia de la infracción tipificada y sancionada en el artículo 228 del Código Penal y la responsabilidad penal del procesado en calidad de autor, de manera fundamental, con los testimonios de los señores José Luis Cuenca Cueva, Jacinto Eduardo Reinoso Castillo, Edgar Rodrigo Chamba Bautista, Jimmy Francisco Yuquilema Pilamunga y Segundo Fernando Puchaicela Japón, quienes de manera clara, precisa y concordante señalan que el día y hora de los hechos el procesado le dijo al Alcalde de Zamora, ingeniero Smilkar Rodríguez Erazo, cobarde, sinvergüenza y luego de seguirlo lo golpeó con el micrófono en el rostro, en la mejilla derecha, que ante tal acontecimiento el Alcalde lo que hizo es retirarse del lugar- Por lo expuesto, aceptando el recurso de apelación deducido por la Fiscalía y aceptando también en forma parcial el recurso interpuesto por el procesado, la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** reforma la sentencia condenatoria venida en grado, únicamente en cuanto a la calificación del delito y a pena impuesta, y declara que el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, cuyos datos personales obran en el proceso, es responsable y autor del delito previsto y sancionado por el inciso primero del artículo 228 del Código Penal. Sin embargo como en la audiencia de juzgamiento se ha establecido la existencia de las atenuantes previstas en los n. 6 y 7 del mismo Cuerpo legal, se modifica la pena por el principio de favorabilidad y de conformidad con lo que establece el artículo 73 ibídem que prescribe:

«Art. 73. **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 Norte América, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas, separadamente, o **reemplazar la de prisión con multa, hasta de doce dólares** de los Estados Unidos de Norte América, si solo aquella está prescrita por la Ley" (lo resaltado es de la Sala).

Se le impone al procesado y sentenciado LA MULTA DE DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS. En lo demás se estará a lo resuelto en la resolución de primera instancia. **Hágase saber.**

f) Dr. Bladimir Gonzalo Erazo Bustamante, Juez Provincial; Dr. Marcos Gavino Coronel Vélez, Juez Provincial; Dr. Manuel José Aguirre Aguirre, Juez Provincial.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1481-2014-CCY

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 05 de mayo del 2015, las 09h00.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

1.1. Conforme se desprende del auto de llamamiento a juicio emitido por la doctora Mirian Pulgarín Muevecela, Juez de la Unidad Judicial de lo Penal del cantón Zamora, se constata que la causa inició mediante denuncia presentada por el ingeniero Smilkar Abraham Rodríguez Erazo y doctor Wilman Rodrigo Rodríguez Berrú, Alcalde y Procurador Síndico respectivamente de la ciudad de Zamora, en la que se da a conocer que el día 11 de diciembre de 2012, a eso de las 12h15 aproximadamente, en circunstancias en que el ingeniero Smilcar Rodríguez Erazo se encontraba en las instalaciones de la terminal aérea del aeropuerto de Cumbaratza, parroquia Cumbaratza, cantón Zamora, provincia Zamora Chinchipe, cumpliendo un acto oficial de recepción de la obra denominada *"terminación de la terminal aérea y torre de control de Cumbaratza"*, de forma abrupta e intempestiva ha sido abordado por el hoy recurrente Ramiro Cueva Atarihuana, periodista y propietario de la televisora Ecotel TV de la ciudad de Loja, quien sin causa de justificación alguna, en una actitud prepotente, hostil, abusiva y de evidente provocación ha procedido a increparle e injuriarle con palabras soeces; y que, en el instante en que el señor Alcalde abordaba el vehículo oficial del Gobierno Municipal de Zamora, el procesado Ramiro Cueva Atarihuana procede a agredirle en su rostro con el puño y el

micrófono que portaba. Que este acto violento fue ejecutado mientras el señor Alcalde se encontraba en el ejercicio de sus funciones y en presencia de varias personas que concurrieron a dicho acto oficial.

1.2. En atención a los presupuestos fácticos detallados en el libelo de la denuncia, la Fiscalía General del Estado, inicia la respectiva investigación por el ilícito tipificado en el artículo 228 del Código Penal Sustantivo, vigente a la fecha, tomando como inflexión los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, lo cual genera una garantía en los derechos de los intervinientes, ya que al conocer la imputación fáctica y jurídica se empieza la construcción de la responsabilidad penal y la enervación de la presunción de inocencia.

1.3. El 09 de abril de 2014 a las 16h57, el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, conformado por los señores jueces doctore Jorge Luis Valdivieso Cueva, en su calidad de presidente, doctor Pablo Cueva Ortega y doctora Sandra Arias Vega, dictan sentencia condenatoria en contra de GERMÁN RAMIRO CUEVA ATARIHUANA, como autor del delito de ofensas a otros funcionarios, tipificado y sancionado en el artículo 231 del Código Penal vigente a la fecha de la comisión del delito, manifestando en la resolución lo siguiente: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,* declara que el procesado GERMAN RAMIRO CUEVA ATARIHUANA, C.I. XX, ecuatoriano, 50 años de edad, estado civil casado, propietario y director de noticias del canal de televisión ECOTEL y profesor universitario, nacido en Loja y domiciliado en el barrio San Sebastián del cantón Loja, calles 18 de Noviembre y Lourdes, parroquia San Sebastián, cantón Loja, es autor y responsable del delito de ofensas a otros funcionarios, infracción penal que tipifica y sanciona EL INCISO PRIMERO DEL ART. 231 DEL CÓDIGO PENAL, por lo que se le impone la pena de 15 DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL; sin embargo, por haber demostrado las atenuantes contempladas en el artículo 29, del Código Penal, numerales 6 y 7 (...) en concordancia con el artículo 73 del Código Penal (...) se reemplaza la prisión correccional, con la imposición de pena de MULTA DE CUARENTA Y SIETE DÓLARES AMERICANOS, 00/100, ($47.00) constante en la norma legal sancionadora...". La misma que fue recurrida ante el superior.

1.4. El 16 de julio de 2014, las 14h28, la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, integrada por los señores doctores Bladimir Erazo Bustamante, Marcos Coronel Vélez y Manuel Aguirre Aguirre al resolver el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía lo acepta mientras que el deducido por el procesado lo acepta parcialmente, reformando la sentencia condenatoria de primera instancia al siguiente tenor literal: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, reforma la sentencia condenatoria venida en grado, únicamente en cuanto a la calificación jurídica del delito y de la pena impuesta, y declara que el procesado GERMÁN RAMIRO CUEVA ATARIHUANA, cuyos datos personales obran en el proceso, es responsable y autor del delito previsto y sancionado por el inciso primero del artículo 228 del Código Penal. Sin embargo como en la audiencia de juzgamientos se ha establecido la existencia de las atenuantes previstas en los No. 6 y 7 del mismo cuerpo legal, se modifica la pena por el principio de favorabilidad y de conformidad con lo que establece el artículo 73 ibídem que prescribe (...) se le impone al procesado y sentenciado la MULTA DE DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS..."*

1.5. El procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Zamora, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Corte Nacional de Justicia, ejerce 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, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como 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 sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley; y las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 de 25 de febrero de 2015. El Tribunal está conformado por el

señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, por tal circunstancia se avoca conocimiento de la presente causa.

3. VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud lo dispuesto en el art. 349 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo estipulado en el art. 184 del Código Orgánico de a Función Judicial, y al no haberse advertido causal que pueda nulitar o efectuar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

4. FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde a lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

4.1. Fundamentación del recurrente, Germán Ramiro Cueva Atarihuana, por parte de su abogado defensor Luis Cruz Riofrío

a) Que la sentencia que recurre fue expedida por la Sala Primera y Única de la Corte Provincial de Zamora, en la que la norma aplicada por la Corte como base para la condena, esto es, el art. 228 del Código Penal, ya no está vigente en el nuevo catálogo punitivo.

b) Que las normas del Código Orgánico Integral Penal que se están trasgrediendo son las contempladas en los art. 5.2 referente al principio de favorabilidad, art. 16.2 que contempla el ámbito temporal de aplicación y validez de la ley penal, art. 72.2 que hace mención a la extinción de la punibilidad.

c) Manifiesta que las causales establecidas para la procedencia del recurso de casación, están previstas en el art. 349 del derogado Código Penal, por tanto, el error *in iudicando* se encuentra en la parte dispositiva de la sentencia y, se contrae a la contravención del texto impreso en la ley, lo cual conlleva una violación directa a la norma sustancial, por transgresión de los principios de legalidad, favorabilidad y lesividad.

d) Con respecto a la vulneración del axioma de legalidad, acota que el principio de reviviscencia de las normas, considera que una norma derogado no revive por la sola referencia a que se haga de ella, ni por haber sido abolida la ley que la derogó, puesto que, una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma que aparezca reproducida en la nueva ley, tampoco se incorpora *ipso iure* al ordenamiento jurídico. Por tanto, la norma aplicada por la Corte Provincial de Zamora, esto es, el art. 228 del Código Penal, ya no está vigente en el tiempo.

e) En este sentido, la figura típica invocada como base en la condena, no ha generado reviviscencia de normas, en razón de que no aparece reproducida en el Código Orgánico Integral Penal. Que la disposición derogatoria primera del COIP, expresamente dejó sin efecto el Código Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial nro. 147 de 22 de enero de 1971 y todas sus reformas posteriores.

f) Que la figura típica descrita en el art. 228 del Código Penal esta derogada, lo que presupone una completa descriminalización de la conducta, *razón* por la que, el hoy recurrente no puede cumplir una pena de un delito que no existe, debido a que la ley posterior le suprimió del catálogo de infracciones.

g) Señala que en materia penal la ley rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, sin embargo, la Constitución en el art. 76.5 prevé excepciones, como denominado principio *in dubio pro reo.* En este sentido, señala que la Corte Constitucional en sentencia Nro. 109-FCM-CC publicada en el Registro Oficial Nro. 602 de lunes 01 de julio de 2009 pág. 49-50 y 51, refiriéndose al principio de legalidad en la materia penal, ha mencionado que se favorece al infractor cuando se eliminan los efectos de la sanción punitiva de una norma.

h) Refiere que en la sentencia recurrida existe una violación del principio de favorabilidad, denominado también *in dubio pro reo*, mismo que alcanza la naturaleza de un derecho fundamental ya que incluso está consagrado en instrumentos internacionales.

i) En cuanto a los principios de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley, éstas han sido positivizados por nuestro ordenamiento jurídico y guardan íntima relación con la tutela judicial efectiva. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 15.1 hace referencia a que con posterioridad a la comisión de un delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el reo se beneficiará de aquello.

j) Por tanto, la derogatoria del Código Penal y la posterior puesta en vigencia del COIP, representa para el Ecuador un evento de sucesión de leyes en el tiempo, en donde el principio de *favor libertatis*

tiene plena vigencia. Que la Constitución de la República del Ecuador, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Código Orgánico Integral Penal, establecen que la interpretación de las leyes, debe regirse por el principio de favorabilidad, en donde la ley más benigna no solo es la de menor sanción, sino como en este caso la descriminalización de una conducta, ya que el nuevo catálogo punitivo vino a suprimir la infracción de maltrato a otros funcionarios públicos, razón por la que, se debe declarar la extinción de la punibilidad.

k) En mención al principio de lesividad acota que el derecho penal tiene como misión la tutela de los bienes penalmente relevantes, y que únicamente, se establece una pena cuando se afecta un bien jurídico concreto. Que al suprimirse el art. 228 del Código Penal se eliminó la delictuosidad del hecho, por lo que la prohibición de esta acción resulta deslegitimada y sin valor.

l) En este punto hacer referencia al tratadista argentino Raúl Zaffaroni, señalando que el principio del bien jurídico guarda relación con la lesión o puesta en peligro de un interés penalmente relevante y, que el acto descrito en el art. 228 del código Penal derogado al dejar de ser delito no supone peligro para ningún bien jurídico.

Resumió que su causal para que se case la sentencia es la contravención expresa de la ley, por cuanto la norma penal que sirvió como base para la condena ya no está vigente, por lo que solicita a la Corte, casar la sentencia emitida por la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Zamora Chinchipe y, declarar la extinción de la punibilidad del delito por el que se ha sancionado al recurrente.

4.2. Contestación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado

a) Que el art. 349 del Código Procesal Penal corrige errores de derecho en los que hubiera incurrido el juzgador de instancia, que en el caso de marras, la sentencia recurridas reformatoria del fallo dictado por el tribunal de garantías penales de Zamora, quien condenó al procesado en primera instancia, al pago de una multa por el valor de cuarenta y siete dólares, siendo el *ad-quem* quien reformó la sentencia, modificando la calificación jurídica primaria por la estipulada en el artículo 228 del Código Penal y la sanción impuesta, por el pago de multa correspondiente a doce dólares más daños y perjuicios.

b) Manifiesta que el señor abogado del recurrente en su exposición, ha referido que ha existido una violación a la ley en la sentencia dictada por la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, lo cual no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto lo que le beneficia al procesado es la aplicación del principio de favorabilidad.

c) Que la sentencia dictada por la Corte Provincial de Zamora se la realizó el 16 de julio de 2014 y el Código Orgánico Integral Penal entró en vigencia desde agosto de 2014, por tanto la nueva normativa penal contempla el principio de favorabilidad en los artículos 5.2 y 16.2 *ejusdem*.

Solicita que se aplique el principio de favorabilidad, conforme ha sido requerido en esta audiencia por parte del abogado defensor del recurrente Ramiro Cueva Atarihuana.

El **recurrente** al ejercer su derecho a la réplica, expresó:

Que las normas que estima han sido infringidas son el principio de favorabilidad, ámbito temporal de aplicación y validez de la ley penal y la extinción de punibilidad. La pena se extingue por eliminación del delito o por la pena de ley posterior más favorable.

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

5.1 Con respecto al recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia *(errores in iudicando)*, por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero *"el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hemenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el*

haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido [...]" [1].

Al ser la casación un recurso limitado ha de considerárselo como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencia de segunda instancia, tal como lo indica la norma contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cuyo último inciso determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Juez de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, solo le compete el análisis de la sentencia versus la ley, verificar si se ha aplicado el correcto uso de las reglas de la sana crítica para valorar la prueba, al respecto Cafferata Nores aclara: *"la imposibilidad de revisar cuestiones de hecho en las sentencias definitivas (condenatoria o ratificatoria de inocencia), en virtud de la eliminación de la segunda instancia que caracteriza al juicio oral y la regla de la inmediación, no es imposible de ser superada. Podrá serlo por aplicación del principio constitucional "in dubio pro reo" (la duda sobre cuestiones de hecho debe beneficiar al imputado)"* [2].

Al formar parte del más alto órgano de justicia jurisdiccional de la nación, este Tribunal coincide en aseverar que el fin último de la labor que le compete es, a través de la jurisdicción y competencia como requisitos formales, verificar si dentro de un proceso penal se ha cumplido con los parámetros legales que sirven de vehículo para llegar a la meta ideal de la justicia como tal, en este sentido es interesante anotar lo que dice el filósofo John Rawis: *"Ahora bien, digamos que una sociedad está bien ordenada no solo cuando fue organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está eficazmente regulada por una concepción pública de la justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso, aun cuando los hombres puedan hacer demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden resolverse"* [3].

5.1. De la fundamentación del recurso, y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

Cuando la Corte analiza las pretensiones expuestas por el recurrente, concentra su análisis en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

El art. 349 del estatuto procesal conmina a que el recurrente señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían de fundamento para construir su demanda.

Es pertinente recordar en este punto que cuando se acude a sede de casación, el recurrente debe cumplir dos exigencias: "(i) demostrar que la intervención de la Corte es necesarias para la protección de las garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia, y (ii) presentar una demanda que cumpla las condiciones mínimas de forma y contenido requeridas por la ley y la lógica casacional para su estudio" [4].

En esta medida, la Corte advierte que los ataques formulados por parte del recurrente contra la sentencia de segundo nivel, se centra a la contravención de la ley, por haber sido condenado por una conducta que a la fecha, se encuentra descriminalizada lo cual *prima facie* contraviene los principios de legalidad, favorabilidad y lesividad. Por lo anterior, este Tribunal de alzada, como metodología para responder los reproches contenidos en el libelo de la pretensión, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

---

[1] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal 2.a ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p.14.

[2] José Cafferata Nores y otros, Manual de Derecho Procesal Penal 2.a ed., Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. p. 607.

[3] John Rawls, "Teoría de la Justicia", traducción de María Dolores González, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 18.

[4] Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia Nro. 31609 de 13 de mayo de 2009, M. P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Socha Salamanca.

5.1.1. De la contravención de la ley por haber aplicado una norma (art. 218 del Código Penal) que se encuentra descriminalizada en el nuevo catálogo punitivo

A *contrario sensu* de lo señalado por el casacionista en su intervención, este Tribunal de alzada considera que la conducta realizada por el procesado Germán Ramiro Cueva Atarihuana, no ha sufrido proceso de descriminalización alguno por parte del legislador, sino que su ubicación sistemática y categorización se ha modificado en el nuevo estatuto penal, sin que varíe la conducta ni el objeto material sobre el cual recae la acción penalmente relevante[5].

Es de notar entonces que para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable[6], lo cual nos conduce a que el legislador, ha adoptado categorías dogmáticas o fórmulas jurídicas que permiten hacer un análisis estratificado de los presupuestos responsabilidad.

Al tenor de los expuesto, podemos decir que "cumplida por el legislador la función de determinar los delitos y las penas de manera general, impersonal, abstracta y objetiva, lo que al juez le corresponde, en el caso concreto, es analizar si el acto cometido por una persona determinada reúne los requisitos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para concluir luego en la responsabilidad del sindicado"[7].

De partida tenemos que en caso *sub lite,* la sentencia emitida por el Tribunal *ad-quem,* en su numeral cuarto, describe la conducta sometida a juicio, señalando que "[...] el 11 de diciembre de 2012, a eso de las 12h15, en circunstancias en que el Alcalde de Zamora, Ing. Smilkar Rodríguez Erazo, se encontraba en la inauguración de la terminal aérea de Cumbaratza, llegó apurado el procesado Ramiro Cueva Atarihuana, quien le solicitó al referido Alcalde una entrevista y que, ante la negativa de dicho funcionario, Ramiro Cueva (...) le gritó "*cobarde*", "*sinvergüenza*", que el Alcalde se retiró a su vehículo y hasta allí lo siguió el indicado procesado y con el micrófono que llevaba le dio un golpe en el rostro, ante la presencia de varias personas [...]"[8].

De la narración fáctica se desprende a la luz procesal una conducta penalmente relevante, a la cual corresponde subsumirla en una disposición legal, como expresión dogmática del principio de legalidad. Para ello el Tribunal de instancia, en base al caudal probatorio contemplado en el numeral octavo de la sentencia recurrida[9], esto es los testimonios de los señores Smilkar Rodríguez Erazo (víctima), José Luis Cuenca Cueva, Jacinto Eduardo Reinoso Castillo, Edgar Rodrigo Chamba Bautista, Jimmy Francisco Yuquilema Pilamunga, Segundo Fernando Puchaicela Japón, Wilmer Jeovanny Puga Gualán (policía), y Bolívar Vicente Ludeña Sotomayor (teniente de policía); así como de la judicialización de los elementos probatorios documentales y materiales, subsume dicha acción en la descripción de *factum* prevista en el art. 228 del Código Penal[10], vigente al cometimiento del hecho.

A raíz de lo anterior se observa que el Tribunal *ad quem* realizó una valorización probatoria (fáctica y jurídica) acorde a las reglas de la *"sana crítica"*[11], alejando sus conclusiones intelectivas de la arbitrariedad y el capricho. Esta obligación intelectual hace que su resolución sea el producto de la racionalidad en la fijación de la premisa mayor y menor y lo que le precede, la *ratio decidendi*. Lo antes dicho guarda precedencia con las garantías

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[5] "Disposición transitoria primera COIP. Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, ***siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código"*** (lo resaltado fuera del texto).

[6] "Art. 18 Infracción penal. Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código"

[7] Cfr. Sentencia Corte Constitucional de Colombia Nro. C-646-2001 (Expediente -3238) M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

[8] Cuaderno de la Corte Provincial de Zamora, fs. 13.

[9] Cuaderno de la Corte Provincial de Zamora, fs. 13 a 15

[10] "Art. 228 Código Penal. Maltrato a otros funcionarios. El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a alguno de los funcionarios enumerados en el artículo 225, cuando éste se halle en actual ejercicio, o por razón del ejercicio de sus funciones, será reprimido con uno a tres años de prisión".

[11] Cfr. Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, Décima Octava edición, Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2014. Las reglas de la sana crítica son "[...] a. Pautas que elaboramos (para juzgar), las máxima de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial; b) Sana (objetiva, sincera); c) Crítica; juzgar de conformidad con las reglas de la lógica, para lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar)" p. 100.

penales[12] que impactan la construcción del hecho típico, y se constituyen, en palabras de Zaffaroni, en verdaderos diques que contienen las pulsaciones del *ius puniendi.*

A la luz de los expuesto tenemos que, el advenimiento de un nuevo cuerpo normativo, muchas de las veces, genera desasosiegos en el ámbito temporal de aplicación de la ley, por cuanto el legislador al construir un nuevo catálogo de infracciones, descriminaliza conductas, aumenta o disminuye el *quantum* de las penas, típicas nuevas infracciones, regula adjetivamente nuevos procedimientos, etc., lo cual *prima facie* obliga al juzgador a realizar una interpretación dinámica y teleológica de la norma.

La anterior hipótesis nos traslada a realizar la siguiente disquisición jurídica. La conducta por la cual fue sentenciado el recurrente se encontraba descrita en el Código Penal derogado, en el libro segundo *"De los delitos en particular",* título II de los *"Delitos contra la administración pública",* capítulo I *"De la rebelión y atentados contra los funcionarios",* art. 228, contemplando en su estructura primigenia los presupuestos de la punibilidad de un delito.

Ahora con la nueva esquematización de las leyes penales, esta conducta merecedora de reproche penal, ha sido positivizada por el legislador en el nuevo catálogo punitivo, específicamente en el art. 396.1 manteniendo los mismos elementos descriptivos de la conducta, esto es sujetos activo, pasivo, objeto material, conducta y elementos normativos; con la salvedad en cuanto a su ubicación sistemática y denominación, esto es, que en el derogado Código Penal, dicha conducta era considera (sic) como delito, ahora en base a la política criminal que guía la génesis de este nuevo cuerpo legal, pasan a ser contravención de cuarta clase.

En aplicación de estos derroteros, la alegación realizada por el recurrente se limitó a expresar que los jueces del tribunal *ad quem*, aplicaron una norma penal que se encuentra actualmente descriminalizada, lo cual conforme a los razonamientos *ut supra,* no corresponde a la verdad procesal, razón por la que, su demanda no cumple las exigencias mínimas para demostrar el yerro pregonado en cuanto al primer punto.

5.1.2. De la contravención de los arts. 76.3, (legalidad) 76.5 de la Constitución de la República de Ecuador y arts. 5.2 y 16.2 (favorabilidad) del Código Orgánico Integral Penal

En la intervención procesal *in extenso* del casacionista, ha referido que en la sentencia recurrida, existe una violación expresa del principio de legalidad penal[13], señalando en suma que la conducta acusada dejó de ser infracción penal en el nuevo catálogo punitivo.

El criterio jurídico vertido por el recurrente carece de legitimidad y validez, por cuanto, el soporte argumental se basa en falacias y en posturas meramente subjetivas; lo cual riñe con las leyes de la lógica y la racionalidad.

Cuestión de enorme importancia revista el principio de legalidad ya que fue Cesare Beccaria, quien en su obra *"De los delitos y de las penas",* proclamaba que "solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede, con justicia, infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad"[14].

Este paradigma propio del Estado constitucional de derechos y justicia, impone una atadura propia del rigorismo legal que decanta en que "el significado esencial del principio de legalidad se concreta en un mandato (el mandato de taxatividad) y cuatro prohibiciones. El mandato de taxatividad es condición imprescindible de la seguridad jurídica. Pero para que pueda hablarse de seguridad jurídica es preciso, además, que se haya determinado de antemano que conductas constituyen delito y cuáles no, y que penas son aplicables en cada caso. Y también resulta imprescindible que esa determinación la lleve a cabo el legislador, pues, de lo contrario, los ciudadanos quedan a mercede de los Jueces o del Gobierno [...] Además, se concreta en cuatro

[12] Cfr. Maximiliano Rusconi, Normativismo, bien jurídico y empresa, Edt. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005 p. 15 en donde expone que "las garantías [penales] no son otra cosa que los instrumentos del principio de mínima intervención que facilita dimensionar el derecho penal como una alternativa de economía social de violencia".

[13] "Art. 5.1 COIP. Principios Procesales. Legalidad. No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remite a otras normas o disposiciones legales para integrarla".

[14] Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas, Edit. Temis, cuarta edición, Bogotá, 2013, p. 12.

prohibiciones: Prohibición de retroactividad de las normas que fundamentan o gravan la pena, prohibición de regulación de la materia penal por normas dimanantes del Ejecutivo, prohibición de la analogía, y, en general, de la creación judicial del Derecho, y prohibición de regulación de la materia penal por normas consuetudinarias"[15].

A estas premisas teóricas de argumentación que se acaban de exponer, surge de manera incontrastable que una acción para ser sujeta de reproche debe estar descrita en una norma penal a fin de hacer efectivo el *axioma nullum crimen sine lege*, y su incidencia en la parte general y especial de los códigos.

En el caso *subjudicie (sic),* conforme quedó explicitado en los párrafos inmediatamente anteriores, la conducta objeto de reproche, se encuentra establecida en el Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el artículo 396.1, bajo la siguiente descripción típica *[...] La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra",* es decir, que el acto por la que el recurrente recibió una condena (art. 228 del Código Penal derogado) se reproduce en la norma penal transcrita.

De esta manera se satisface el mandato de seguridad jurídica y la verificación *prima facie* del aforismo latino *"nulum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali",* con lo cual la modalidad de reproche escogida por el casacionista para atacar la sentencia del Tribunal ad quem: ***contravención expresa del art. 76.3 de la Constitución,*** no es coherente y por tanto es rechazada por esta Sala.

Siguiendo esta tónica, encontramos que el abogado del recurrente Luis Cruz Riofrío, en su alegato de exposición, hace también referencia a la violación expresa del principio de favorabilidad reconocido en la legislación constitucional e infra constitucional. Para aquello, esta Sala procede a examinar si el tribunal *ad quem* infringió de manera directa el aludido principio.

Al respecto vale destacar que la favorabilidad como derecho fundamental constitucional "presupone la existencia de un conflicto de leyes en el tiempo, es decir de sucesión de normas que regulen una misma hipótesis fáctica de manera diferente, o le señalen consecuencias jurídicas distintas, resultando una de ellas menos gravosa para los intereses del procesado"[16].

Como puede intuirse, "el principio de favorabilidad, como excepción a los axiomas de legalidad preexistente y de irretroactividad de la ley, significa que, por el primero, de manera *ultractiva* se acuda a la disposición derogada, en cuanto el comportamiento investigado se haya cometido durante su vigencia; y, por el segundo, que *retroactivamente* se dé cabida a la nueva normatividad, siempre que aquella o ésta contenga enunciados menos gravosos para el imputado, acusado o condenado"[17].

Bajo este rótulo genérico en el caso *sub lite* nos encontramos ante el hecho de que el recurrente fue procesado cuando aún se encontraba en vigencia el Código Penal[18], recibiendo una condena por el hecho previsto en el artículo 228 ibídem; sin embargo, al entrar en vigencia un nuevo estatuto penal, procesal y de ejecución se produce una sucesión de leyes en el tiempo, lo cual ocasiona que el juzgador deba verificar si la hipótesis fáctica se encuentra tipificada y sus consecuencias jurídicas en mención *al quantum* de la pena.

Entonces, al realizar una auscultación normativa podemos distinguir que la conducta como quedó explicado, se encuentra plasmada en el Código Orgánico Integral Penal, no como delito sino como contravención, y en cuanto a la sanción el nuevo catálogo punitivo prevé una pena privativa de libertad que fluctúa entre quince a treinta días.

Este planteamiento nos sitúa en el escenario procesal de que la pena impuesta por el tribunal *ad quem*, esto es *multa de doce dólares* de los Estados Unidos de Norteamérica[19], resulta más benigna que la que establece la infracción contemplada en el artículo 396.1 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el nuevo estatuto normativo, para esta clase de contravenciones, establece únicamente pena privativa de libertad.

[15] Rosario de Vicente Martínez, El principio de legalidad penal, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 27-28.
[16] Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de casación, radicación nro. 13.253 de julio 11 de 2002
[17] Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, radicación nro. 23.629 de agosto 31 de 2005.
[18] Cfr. Disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal.
[19] Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, fs. 13 a 15.

Debe, entonces, en este caso desecharse la pretensión formulada por el recurrente ya que la misma ataca la sentencia del Tribunal *ad quem* por: ***contravención expresa del art. 76.5 de la Constitución de la República y arts. 5.2, 16.2 del Código Orgánico Integral Penal,*** lo cual resulta desatinado, puesto que, no reúne los presupuesto de una lógica argumentativa, por tanto, dicha tesis es también rechazado por esta Sala.

Finalmente, el recurrente arguye en sus asertos que la sentencia de instancia, ha infringido el principio de lesividad, en razón de que, la conducta acusada al estar descriminalizada no representa peligro alguno al bien jurídico.

Sobre este postulado es necesario considerar que el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 29[20] consagra imperativamente el principio de lesividad, expresando que "para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que lesione o ponga en peligro un bien jurídico; con tal sentido el principio de lesividad acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito"[21].

En suma, el principio de lesividad exige, para la intervención penal, un daño concreto y una persona de carne y hueso[22], puesto que, como criterio limitador del poder punitivo, tiene incidencia en dos esferas: la primera en el quehacer legislativo al momento de la construcción del tipo penal, ya que el asambleísta al prohibir una conducta debe pensar que esa acción lesione el bien jurídico y, en segundo lugar en la esfera judicial, en donde el operador de justicia (juez), debe verificar si la conducta reprochable causó o generó un daño efectivo al bien jurídico.

Una vez sentadas dichas premisas tenemos que el caso sometido a resolución, no requiere de mayores argumentos, para advertir que la conducta sancionada merece reproche penal, por cuanto al ser una exteriorización de voluntad tiende a ocasionar un resultado dañoso, ya que las expresiones *"cobarde", "sinvergüenza"* vertidas por el recurrente Germán Ramiro Cueva Atarihuana, constituyen expresiones de descrédito y deshonra en agravio del ofendido señor Smilkar Rodríguez Erazo, lo cual *per se* va en contra del derecho al honor y al buen nombre estatuido a nivel constitucional[23].

Esta mirada valorativa nos permite inadmitir el argumento final expuesto por el casacionista, por cuanto, además de lo dicho, no se evidencia error en derecho en cuanto al principio de lesividad, lo cual genera que dicha pretensión *ipso iure* sea rechazada.

RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializa de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 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 REPÚBLICA,** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, al no encontrar error de derecho alguno que justifique la casación, por unanimidad declara improcedente el recurso planteado por el recurrente Germán Ramiro Cueva Atarihuana, considerando que de conformidad a lo establecido en el art. 77.14 de la Constitución de la República que consagra el principio *"Non Reformatio In pejus"* y al ser el único recurrente, se mantiene la pena impuesta en la sentencia emitida por el tribunal *ad quem*. Se dispone devolver el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. Actúe la doctora Ximena Quijano Salazar, en calidad de Secretaria Relatora.

Notifíquese, cúmplase y publíquese.

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE. Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL. Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL.

[20] Cfr. "Art. 29. Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código".

[21] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia de febrero 18 de 2003, M.P. Fernando Arboleda.

[22] Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002, p. 127.

[23] Cfr. "Art. 66.18 de la Constitución. Derechos de libertad: Se reconoce y garantiza a las personas [...] 18) El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona...".

IV

Resolución nro. 745-2015
Juicio nro. 1723-2014

Juicio penal por usura propuesto por Laura Ávila Gallegos, en contra de Anita Lucía Campoverde Vivar

SÍNTESIS

El Tribunal Primero de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en sentencia de mayoría, ratificó el estado de inocencia de la ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar, acusada de haber cometido el delito de usura. De dicha resolución la Fiscalía interpuso recurso de apelación, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, revocó la sentencia y declaró a la procesada responsable del delito de usura y le impuso pena privativa de la libertad de seis meses de prisión correccional, multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y el pago de daños y perjuicios. De ésta resolución la sentenciada interpuso recurso de casación. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia declara improcedente el recurso interpuesto y con lugar la reparación integral a favor de la víctima, toda vez que la sentencia de la Corte de Apelaciones cubre la exigencia formal de resolver el delito de usura pero no toma en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima del delito y la situación de sometimiento a la explotación por parte de la procesada, vulnerando sus derechos y los de su familia a una vida digna, a la propiedad y a la integridad.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2014-0032

Juez Ponente: Dra. Diana Naula Beltrán

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CAÑAR. TRIBUNAL PRIMERO DE LO PENAL DEL CAÑAR. Azoguez, miércoles 21 de mayo del 2014, las 15h43.

VISTOS.- ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, ecuatoriana, portadora del número de cédula XX, de 38 años de edad, de estado civil soltera, doctora en jurisprudencia, domiciliada en la calle Serrano de la ciudad de Azogues; es llamada a juicio por el Dr. Paúl Bonete Argudo, Juez de la Unidad Judicial Penal, con sede en el cantón Azogues. La audiencia de juicio oral, pública y contradictoria, se realiza bajo la dirección del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, integrado por la doctora Diana Naula Beltrán, quien lo preside, del doctor Rubén Hugo Ochoa y el abogado René García Amoroso, en calidad de jueces; a su desarrollo concurren en representación de Fiscalía General del Estado, el Dr. Martín Flores Idrovo, como defensores de la acusada los doctores Aníbal Tamayo y Cristian Salinas.

Luego de la exposiciones iniciales de la Acusación y la Defensa; y practicada la prueba solicitada por las partes, habiendo deliberado, el Tribunal, por mayoría anuncia verbalmente su decisión, misma que, confirma la inocencia de ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, en el delito de usura, acusado por fiscalía; conducta que se halla tipificada y reprimida en los Arts. 583 y 584 del Código Penal, por lo tanto, corresponde emitir fallo escriturado, por lo que se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y VALIDEZ. El Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar es competente para conocer y resolver el caso, en razón del territorio y la materia, en sujeción al Art. 221 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el Art. 28 del Código de Procedimiento Penal. No se advierte la omisión de

formalidades, vicios de procedimiento, o violación de garantías del debido proceso, consecuentemente, se declara su validez de todo lo actuado.

SEGUNDO.- TEORÍAS DEL CASO.- FISCALÍA: la Fiscalía General del Estado como representante de la sociedad en el trascurso de esta audiencia aportará la prueba necesaria a fin de determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad, bajo este contexto se demostrará lo siguiente: que la ciudadana Laura Teresita Ávila, conocía a la señorita Anita Campoverde Vivar y sus padres, pues en reiteradas ocasiones ella les facilitó dinero en préstamo cubriendo diferentes necesidades, y se pactaron intereses superiores a los legalmente permitidos.

Probará que el 5 de diciembre del 2012, Laura Teresita Ávila acudió al negocio de la señorita ANITA CAMPOVERDE, en la calle Azuay, frente al Banco del Austro, donde le solicitó a ella la suma de 2.000 USD a un interés del 4%, días después otro crédito de 2.000 USD, y por necesidad otros 2.000 USD, los que suma 6.000 al 4%. Se demostrará que los intereses son superiores al legal, los mismos que fueron cancelados por algunos meses, incluso se pagó 1.500 dólares de contado, dejándose de pagar los mismos, por problemas económicos.

En el mes de junio del 2013 la señora Ávila, se acercó nuevamente a fin de ver su deuda, para en ese momento, Anita Campoverde le dijo que tenía que firmar 30 letras por la suma de 459,94 USD. Al preguntarle a la acusada por qué estas letras, explica que era suma de capital más intereses no pagados, y una deuda de Diana Isabel Pinos tenía por compra de joyas. Al hacerse firmar 30 letras de cambio, le devolvió la señorita ANITA CAMPOVERDE 3 letras de los dos mil que se pidió en el año 2012, además se le devolvió otra letra de cambio, que hizo referencia a la supuesta compra de las joyas.

Probará que Diana Isabel Pinos hija de Laura Ávila, cuando estaba privada de libertad recibió la visita de Rosa Vivar, quien le amenazó, de no cambiar su versión, sus padres irían presos por dos años.

El actuar de Anita Campoverde, ha sido habitual cobrando a intereses superiores a los establecidos. Además con certificado del Registrador de la Propiedad justificará que sus actividades se ajustan a este ilícito y adquiría bienes sin reportar actividades comerciales, aun siendo estudiante universitaria adquiría bienes; y a los dos años de graduada, adquiere inmuebles de cientos de metros. Al año de su graduación demanda a Segundo Latacela por 75.000 USD, luego de tramitado el juicio ejecutivo, esta se hace adjudicar el bien. Pese haber adquirido 7 inmuebles desde el 2002 al 2012, Campoverde manejaba una sola cuenta, sin que se pueda explicar cómo adquiría y remataba bienes. Se demostrará que Anita Campoverde reporta en el SRI, los negocios de venta de repuesto, pagando 0 dólares por impuesto a la renta, este otro delito. Además se justificará que las tazas legales a la época del cometimiento eran inferiores a las pactadas con Laura Ávila. Se demostrara que jamás estuvo autorizada para realizar préstamos de ninguna naturaleza.

Luego de las alegaciones realizadas en debate el Fiscal estima que la responsabilidad de dar tutela y seguridad jurídica es obligación del Tribunal, enfatiza que la usura ha sido rechazada desde épocas remotas. En la actualidad el Estado ha implementado política para evitar que este delito atente a la libertad, lo que se encuentra ratificado por el pacto de San José, y que guarda coherencia con el Art. 17 de la Declaración de los Derechos Humanos. La Constitución en el Art. 308 establece la prohibición de la usura. Amparado en las normas expuestas considera que este Tribunal debe sentar un precedente y emitir una sentencia condenatoria, declarando la culpabilidad de la acusada por el delito de usura conforme el Art. 583 y 584 del C.P. e imponer la pena que la Ley establece, tomando en cuenta los daños ocasionados.

DEFENSA.- ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, fue acusada por la fiscalía por el delito de usura, es decir, dedicada a los préstamos usurarios, que luego de las investigaciones se dicta sobreseimiento definitivo. El Juez de Garantías Penales por el delito de usura sobreseyó al proceso y a la procesada, existe cosa juzgada, se encuentra extinguido el derecho del Estado para perseguirlo, y por lo tanto, extinguida la acción penal, porque vulnera el Principio Non Bis Ibídem. ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, jamás realizó préstamos usurarios a Laura Ávila, en el ámbito profesional como abogada, dedicada a ejercer libremente la profesión, presta servicios profesionales en varias ocasiones. Su patrimonio no es cuantioso, adquirido como producto de su profesión. Es propietaria de 3 negocios de actividades comerciales. La denuncia es temeraria.

TERCERO.- PRUEBA. FISCALÍA, presenta como medios de prueba los siguientes:

a) Documental:

Tres letras de cambio, por la suma de 2.000 USD cada una;

Una letra de cambio por la cantidad de 2.380 USD;
Dos cambiables por las suma de 438 y 459 USD;
Certificado 4250 suscrito por el Dr. Omar Patricio Riera Macías, Registrador de la Propiedad del cantón Azogues, que detalla los bienes de la acusada;
Cien fojas certificadas por el Secretario Provincial del Cañar del Servicio de Rentas Internas, que corresponden a las declaraciones efectuadas por CAMPOVERDE VIVAR ANITA LUCÍA Oficio del Banco del Austro, informando que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, registra una cuenta activa signada con el número XX.
- Copia emitida por el Banco Central de la tasa de interés legal, suscrita por José Cobos Romero.
Copia certificada de la denuncia de DUTAN MENECES MAURO, cuyo sospechoso es Francisco Campoverde, de fecha 2013-09-23.
Copia certificada de la denuncia de MINCHALA GUALLPA ROSA ANDREA, donde los sospechosos son Francisco Campoverde, Ana Campoverde, de fecha 2013-09-19.
Copia certificada de la denuncia de HUIRACOCHA CAZHCO MARÍA ROSARIO, de fecha 2013-09-18, donde los sospechosos son Francisco Campoverde, Ana Campoverde y Rosa Ana Vivar.
Copia certificada de la denuncia de CORONEL AVILA TRÁNSITO UBALDINA, sin fecha, contra Francisco Campoverde, Ana Campoverde, Rosa Ana Vivar.
Copia certificada de la denuncia de MACANCELA CADMEN MARÍA DOLORES, de fecha 2013-09-23, contra Francisco Campoverde y Ana Campoverde.
Oficio IRC-2014-1099, suscrito por el Eco. Edgar Abad Molina, Intendente Regional Cuenca de la Superintendencia de Bancos y Seguros, informando que la señora Ana Lucía Campoverde Vivar, no está autorizada para la intermediación financiera.
Oficio No. BP-AREC-2014-AM-0405, suscrito por Catalina Salazar Mejía, firma autorizada del Banco de Pichincha, dando cuenta que la señora Anita Lucía Campoverde Vivar no consta registrada como cliente. Oficio, suscrito por el Dr. Ernesto Rovalino Peña, procurador Judicial del Banco del Pacífico, dando a conocer que la señorita Anita Lucía Campoverde Vivar no es titular de cuenta corriente, ahorros o depósito a plazo. Oficio CB-BSE-2014-0060, suscrito por el Ing. Juan Pablo González Bustos, Gerente general de CACPE, indicando que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, no es socio ni cliente de la institución.
Oficio de 13 de marzo de 2014, suscrito por Luis Romero Quintuña, Delegado Operativo del Banco nacional de Fomento SUC. Azogues, informando que la señora ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR no es cliente de la institución. Oficio No. 010-C.F.A.-GER-2014, suscrito por Dolores Solórzano, Gerente General de la Coop. Familia Austral, verificando que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR no pertenece a la entidad en calidad de socia o inversionista.
A más del Banco del Austro, CACPE, y otros, ella no maneja cuentas, como compraba las casas. Certificado suscrito por las Jefes Guías del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Femenino de Cuenca documentando la visita de señora Rosa Ana Vivar, de fecha 19 de diciembre de 2013.
b) Testimonial:
1.- LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS, ecuatoriana, portadora de la cédula XX, de 57 años, casada, comerciante, domiciliada en el sector Buil-Guapán, en lo principal manifiesta: conocer a la señorita ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, desde hace doce años, a sus padres don Francisco Campoverde y Rosana Vivar, porque solicitaba préstamos de dinero para el viaje de su esposo, hijos, y yerno, de 10.000, 17.000 y 13.000 USD en su orden, pactando al 4 y 5% mensual, no siempre les daba las cantidades exactas, porque hacia quedar un poco de plata para arreglar unos papeles. El 5 de diciembre del 2011, solicita 2.000 USD, posteriormente 2 préstamos de 2.000 USD cada uno, por lo tanto, suma 6.000 USD, pagaba mensualmente, a veces se atrasaba, de ahí que, sufragó primero 1.500 USD, luego 2.000 USD.
Su hija Diana fue internada en el Centro Rehabilitación, entonces, deja de pagar la deuda. El 25 de junio de 2013, solicita a la acusada, acumular la deuda de capital más intereses, luego, la acusada le devuelve las tres letras de 2.000 USD cada uno y otra de su hija, que había firmado por la compra de joyas, por la que también iba a cobrar interés. Suscribe 30 letras de cambio, por 460 USD mensual de las cuales pagó 2, que le devolvieron y que son las que están a la vista.
Denuncia los préstamos usureros porque le aconsejaron; sentía iras por el cobro del interés de las joyas.
En la época de los préstamos se dedica al negocio, no da ninguna prenda ni firmó hipoteca, suscribe letras de cambio como deudora, pero ante la exhibición de las cambiables reconoce que Diana,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

su hija, firmó como deudora y ella como garante; sin embargo, ella se hizo cargo de las deudas. No sabe cuánto le ha devuelto, le parece 2.000 y 1.500 USD de interés, y luego los 6.000 USD en su integridad; en la versión de fiscalía, aseveró desde diciembre del 2011 hasta el 25 de junio del 2013, lo único que pagó fue 1.500 USD.

Los 6.000 USD, no acudió a pedir en un banco o cooperativa porque eran personas conocidas; y siempre le prestaban. Por los cuales, no ha entregado nada en prenda, ni ha firmado hipoteca, tampoco demandado, lo único, las letras de cambio, que las firma como deudora. El interés del 4% no se registra en ningún documento.

El Dr. Maita, la busca para arreglar la deuda, la otra semana llego el Dr. Rivas a decir que no se presente a la audiencia, que le iban a dar un viaje, se fueron a conversar en la fiscalía. El 25 de junio de 2013 paga los 6.000 USD, y le devuelve las letras. Reconoce el documento suscrito por ella donde afirma libre y voluntariamente que nada tiene que reclamar a la Dra. ANITA LUCÍA CAMPOVERDE, quien ha cumplido con la Ley y las buenas costumbres, declaración juramentada con reconocimiento de firma y rúbrica.

2.- DIANA ISABEL PINOS AVILA, ecuatoriana, portadora del número de cédula XX, de 28 años de edad, divorciada, domiciliada a en la parroquia Guapán, empleada privada, en lo esencial afirma: que es hija de Laura Teresita Ávila Gallegos, conoce a ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, desde aproximadamente 12 años, porque es prestamista de dinero, quien facilitó en algunas ocasiones para que viaje su padre, dos hermanos y su esposo, último préstamo de 13.000 USD, también a veces pedía 1.000, 2.000 USD para mercadería del almacén de ropa de su progenitora, del interés no está al tanto, pero al 4 o 5%, no entregaba todo el dinero porque hacía quedar para arreglar unos papeles.

La acusada tiene un bazar, vende joyas, donde adquirió una cadenas para su hijo; su madre se acerca a preguntar por la deuda de los 6.000 USD y a solicitar que espere el pago, CAMPOVERDE VIVAR manifiesta, que mi persona ha comprado bastantes joyas y he firmado las letras en blanco; ha molestado a mi marido que envíe el dinero de la deuda de las joyas, mismo que ha mandado, quien está endeudado en un préstamo en el banco por 5 años.

El último año se encuentra pagando una pena en el Centro de Internamiento de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Mujeres de la ciudad de Cuenca; solicitaba préstamos a veces de garante, otras su mamá; recuerda que en el 2011 o 2012 pidió 2.000 USD, por lo que no entregó prenda, pero firmo letras de cambio, una sola vez le pidió 2.000, mi madre era garante, de los cuales pagaba el interés, le queríamos dejar 1.000 USD, pero ella no cogió porque decía que antes de los tres meses no recibe, el interés no consta en las letras, se anotaba en un cuaderno, no sabe cuánto le terminó pagando. Su madre le comentó que todavía debe.

Con la acusada se entrevistó, hace dos o más años para adquirir a crédito joyas para su madre. Cada mes, si se atrasaba cobraba más, no está al tanto de los montos de interés, ni de las letras firmadas por su madre porque estaba en el centro de internamiento. Lugar al que llegó la madre de la acusada, y le comunica que van a citar a una audiencia y advierte reconozca la compra de las joyas, amenaza, con prisión para su padre.

Los abogados han transado con su progenitora, en un documento, en la notaría. Estos profesionales exigían que no asistiéramos a esta audiencia y amenazaban que su tía no va a recuperar la casa; acudimos donde el fiscal porque estoy con prelibertad, y aconsejo que nos presentemos.

Su mamá le contó que firmó 30 letras de 460 USD, las cuales están pendientes. No denunciaron antes de octubre porque ella a veces nos sacaba de apuros, así sea con interés.

PRUEBA DE LA ACUSADA

a. Documental, la defensa aporta como medios de prueba los siguientes:

1.- Declaración voluntaria de la señora Laura Ávila Gallegos, reconocida ante notario público, de fecha 5 de febrero del 2014.

2.- La hoja de vida con los debidos respaldos notariados, que revelan que es profesional en derecho, especialista en derecho constitucional, bachiller contable, de ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.

3.- Copia del Registro Únicos de Contribuyente, de fecha 6 de noviembre de 2002 documentando la actividad económica de venta de regalos de ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.

4.- Copia certificada del Registro Único de Contribuyentes de fecha 01-09-2000 que da cuenta de la venta al por menor de regalos en el establecimiento Rosana variedades, de propiedad de ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.

5.- Copia del Registro Único de Contribuyentes de fecha 01-08-2000, de la actividad de venta por

menor de repuestos, partes y accesorios para vehículos, de propiedad de ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.
6.- Copia del Registro Único de Contribuyentes de fecha 08-07-2011 informando la actividad de servicio de rectificación de motores a diésel y gasolina, perteneciente a ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.
4.- Certificados extendidos Director del semanario el Espectador, del Dr. Leonardo Guillen, personas conocidas y reconocidas, que dan fe de la honorabilidad de su defendida.
5.- Certificaciones de los Tribunales de Garantías Penales, que documentan que ella no ha recibido sentencia condenatoria desde hace diez años.
6.- Copia certificada del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y procesado expedido por el Juez Segundo de Garantías Penales, que por el hipotético delito de usura.
7.- Certificaciones extendidas por el Centro de Privación de Libertad que documenta la conducta ejemplar observada, durante su internamiento.
b. Testimonial, deponen los siguientes testigos:
1.- ARQUITECTO LENIN ISRAEL RIVAS ALVARADO, ecuatoriano, portador de la cédula XX, de 34 años de edad, casado, de profesión arquitecto, domiciliado en Azogues, Zhullin, Panamericana Sur, en lo principal asevera: conoce a ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, desde hace veinte años, por la familia. Además, ha frecuentado con ella porque trabaja como perito en el Municipio, donde realizaba trámites relacionados a su profesión. Anita tiene por actividad habitual la profesión de abogada, en sus gestiones en el Municipio, yo hacia los levantamientos.
En estos veinte años, ha demostrado una buena conducta, se ha portado bien, es honorable, ejemplar.
2.- INGENIERO WILSON ROLANDO VASQUEZ QUEZADA, ecuatoriano, portador del número de cédula XX, de 48 años de edad, casado, ingeniero civil, domiciliado en la Concordia, ciudadela de los Ingeniero Civiles, en lo esencial afirma:
Conoce a la DRA. ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR desde aproximadamente 8 o 10 años, su esposa es vecina de ella en Guapán, se dedica a ejercer la profesión como abogada, hace 8 o 10 meses, ella pidió asesoría para división de terrenos, la aprecia como una persona honorable, llevable, no conoce que haya tenido problemas con la ley o la justicia.
3.- INGENIERO FRANKLIN EDUARDO NEIRA PALOMEQUE, ecuatoriano, portador de la cédula número XX, de 46 años de edad, estado civil soltero, de profesión ingeniero civil, domiciliado en las calles Ayacucho y Azuay, en lo principal atestigua: conoce a ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR desde hace diez años, por su trabajo en levantamientos topográficos, ella legaliza terrenos, ha acudido a su oficina, y sabe que ejerce el derecho en libre ejercicio, quien da demostrado una muy conducta, destaca las cualidades de trabajadora, y digna de confianza.
4.- INGENIERA EMPRESARIAL NUBE VIOLETA PALACIOS REYES, ecuatoriana, portadora del número de cédula XX, de 37 años de edad, de estado civil casada, de profesión ingeniera empresarial, domiciliada en la parroquia Javier Loyola, en lo principal depone: trabaja, en el Servicio de Rentas Internas, como analista 2, conoce a la DRA. ANITA CAMPOVERDE, más de veinte y cinco años, porque fueron vecinas desde niñas, en los últimos 10 años, se ha dedicado al ejercicio profesional de abogada, alguna vez visita el despacho de ella, ya que, le ayudó con el contrato a una empleada doméstica; por este conocimiento personal puede decir que su conducta ha sido intachable, buena amiga, en todo sentido.
5.- ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, ecuatoriana, portadora de la cédula Nro. XX, de 38 años de edad, estado civil soltera, doctora en jurisprudencia, domiciliada en la calle Serrano, en lo principal depone: que egresó en el año 2000, se graduó en el año 2002, antes de eso colabora con sus padres en el mandato de sus padres, además es contadora.
En cuanto a la acusación de usurera, es falsa, conoce a la señora Laura Ávila, ya que le presta asesoría profesional en negocios de compraventas, pues posee varios bienes; en problemas del divorcio y tenencia del hijo de Diana también asesora; y posteriormente cuando envenena a su hijo.
La causa de denuncia ha sido fruto de la recopilación de fiscalía, su titular provincial llamó a la gente a denunciar. En uno de los escritos la misma Laura Ávila ha manifestado que ha sido presionada.
Los bienes que posee son producto de su trabajo.
Sus padres fueron juzgados por el delito de usura, la vinculan, ellos se acogieron al abreviado, yo no acepté porque soy inocente. Las deudas de la señora han sido por servicios profesionales, no ha firmado ningún documento, el fiscal conoce que ejerzo la profesión, pues nos hemos encontrado en tal desempeño.

Habido propuestas de fiscal y el juez para que se acoja al juicio abreviado, no las ha aceptado porque es inocente, además, existe un sobreseimiento definitivo. Confía en el Tribunal, solicita se declare extinga la responsabilidad, cuyo fundamento es el Principio Non Bis Idem, garantía constitucional, o se confirme su inocencia.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La motivación de la sentencia se relaciona con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, dispuesto en el Art. 1 de la Constitución de la República, siendo una garantía para el justiciable que conoce el motivo de la condena o la confirmación de su inocencia, en tanto que, para el Juez pone de relieve el Principio de Imparcialidad que dispone el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Art. 75 de la Constitución de la República, el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; en cambio, para la sociedad, resulta de importancia conocer la forma de aplicación de la Ley en estos casos. García Falconí, afirma: "La prueba -de cargo y descargo- no habla por sí sola, está llena de detalles, de inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos caracteres para valorarlas, confrontar para fundamentar la sentencia a dictarse.

El Art. 85 del Código de Procedimiento Penal dispone que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, entonces, debemos verificar el primer elemento del mandato legal del ONUS PROBANDI o carga de la prueba, en tal sentido consideramos:

PRUEBA MATERIAL:

Con respecto a la materialidad de la infracción, que en la especie, constituyen las cambiables suscritas por LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS, se precisa:

Revisadas a simple vista dichos documentos, la letra de cambio de diciembre 28 de 2012, por el monto de 2.000 USD y la del 20 de agosto de 2012 tienen la configuración del número 2 diferente de los otros números dos de los mentados documentos, la primera al registrar el 12% y el 2 de la cantidad en números, tienen caracteres diferentes con respecto al de la fecha. En la cambiable de 2.380 USD, la fecha -20 de agosto-12, los números dos son distintos, el primero del segundo.

La letra de cambio de fecha 14 de diciembre de 2011, por 2.000 USD, documenta el interés legal. Las 3 letras de cambio suscribe la ciudadana DIANA ISABEL PINOS AVILA, como deudora; y la "ofendida" LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS en calidad de garante, por lo tanto, la proposición fáctica de fiscalía, que el 5 de diciembre de 2011 y en posteriores fechas LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS solicita un préstamos de 6000 USD en calidad de deudora no se verifica, ya que ella avala el crédito de su hija.

Una cuarta letra suscrita igualmente por DIANA ISABEL PINOS AVILA por el monto de 2380 USD de fecha 20 de agosto de 2012 no consta el interés.

Además, 2 letras de cambio del 25 de junio de 2013, una, por la cantidad de 438 USD, no consta el interés; y 459.94 USD registra un interés del 10%, anual suscrita como deudora LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS.

El Art. 91 del Código de Procedimiento Penal dispone que "La prueba material consistente en los resultados de la infracción, en sus vestigios o los instrumentos con los que se cometió..." constituyen medios probatorios de que en el mundo real se verifica un hecho.

La existencia de la infracción se debe comprobar conforme a derecho, porque recordemos el principio de Derecho Penal "Lo que no existe en el proceso no existe en el mundo"

En la especie, se aporta letras de cambio, títulos de crédito, instrumentos privados, que requieren una investigación detallada por diversas razones, si tienen que ser utilizados como pruebas legales en materia penal. Su verdadera naturaleza y contenido deben ser conocidos y comprobados. En el caso sub judice, hubiera probado la autoría, la autenticidad o veracidad, de las letras de cambio, esto es, que a través del análisis documentológico o caligráfico se hubiese estudiado las grafías que componen los elementos que se encuentran impresos en el texto -manuscritos- e incluso un análisis de las caligrafías de los documentos y la letra de la acusada. Medio probatorio que en la especie no se aporta.

Al actuar de esa manera se instaura un riesgo social, pues al aceptar esta forma de proceder, cualquier otra persona puede comportarse de la misma manera, y poner en peligro la seguridad jurídica de ciudadanos.

Por lo tanto, no son aceptadas como prueba material las cambiables porque no han sido acreditadas como lo ordenan las reglas procedimentales en cuanto a la prueba, consecuentemente, no se ha probado la materialidad de la infracción.

TESTIMONIOS DE CARGO
a. Tanto LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS como DIANA ISABEL PINOS AVILA coinciden en señalar que la acusada les proporciona préstamos para que esposo y padre, 2 hijos y hermanos, así como el cónyuge de la segunda deponente, al 4% mensual, no se aporta prueba material al respecto.
b. LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS, quien afirma es comerciante, que denunció el ilícito, al inicio del testimonio nos refirió con aplomo y firmeza que el 5 de diciembre del 2011, solicita 2.000 USD, posteriormente 2 préstamos de 2.000 USD cada uno, en consecuencia, suma 6.000 USD; pero al ser contraexaminada y con los documentos a la vista reconoce que la deudora de esa cantidad de dinero era DIANA ISABEL PINOS AVILA, su hija, y ella, aval.
AVILA GALLEGOS que pagaba los intereses, primero sufragó 1.500 USD, luego 2.000 USD, como su hija fue internada en el Centro Rehabilitación, se atrasó, es decir, se deja de cancelar las deuda, sin embargo, en el contrainterrogatorio se leyó su versión en la fiscalía donde manifestó que de la deuda se había abonado 1.500 USD.
El 25 de junio del 2013, se acerca a verificar el monto adeudado, que según las cambiables son de su hija, y se entera que DIANA ISABEL también adeudaba dinero por unas joyas, entonces, solicita se nove en un solo monto, las deudas de su hija, razón por la cual firma 30 letras de cambio por la cantidad de 460 USD.
Ese día, ella pasa de garante a ser deudora del capital, más intereses.
Llama la atención que el mismo día, paga dos letras, que sumadas son 920 USD, cuatro meses después denuncia la usura como deudora.
Dando crédito, que ella asumió las deudas de su hija desde el inicio, es decir, desde el año 2011, la proposición fáctica de fiscalía al igual que en el contrainterrogatorio al leerse la versión sólo paga los 1.500 USD, más los 920 USD de las dos últimas letras que ella asume como deudora.
Aplicando la sana crítica lo que la ofendida devuelve de los 8.380 USD del capital que recibe es 2.420 USD.
De forma categórica LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS, ha manifestado ante estos juzgadores, que no debe a la acusada, que pagó los 6.000 USD en su integridad, sin embargo, su hija Diana, manifiesta que su madre tiene un saldo todavía, porque ella firmó 30 letras de 460. Diana, al inicio de su testimonio manifestó desconocer de esta última negociación, pero en el contraexamen reconoce.
Estos testimonios se los valora, como contradictorios, sesgados, en relación a quien es la deudora, cuánto se ha pagado de lo adeudado; además la declaración de madre e hija constituye una sola fuente. El Art. 140 del C.P.P. inciso segundo ordena "La declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba" Al respecto Jorge Zavala Baquerizo, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, pág. 199 asevera "El testimonio del ofendido es un medio de prueba accesorio y secundario, puesto que no puede existir sino bajo la condición de que existan otros medios de prueba, Por lo tanto, en el proceso solo existe la declaración del ofendido, sin que sea, apoyada por un medio de prueba lícito, dicha declaración no puede ser considerada por el Tribunal ni siquiera como indicio, pues por sí sola no tiene eficacia jurídica; es como si en el proceso no existiera, aun en el caso que el Tribunal tuviera la convicción de que los hechos que juzga sucedieron tal como consta en la predicha declaración y fueron ejecutados por la persona acusada"
Al amparo de la ponderación que el caso amerita, por el testimonio de LAURA TERESITA AVILA GALLEGOS, conocemos que la denuncia fue motivada porque le aconsejaron, sentía iras por el cobro de intereses de las joyas, no obstante, aplicando la sana crítica, emplea la acción penal para evadir no sólo el pago de los intereses, sino del capital, ¿Quién perjudica a quién?... Mediante esta estrategia fue solicitada por los abogados de la acusada para transar.
La Constitución de la República en su Art. 66 numeral 26 y 321, dispone...el Estado garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas pública-privada, implica entonces que, el Estado garantiza este derecho cuyo fin es que no se perjudique a persona alguna, derecho íntimamente vinculado con el principio "Todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, nadie podrá ser discriminado...
Invocando el Art. 75 de la Carta de Montecristi, "Toda persona tiene derecho...y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses..." a la capacidad de los Jueces de aplicar la sana crítica, afirmamos que el combate contra el mal social de la usura se refiere a aquellos préstamos que supone recibida mayor cantidad de la realmente prestada, donde se perjudica el patrimonio del deudor, caso contrario estamos contribuyendo a inobservar, el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

deber ser de ciudadanos de cumplir obligaciones contraídas, entonces, aseveramos que es necesario el daño del bien jurídico protegido.

PRUEBA DOCUMENTAL:

Las 100 fojas certificadas del Servicio de Rentas Internas, resultan un medio de prueba que demuestra que la acusada no paga los impuestos, y que tal organismo debe iniciar las acciones respectivas para que se cumpla con la obligación de pagar impuestos.

Los bienes que certifica el Registrador de la Propiedad que posee ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, si no se justifica su origen constituye el delito de enriquecimiento ilícito. Que no está tipificado para particulares en el Código Penal vigente sino en el Código Orgánico Integral Penal, razón por la que no se manda investigar el hipotético ilícito.

En la especie, el Juez de Garantías Penales en su resolución de la audiencia de formulación de cargos, de fecha 7 de abril de 2014, donde oralmente motiva y dicta el auto de llamamiento a juicio textualmente dice: "Existe la versión de la hija de la ofendida, varias denuncias contra la procesada y más de 30 denuncias en fiscalía, esto constituye habitualidad..."

Al respecto en la audiencia de juicio no fueron presentados los testimonios de las 30 denuncias referidas, es más, en la prueba documental no se verifican tal número, sino 4, de septiembre de 2013, una de las denuncias es exclusivamente contra el padre de la acusada, mismas que son de septiembre de 2013, es decir, del mismo mes en que sus padres y la acusada fueron denunciados e investigados, esto es, el 5 de septiembre de 2013- según dato del auto de sobreseimiento- verificando, entonces se presentaron antes que se dicte el auto de sobreseimiento definitivo de ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR y del proceso en el que se la vinculó, de fecha posterior, 25 de noviembre de 2013, auto con fuerza de sentencia que no fue impugnado como se desprende de la copia certificada de dicho documento, al aseverar la secretaria "el mismo que se encuentra en el archivo a mi cargo" afirmación de la que se entiende firme, ya que, archivar es guardar documentación para consulta o custodia según el Diccionario de Cabanellas.

PRUEBA DE LA DEFENSA

Documental:

La defensa para probar su teoría del caso en la proposición fáctica que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, ya fue investigada por el delito de usura; y que existe una resolución judicial que puso fin a un proceso, aporta como medio de prueba, la copia certificada del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y procesado, expedido por el Juez Segundo de Garantías Penales, mismo que examinado detalladamente se documenta: "en el ilícito cometido, en virtud dentro del cuaderno investigativo, las presunciones sobre la existencia del delito que se da en base a la denuncia presentada al 1800 delito, en ninguna parte menciona a la procesada Anita Lucía Campoverde Vivar, tampoco existe una sola versión en la cual indiquen que dicha persona ha realizado préstamos de dinero con interés usurero" (sic).

Cabe reflexionar, si en septiembre se disponía de las denuncias contra la procesada por qué no se investigó, mismas que podían constituir indicios graves de responsabilidad.

Estos Juzgadores dan por acreditada dicha proposición fáctica, que permite concluir que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, no ha perpetrado el delito de usura, y que de modo indudable la procesada está exenta de responsabilidad criminal. El sobreseimiento definitivo es irrevocable, cuando no se ha apelado, dejando cerrado el juicio de manera absoluta respecto de la procesada a cuyo favor se dicta.

También se ha verificado que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR posee diversos negocios, según las copias certificadas del Registro Único de Contribuyentes. Que es doctora en jurisprudencia y abogada de los Tribunales de Justicia del Ecuador.

Testimonial:

De los testimonios del arquitecto Lenin Israel Rivas Alvarado, de los ingenieros Wilson Rolando Vásquez Quezada, Franklin Eduardo Neira Palomeque, y la ingeniera empresarial Nube Violeta Palacios Reyes, prueban que ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, ejerce la profesión por varios años y es una buena persona.

QUINTO.- TIPICIDAD DEL DELITO DE USURA.- La Usura en la Legislación Ecuatoriana Penal aparece al final de los delitos "Contra la Propiedad" el artículo 583 del C. P. "Es Usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la Ley, u otras ventajas usurarias".

El verbo rector del delito de usura es estipular; pero siempre y cuando se concrete el artículo 584 ibídem que dispone "Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norteamérica el que se dedicare a préstamos

Usurarios". El verbo rector de este artículo se encuentra en la dedicación o habitualidad en la entrega de dineros a persona alguna con interés superior al legal"

La Jurisprudencia ecuatoriana–resolución Nro. 0075-2010-1SP, del 10 de febrero de 2010, Gaceta Judicial Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho, diciembre 2011, pág. 278 respecto al injusto penal de la usura, analiza "En usura es necesario aportar prueba válida que justifique el cobro de intereses ilegales de manera habitual… debe probarse en el delito de usura… encontramos los elementos esenciales del tipo penal a ser probados: el cobro de intereses ilegales de manera habitual, a través de prueba válida, ya que está prohibido fallar en base de presunciones e indicios..."

Eduardo J Couture, en su obra Las reglas de la sana crítica, pág. 70: "Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables... pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"

Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define al término como "Estado durable; la permanencia de hábitos o inclinación que perseveran en un sujeto"

La Dra. Luisa Fuencisla Martín Castaños, Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Segovia, en sus artículos doctrinales de Derecho Penal, al analizar la habitualidad del art. 153 del Código Penal de su país asevera: "Delito Habitual, considero que debe apreciarse un único delito aunque hayan sido varios los sujetos sobre los que el autor haya practicado una pluralidad de actos violentos, pues el hábito o inclinación del autor a la comisión de tales actos es una característica personal del mismo que se constituye con independencia de cual sea la concreta víctima de cada uno de sus actos violentos singulares..."

Vivian R. Bulle y Jhon Mackinnon R, Catedráticos de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho, en su obra Curso de Derecho Penal, Parte General, analizan la clasificación de los delitos... y en el literal d textualmente inteligencia d) Delitos habituales: son aquellos que para su configuración no basta la verificación única de su conducta, sino que requiere de la repetición de ella. En estos casos, es la reiteración de la conducta descrita en la ley lo que configura el delito y, por tanto, es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca, siempre se comete un único delito desde la primera reiteración. Ferri opina que el "Delito habitual se da cuando existe una pluralidad de hechos similares separados por intervalos de tiempos. Son punibles en forma conjunta y no individual. La repetición de hechos es un elemento de la figura en los delitos habituales, o sea que es necesario varios actos cada uno de los cuales por separado no alcanza a satisfacer las exigencias"

En la revista Ensayos Penales, de la Sala Penal, del 7 de diciembre de 2013, el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional en su artículo "La Usura ¿Crisis económica o de valores?" Afirma "No basta que para que la usura constituya delito que se estipule un préstamo a un interés mayor que el legal o reservándose ventajas excepcionales, sino que es necesario, además que esa conducta sea habitual o que se encuentre encubierta o disfrazada bajo un contrato aparentemente legal. Si no se reúnen esos elementos, el préstamo con intereses desproporcionados, mayor que el legal, no constituye delito. Para que la usura constituya delito consumado es necesario que el sujeto activo se dedique a realizar préstamos usurarios; es decir, la habitualidad como elemento constitutivo del tipo de usura. Situación que resulta procesalmente muy dificultoso. El delito está dado por la repetición".

Criterios doctrinales que coinciden plenamente con la doctrina nacional citada por el abogado de la defensa en la fase de alegatos, e incluso el fiscal argumentó a Zabala Baquerizo quien aprecia a la usura como un delito habitual.

La lógica es la ciencia del razonamiento, pero sus instrumentos son los conceptos –definiciones- y los juicios –proposiciones. Criterios doctrinales que permiten a estos juzgadores formular los siguientes razonamientos:

a.- El fundamento del delito habitual lo constituye el hábito del autor con independencia del número de víctimas -varias-

El delito habitual está íntimamente vinculado a una CONDUCTA, un hecho que la legislación penal prohíbe.

La ley no se sanciona la individualidad del caso sino la conducta en su conjunto, la pluralidad de casos.

Por lo tanto, la reiteración -habitualidad- en la actividad usuraria forma parte de la descripción típica; caso contrario desnaturalizamos las premisas legales de este tipo penal complejo

b.- La usura en la clasificación de los delitos es un delito habitual.

Los préstamos usurarios en la legislación penal ecuatoriana son habituales

Luego, al juzgar varios casos, incluye la totalidad de la conducta hasta la fecha de la sentencia o auto definitivo del proceso y la procesada.
La noción de Principios Constitucionales limitan la actuación del Estado como poder sobre los ciudadanos en particular; por ejemplo el Principio de Legalidad constituye auténtica garantía para los sujetos, al momento de someterse a una persecución penal, pues aportan las condiciones de vigencia de la ley penal y que instituye, según Plano Navarrete "El único Principio que, en nuestra cultura jurídica puede proporcionar un fundamento seguro a la administración de justicia"
Cabanellas en su Diccionario define el término "Auto de Sobreseimiento" como "El que hace cesar el procedimiento instruido por no constatar debidamente la existencia del delito o la culpabilidad de los acusados"
Premisas que facultan afirmar que el auto de sobreseimiento se refiere al mismo delito y no a casos concretos como erróneamente el señor fiscal argumentó: "El auto de sobreseimiento definitivo fue por otro hecho, cuidado no es el mismo caso" pues el maestro Cabanellas contradice su afirmación.
El hecho, está relacionado a un fenómeno que es percibido mediante los sentidos, una realidad que existe en el mundo objetivo, al precisar el hecho en materia penal sería un resultado, una conducta dañosa, sujeta a comprobación objetiva; en el mundo de la lógica él es un cuantificador que equivale a todo, de ahí que, el juicio universal: el hombre es racional, se refiere a que todo hombre es racional, el concepto no determina cantidad sino características esenciales de un ser, el cuantificador si.
Con el afán de seguirnos inteligenciando el autor antes referido define al auto definitivo "El que tiene fuerza de sentencia, por decidir la causa o el pleito, aun dictado incidentalmente" El art. 246 del Código de Procedimiento Penal dispone los efectos del sobreseimiento, que en la parte pertinente ordena "El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio y, en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho. El sobreseimiento definitivo del procesado impide que éste en el futuro, pueda volver a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho.
El reconocimiento del Estado de Derechos, da cuenta que en el Ecuador conviven una serie de fuentes de derecho, entre ellas la ley y la jurisprudencia, que en la especie será Comparada, cuya bibliografía electrónica es https: //wikipenal.wikispaces.com/ are licensed under a Creative Commons Attributio Share-Alike 3.0 License que ilustra "Por su parte en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, también cabe descubrir algunas aportaciones interesantes a efectos de clarificar que son los mismo hechos que impiden el bis sancionador. La sentencia del 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroek) considera que la condena con la importación de determinados productos estupefacientes excluye una nueva condena por la exportación de esos mismos productos. En opinión del tribunal de Luxenburgo la expresión "Mismos hechos" se refiere a la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido.
Además en la Jurisprudencia de esta Sala Segunda puede citarse la STS, Nro. 1612/ 2002, de 1 de abril, que precisa que "Se trata de la proscripción de ulterior enjuiciamiento CUANDO EL MISMO HECHO -las mayúsculas son del Organismo- ha sido ya enjuiciado en el primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, o en términos de la tradición jurídica anglosajona, de la prohibición del "doublé jeopardy" Es prohibición se encuentra expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos aunque no es original del Commun Law, sino del derecho Romano, pues su primera proclamación se encuentra en el Curpus Iuris Civilis de Justiniano, que establece "El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen"
Esta vertiente del Principio *"Non bis in ídem"* se funda en la protección de exigencias particulares del libertad y seguridad (tanto jurídica como materiales), del mismo individuo más que en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciamiento propias de la cosa juzgada, que exige una y sólo una resolución definitiva.
Es más, en nuestra Constitución en el art. 76 literal i consagra el Principio *NON BIS IN IDEM* que ordena "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Definitivamente la razón se construye con los conceptos y los juicios y nuevamente acudimos al diccionario de Cabanellas para definir causa penal que es igual a causa criminal. "Juicio seguido ante la jurisdicción penal, para averiguar de los delitos y sus autores, y pronunciar la decisión legal pertinente.

Centrándonos en el delito habitual de usura y del análisis del caso concreto de la presente causa, el mismo es parte del hecho o conducta de la acusada que con fecha noviembre del 2013 el Juez de Garantías Penales ha dicho ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, no ha cometido el delito de usura, ni en este caso ni en otros que se consumaron en el anterior tiempo a la fecha de la ejecución del auto, mismo que la secretaria da cuenta está archivado.

Es cuestionable advertir que las denuncias escritas que presenta fiscalía son de septiembre de 2013, fecha en que los padres y la acusada estaban siendo investigados, qué sucedieron con dichas denuncias si son tres meses antes de que se dicte el auto de sobreseimiento definitivo, pues Fiscalía debería investigar este hecho.

RESOLUCIÓN.- En aplicación de los art. 583 y 584 del Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia, la actividad habitual de la usura de la acusada ya fue investigada y juzgada, y en acatamiento a la seguridad jurídica que rige al Ecuador, del Art 76 literal i, y del art. 11 numeral 3 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 servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, y del art. 246 del C.P.P. al haberse probado que ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, en la acusación de fiscalía sobre usura, existe un auto de sobreseimiento definitivo de la procesada y del proceso, en virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, integrado por los doctores Diana Naula Beltrán, Rubén Hugo Ochos y el Ab. René García Amoroso, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"** confirma la inocencia de la ciudadana ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, ecuatoriana, portadora del número de cédula 0301441382, de 38 años de edad, de estado civil soltera, doctora en jurisprudencia, abogada, domiciliada calle Serrano de la ciudad de Azogues, provincia del Cañar, dispone se levante todas las medidas de orden personal y real. Aplicando lo establecido en el Artículo 309, numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, se considera que la actuación de los doctores Eduardo Flores Idrovo, Fiscal, Aníbal Tamayo y Cristian Salinas, fueron las adecuadas. Déjese copia de esta resolución en los libros del Tribunal. **Hágase saber.**

f) Dra. Diana Naula Beltrán, Presidenta; Dr. Rubén Hugo Ochoa, Juez; Ab. René García Amoroso Juez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Abg. René Esteban García Amoroso

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CAÑAR. TRIBUNAL PRIMERO DE LO PENAL DEL CAÑAR. Azoguez, miércoles 21 de mayo del 2014, las 15h43.

VISTOS: En fecha catorce de mayo del año dos mil catorce, se efectuó la audiencia de juicio en la que se resolvió la situación jurídica de la acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, luego de la deliberación respectiva, con la prueba aportada, este juzgador ha llegado a la certeza que se cumplió con lo establecido en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, determinando la culpabilidad de la acusada como autora del delito tipificado en el artículo 583 del Código Penal y reprimido en el artículo 584 *Ibídem*, según consta en el auto de llamamiento juicio dictado por el señor Juez doctor Paul Bonete Argudo, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Azogues (sic), motivo esta sentencia, según lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l), de la Constitución de la República, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal. **PRIMERO.-** Este Tribunal goza de competencia para la tramitación de la presente causa, amparados en lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, 150, 156 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial y en base al sorteo de legal. **SEGUNDO.-** El proceso es válido, esto en virtud de que no se ha incurrido en ninguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. **TERCERO.-** Teorías del Caso: A) Fiscalía General del Estado indica que: La ciudadana Laura Teresita

Ávila, su familia e hijos conocían a Ana Campoverde de Vivar, a sus padres y hermanos, desde hace muchos años atrás, pues en reiteradas ocasiones ella les facilitó dinero en préstamo para diferentes necesidades que tenían, como para los viajes de sus familiares a los Estados Unidos y se pactaron intereses a los legalmente determinados en nuestro país (sic). Probará que el cinco de diciembre del año dos mil doce, acudió la señora Laura Ávila, al negocio ubicado en la calle Azuay, frente al Banco del Austro, en esta ciudad de Azogues, en donde le solicitó a Ana Lucia Campoverde Vivar la suma de dos mil dólares a un interés del 4% mensual, días después, otro crédito de dos mil dólares y por una necesidad otros dos mil dólares más, los que suman seis mil dólares al 4 % mensual de interés (sic). Indica que demostrará que los intereses son superiores al legal, los mismos que fueron cancelados por algunos meses, incluso se pagó mil quinientos dólares por concepto de intereses, dejándose de pagar los mismos por problemas económicos que atravesó Laura Teresita Avila, quien en el mes de junio del año dos mil trece se acercó nuevamente al negocio de Ana Lucía Campoverde, a fin de "ver su deuda" (sic)**,** para en ese momento luego de hacer las cuentas, le dijo la acusada, que tenía que firmar treinta letras por la suma de cuatrocientos cincuenta y nueve dólares con noventa y cuatro centavos; mismas que firmó Laura Teresita Ávila; al preguntarle a la abogada Campoverde Vivar el porqué de estas letras, dijo que era suma de capital, más intereses no pagados, más una deuda de Diana Isabel Pinos hija de la señora Laura Ávila; por la supuesta compra de joyas. Al hacerse firmar estas treinta letras de cambio, le devolvió la Señorita Anita Campoverde tres letras de los dos mil que se pidieron en el año dos mil doce, además se le devolvió otra letra de cambio por el valor de dos mil trecientos ochenta dólares firmada por la hija de Laura Teresita Ávila, por la supuesta compra de joyas. Señala que probará que se hicieron dos pagos de cuatrocientos cincuenta y nueve dólares y que esas letras fueron devueltas a Laura Ávila. Probará que Diana Isabel Pinos, cuando estaba privada de libertad recibió la visita de Rosana Vivar, quien le amenazó que de no cambiar su versión, de no acusar Ana Campoverde, sus padres irían presos por dos años. El actuar de Anita Campoverde, en los últimos trece años, ha sido habitual cobrando intereses superiores a los establecidos. Además con certificado del Registrador de la Propiedad justificará que sus actividades se ajustan a este ilícito y adquiría bienes sin reportar actividades comerciales lícitas, aun siendo estudiante universitaria adquiría bienes; y a los dos años de graduada adquiere inmuebles de varios cientos de metros. Al año de su graduación demanda a Segundo Latacela por setenta y cinco mil dólares, luego de tramitado el juicio ejecutivo, esta se hace adjudicar el bien. Pese haber adquirido siete inmuebles desde el año dos mil dos, al año dos mil doce, Campoverde manejaba una sola cuenta, sin que se pueda explicar cómo adquiría y remataba bienes. Se demostrará que Anita Campoverde reporta en el S.R.I., los negocios de venta de repuestos, pagando cero dólares por impuesto a la renta, este es otro delito (sic). Además se justificará que las tazas legales a la época del cometimiento eran inferiores a las pactadas por Ana Campoverde con Laura Ávila. Se demostrará que jamás estuvo autorizada para realizar préstamos de ninguna naturaleza. B) Teoría del caso de la defensa de la acusada, quien por medio de su abogado indica que: Probara lo siguiente. 1.- Que Anita Lucia Campoverde Vivar, ya fue acusada anteriormente por la Fiscalía por el mismo delito que motiva este enjuiciamiento, la Fiscalía en el mes de septiembre del año dos mil trece, acusó de ser responsable del delito de usura, esto derivó en juicio signado con el Nº 269-2013. La acusada fue sobreseída definitivamente. Se demostrará que el Juez ante esta acusación de usura, sobreseyó definitivamente al proceso y procesada, que este auto está en firme, que existe cosa juzgada, por consiguiente esta extinguida la acción penal presente (sic). Que el Derecho del Estado a perseguir el hipotético delito de usura por segunda vez, esta extinguido, porque ese es el efecto del auto de sobreseimiento definitivo en firme dictado por el Juez que conoció la causa. Sin perjuicio de esta extinción, manifiesta se está violando el principio *non bis in idem*, que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa. La defensa a fin de precautelar el buen nombre, respondiendo a cargos hipotéticos que por segunda vez formula en su contra, demostrará que su defendida jamás realizó prestamos de carácter usurario a la señora Laura Ávila, ni a persona alguna, que la relación de Anita Lucia Campoverde con la señora Ávila se suscribe en el ámbito profesional del derecho, ya que mi defendida es abogada, especializada en derecho constitucional, y a lo que ha estado dedicada desde el año dos mil tres ejerce libremente su profesión; no está dedicada a préstamos usurarios, como sostiene inmotivadamente la Fiscalía. Demostrará que la acusada ha prestado servicios profesionales a la

supuesta ofendida en varias ocasiones. Que la conducta de ella ha estado ceñida a la Ley, ha sido ejemplar de recto proceder, que su patrimonio, ni es de la cuantía que la Fiscalía presenta como cuantiosa, ha sido adquirido con su trabajo porque además de ejercer su profesión, ella es propietaria de tres establecimientos comerciales, y es como resultado de estos negocios y su libre ejercicio profesional que ha accedido a un patrimonio que no es tan cuantioso como viene sosteniendo la Fiscalía y que aun si lo fuese es lícito. Demostrará que su defendida en la teoría del caso articulada por Fiscalía y sobre todo la denuncia carece de veracidad y es temeraria y maliciosa. **CUARTO.-** Prueba que aportaron las partes: Fiscalía General del Estado, presentó como fundamento a su teoría del caso: A.- Prueba documental: A.1. Letra de Cambio, por el valor de dos mil dólares, suscrita en Azogues, a veinte y ocho de diciembre del dos mil once, con un interés del doce por ciento anual. A.2. Letra de Cambio, por el valor de dos mil trescientos ochenta dólares, suscrita el veinte de agosto del dos mil doce, la parte que regula el interés se encuentra en blanco. A.3. Letra de Cambio, por el valor de cuatrocientos treinta y ocho dólares, suscrita en Azogues, a veinte y cinco de junio del dos mil trece, la parte que regula el interés se encuentra en blanco. A.4. Letra de Cambio, por el valor de dos mil dólares, suscrita en Azogues, a catorce de diciembre del dos mil once, se lee en la parte que regula el interés "legal". A.5. Letra de Cambio, por el valor de dos mil dólares, suscrita en Azogues, a cinco de diciembre del dos mil once, la parte que regula el interés se encuentra en blanco. A.6. Letra de Cambio, por el valor de dos mil dólares, suscrita en Azogues, a veinte y cinco de junio del dos mil trece, con un interés del diez por ciento anual. A.7. Certificado Nº 4250, suscrito por el doctor Oscar Riera Macías, Registrador de la Propiedad y Mercantil del cantón Azogues. A.8. Oficio Nº DPLA-385-2014, suscrito por el ingeniero Francisco Zea Zamora, Gerente del Banco del Austro S.A. Sucursal Azogues. A.8. Copias certificadas de denuncias presentadas de denuncias presentadas en contra de Ana Campoverde Vivar (sic). A.9. Oficio Nº BE-C-017-14, de fecha Cuenca 4 de febrero de 2014, suscrito por José Cobos Romero, Responsable Biblioteca Económica del Banco Central del Ecuador; al cual se adjuntan los valores de la tasa referencial del segmento legal vigente desde el año 2005 al año 2014. A.10. Oficio IRC-2014-1099, Cuenca, de fecha 13 de febrero de 2014, suscrito por el Ecom. Edgar Abad Molina, Intendente Regional de Cuenca, de la Superintendencia de Bancos y Seguros. A.11. Oficio Nº BP-AREC-2014-AM-0405, de fecha Quito, 19 de marzo del 2014, suscrito por Catalina Salazar Mejía. A.12. Oficio de fecha Cuenca, 11 de marzo del 2014, suscrito por Dr. Ernesto Rovalino Peña, Procurador Judicial del Banco del Pacífico S.A. A.13. Oficio Nº CB-BSE -2014-0060, de fecha Biblián, 12 de Marzo del 2014, suscrito por el Ing. Juan Pablo González Bustos, Gerente General de CACPE Biblián Ltda. A.14. Oficio de fecha Azogues, 13 de marzo del 2014, suscrito por Luís Romero Quintuña, Delegado Operativo del Banco Nacional de Fomento Sucursal Azogues. A.15. Oficio Nº 010-C.F.A-GER-2014, de fecha Azogues, 13 de marzo del 2014, suscrito por Dolores Solorzano Gerente General de la Coop. Familia Austral. A.16. Oficio Nº MJDHC-CPLACL-FC-D-005, de fecha Cuenca, 22 de enero del 2014, suscrito por Dra. María Dolores Insch Quintero, Directora del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley-Cuenca Femenino, al cual se adjunta documentación referente a visitas recibidas por las internas. A.17.- Copias certificadas correspondiente a las declaraciones efectuadas desde enero de 2005, hasta 21 de enero realizadas por la contribuyente CAMPOVERDE VIVAR ANITA LUCIA. B.- Prueba Testimonial: B.1.- LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS, depone que le conoce a la señorita Ana Lucia Campoverde Vivar desde hace doce años, sus padres son Francisco Campoverde y Rosana Vivar, le conozco a Ana Campoverde porque les pedimos dinero para que mi esposo, yerno e hijos "viajen", nos prestaba al 4 y al 5 % de intereses mensual, primero nos prestó diez mil dólares, posteriormente diecisiete mil dólares para mis hijos, y trece mil para mí yerno, nunca nos daba las cantidades exactas, porque hacia quedar un poco de plata para arreglar unos papeles. El cinco de diciembre del dos mil once, le pedí dos mil dólares, iba pagando, pero después necesite dos mil dólares más y posteriormente le pedí dos mil dólares más, por lo tanto se hizo seis mil dólares, pagaba mensualmente, a veces se atrasaba, un día le entregué mil quinientos dólares, después le entregué dos mil dólares. Como paso un "caso" con mi hija, que estaba en el centro de rehabilitación (sic), pedí que dé haciendo cuenta cuanto estaba en total de la deuda, para pagarle mensual, esto fue el veinte y cinco de junio del dos mil trece, sacó las letras de dos mil dólares y una

letra de mi hija; que dijo había fiado unas joyas, le contesté que haga cuenta con lo de las joyas ella me dijo que me iba a cobrar con interés, me tocaba pagar cuatrocientos sesenta dólares mensual, firme treinta letras por esa cantidad; pagué dos de esas letras, que me devolvió, exhibidas las mismas por el Fiscal a la testigo reconoce su firma plasmada en las cambiales, algunas de ellas se me devolvió cuando hice los pagos, nunca me presionaron para que vaya a presentar la denuncia en la Fiscalía, lo que sí, es que me aconsejaban. El señor Fiscal exhibe el documento presentado por la defensa que lleva como título declaración, la deponente expresa que sí reconoce ese documento, que lo hizo llenar el doctor Maita, él siempre se iba a mi local a presionarme y que arreglemos para no tener nada que ver y hacer un papel notariado **(sic)**. Cuando hacía estos préstamos me acompañaba mi hija Diana. La otra semana llegó el Dr. Rivas a decir que no me presente a la audiencia, que le iban a dar un viaje, de ahí se fueron a conversar en la Fiscalía a contarle al señor Fiscal lo que paso. Si bien es cierto en algunas letras estoy yo como garante yo me hacía cargo de todo. Yo de los seis mil dólares que me prestó Anita Lucía Campoverde ya le he pagado todo hasta con intereses. El interés del cuatro por ciento no quedó sentado en ningún papel sino solo de palabra. La letra de cambio de mi hija de dos mil tres cientos ochenta me devolvió el día que le dije que de reliquedando toda la deuda (sic) esto capital e intereses, yo pagaba en su local que tenía frente al Banco del Austro, a la señorita Ana, ella no daba recibos. B.2.- DIANA ISABEL PINOS ÁVILA.- Depone que: Laura Teresa Ávila es mi madre, le conozco a Ana Campoverde Vivar desde hace unos doce años, porque es prestamista de dinero, le pedimos dinero para que se fuera mi papá a los Estados Unidos, también pedimos para que se vaya mi esposo y mis hermanos, en algunas ocasiones le hemos pedido mil o dos mil dólares, "para ir a poner mercadería en el almacén de ropa de mi madre" **(sic).** Que para su esposo le prestó trece mil dólares con interés para que viaje a los Estados Unidos, el interés era al 4 o 5 %, no daba el dinero pedido, sino descontaba los papeles que debía arreglar. Le compré a Ana Campoverde una cadena para mi hijo, mi madre se acercado en junio a la señorita Campoverde a decir que esperara para pagar y ella ha dicho que he sacado bastantes joyas, indica haber firmado las letras en blanco, la ciudadana Campoverde ha estado molestando a su marido que pague. Su marido ha mandado el dinero, yo le dije que no era que pague. Que en estos créditos a veces ella era la garante de su madre o su madre de ella. No recuerda exactamente cuándo le pidió los dos mil dólares, pero que fue en el año dos mil once. Cuando le pedíamos dinero y queríamos pagar el capital, ella no quería coger hasta que se cumpla tres meses del préstamo. Cuando nos atrasábamos ella nos cobraba más. Aclara que en el Centro de Rehabilitación en cual estuve recluida llegó la mamá de la acusada, dijo que me van a citar a una audiencia, y que tengo que decir que he cogido las joyas, y si no lo hago mi padre iba a ir preso dos años. El Dr. Rivas dijo que no asistamos a la audiencia, que si se van, su tía no va a recuperar la casa, por eso dije presentemos, porque ese caso de mi tía no tiene nada que ver con este. Los intereses quedaba plasmado en un libro que ella tenía, el interés le pagábamos cada mes. Hay treinta letras que mi mami ha firmado; los prestamos eran al 4% y al 5% si nos atrasábamos. Prueba de la acusada Ana Lucía Campoverde Vivar. C.- Prueba Documental: C.1.- Copia certificada de la declaración de Laura Teresita Ávila Gallegos, con reconocimiento de firma realizada en la Notaria Primera del Cantón Azogues. C.2. Hoja de vida de la acusada con los respectivos respaldos documentales **(sic).** C.3. Registro Único de Contribuyentes perteneciente a la acusada. C.4. Certificados de varios ciudadanos relativos a la conducta de la acusada. C.5. Certificados de antecedentes penales de la acusada. C.6. Certificado del centro de Internamiento de personas Adultas Mujeres en conflicto con la Ley. C.7. Copia certificada del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la procesada dictado por el Juzgado Segundo de Garantías Penales del Cañar. D.-Prueba Testimonial: D.1.- Los ciudadanos LENIN ISRAEL RIVAS ALVARADO, WILSON ROLANDO VÁSQUEZ QUEZADA, FRANKLIN EDUARDO NEIRA PALOMEQUE y NUBE VIOLETA PALACIOS REYES coinciden en señalar que le conocen desde hace muchos años a la acusada, que han tenido contacto con ella por situaciones de trabajo, ya que ella ejercía la profesión de abogada. La conducta de Anita Lucía Campoverde Vivar ha sido muy buena y ejemplar. La acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR depone sin juramento que: egresó en el año dos mil, en el dos mil dos se graduó, desde el año dos mil tres ejerce la profesión, antes de eso colabora con el mandato de sus padres, además soy contadora, jamás ha realizado préstamos usurarios, conoce a la señora

Laura una vez le ayudé en una compra-venta , ella tiene varios bienes, los que arrendaba, yo le ayudé a elaborar los contratos, cuando su hija tuvo un problema de divorcio, le asesoró. Luego estuvo al tanto de la tenencia del hijo y más tarde cuando intentó envenenarle a su hijo. En uno de los escritos la misma señora Laura ha dicho que ha sido presionada. Los bienes tengo por mi trabajo. Sus padres ya fueron juzgados, le vincularon, ellos se acogieron al proceso abreviado, yo no hice porque soy inocente. Las deudas de la señora han sido por servicios profesionales, no le ha hecho firmar nada, El fiscal sabe bien que ejerce su profesión, siempre se han encontrado ejerciendo la profesión. Habido propuestas del Fiscal y el Juez para que se acoja al abreviado, no lo ha hecho porque es inocente, y porque tengo un sobreseimiento definitivo. Confía en el Tribunal, pide se extinga la responsabilidad en base a non bis in ídem, garantía constitucional., se confirme su inocencia. **QUINTO.- CIRCUNSCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL:** El día que se evacuó la diligencia de audiencia de juicio en la que se resolvió la situación jurídica de la acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, el señor representante de la Fiscalía General del Estado, sostuvo acusación en su contra, ya que su conducta la encuadra dentro del tipo penal tipificado y reprimido en los artículos 583 y 584 del Código Penal, dentro de este marco, este juzgador comparte con la tesis de Fiscalía y la considera probada, porque se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad de la ciudadana ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, en el referido delito de Usura; al definir este término el jurista EDGARDO ALBERTO DONNA, en su obra DERECHO PENAL, en la página 718 señala: "El término usura proviene del *latin usus,* vocablo que a su vez viene de uti, y de allí su sentido: uso y útil, uso y utilidad, esto es, el precio por el usus del capital. De manera que en su origen, la palabra usurare "solo significó el interés por el uso de la cosa prestada, sin carga peyorativa como señala Spota". Al realizar estos actos la acusada ha transgredido el derecho reconocido y garantizado en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República, que establece: "El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas." El artículo 66 numeral 29, literal c), *Ibídem* señala: Que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. El artículo 308 de la Constitución de la República en su parte pertinente establece: "… Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura…" El artículo 355 *Ibídem* refiere: "El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos." El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece "1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". Hemos creído conveniente invocar todas estas normas reguladas en el derecho Internacional y en la Constitución, son de tutela e inmediata observancia, por nosotros los jueces; al amparo de lo que establece el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República y el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEXTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA:** El jurista Gil Flores Serrano, en su obra la "La sentencia del Tribunal de Garantías Penales en el actual sistema procesal oral acusatorio"; en la página 23 señala: a) La prueba y su finalidad.- El vocablo "prueba" proviene del latín "probatio, *probationis, probus"*. Lo que nos lleva a la noción de "probar": "acreditar o justificar la autenticidad de algo". El propósito final de "probar" es el logro de un conocimiento cierto de que la cosa comprobada ha sido genuina, consecuentemente, el procedimiento probatorio jurídico es correcto, es conveniente, es indispensable, es bueno. *(probus).* Esta prueba a la que se refiere Gil Flores Serranos debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica, conforme la norma del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal. En la especie se ha cumplido con el mandato de las normas contenidas en los artículos 85 y 250 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que se ha probado la existencia de la infracción –usura- y la responsabilidad de la acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR; acción que se encuentra tipificada en el artículo 583 del Código Penal y señala: "Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias." La palabra estipular quiere decir contratar, en la especie se ha probado que efectivamente LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y

DIANA ISABEL PINOS ÁVILA contrataron, estipularon con ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR un interés mayor que el permitido por la ley; requisito este que establece la tipicidad del artículo 583 del Código Penal, y decimos que se ha probado lo anteriormente señalado, toda vez que, LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y DIANA ISABEL PINOS ÁVILA coinciden en sus testimonios en señalar que estipularon con ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR un interés mayor que el permitido por la ley, 4 % y si había mora en el pago del mismo, le cobrara al 5%, decimos superiores al permitido por la ley, ya que se probó que a la fecha –años 2011 y 2013- de los prestamos el interés regulado como legal por el Banco Central del Ecuador era muy por debajo del 1% anual; constancia de esas estipulaciones constan también en las seis letras de cambio adjuntadas como prueba en la audiencia de juicio. El artículo 584 del Código de Penal regula la sanción para la usura, pero tiene un aditamento como el siguiente: "el que se dedicare a préstamos usurarios". Entendiendo la palabra dedicarse como entregarse a una actividad. Lo que se probó efectivamente con prueba testimonial y documental que ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR se dedicaba a realizar préstamos usurarios. Al respecto el maestro doctor Jorge Zabala Baquerizo en su obra "Delitos contra la Propiedad" Tomo IV, señala en la página 168 : "Es indudable que la palabra "dedicare", usada por el art. 584, sugiere la idea de una actividad que sea mayor de un acto; y mayor de un acto puede ser dos o más. Sin pretender decir la última palabra en este difícil problema, nos atreveríamos a opinar que la suscripción de dos contratos usurarios no nos podría completar la idea de que una persona se "dedique" a la usura; pero si tendría un fundamento racional el que se piense que quien celebra tres o más contratos usurarios está "dedicado" a dicha actividad, aunque su actividad no sea profesional". El tratadista ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE, DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL, en la página 607 señala: "Presupuesto esencial para que pueda cometerse esta actividad delictiva supone la existencia de un <crédito>, un préstamo o si se quiere un mutuo dinerario, en virtud del cual el agente (prestamista) entrega una determinada suma de dinero a un sujeto llamado deudor (prestatario), a cambio de que este último aparte de devolverle el capital prestado en las cuotas convenidas, page también una determinada taza de intereses que se computa sobre el monto del capital. Empero, para que se configure un crédito <usurario>, la tasa de interés convenida debe superar el límite fijado por la Ley". Con este análisis de la adecuación típica de los hechos probados en la especie; hemos de motivar como es que este juzgador arriba al estado de certeza de que se cumplió y por ende se probó los dos presupuestos básicos de todo proceso penal, como son la existencia de la infracción –usura- y la responsabilidad de la acusada. En cuanto a la existencia de la infracción se ha probado la misma con las seis letras de cambio actuadas e incorporadas como en la audiencia de juicio, que dan cuenta que efectivamente hubo la estipulación entre las ciudadanas LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y DIANA ISABEL PINOS ÁVILA con ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, firmando en unas como como deudora directa la ciudadana LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y en otras su hija DIANA ISABEL PINOS ÁVILA y como garante su madre. A más de ello se actuó como prueba documental el Oficio Nº BE-C-017-14, de fecha Cuenca 4 de febrero de 2014, suscrito por José Cobos Romero, Responsable Biblioteca Económica del Banco Central del Ecuador; al cual se adjuntan los valores de la tasa referencial del segmento legal vigente desde el año 2005 al año 2014, con el que se prueba que el interés legal a la fecha de los prestamos esto es en el mes de diciembre del año dos mil once y en el mes de junio del año dos mil trece era del 8.17 % anual; constando en dos de las cambiales antes referidas un interés muy por encima del fijado por el Banco Central del Ecuador. Se probó la existencia del delito de usura también con los testimonios de LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y DIANA ISABEL PINOS ÁVILA, quienes indicaron que en cuanto al interés pactado con la ciudadana ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, por los créditos por ella otorgados a las prenombradas ciudadanas era del 4% mensual y cuando se atrasaban la cuota mensual les cobraba el 5 %, cantidades esta exorbitantes en relación a la tasa de interés legal descrita en líneas precedentes. Que la acusada se dedicare a préstamos usurarios se probó con los documentos en los cuales constan cinco denuncias presentadas en la Fiscalía del cantón Azogues en contra de la ciudadana ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, por el delito Usura, como así se lo puede leer en la parte de la denuncia que dice: Tipo de infracción: Usura. Concatenada a esta prueba tenemos el Certificado Nº 4250, suscrito por el doctor Omar Riera

Macías, Registrador de la Propiedad y Mercantil del Cantón Azogues, en el cual se documenta varías inscripciones de bienes en esta ciudad de Azogues a nombre de la acusada, llama la atención la inscripción Nº 1910 del Registro de la Propiedad con fecha 20 de octubre del 2005, consta inscrita la Adjudicación por remate por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Azogues, el 24 de septiembre del 2004, a favor señorita Dra. ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR **(sic).** "Con el número 72 del Registro de Demandas con fecha 12 de junio de 2013, consta inscrita la demanda mediante providencia por el (la) señor (a) Juzgado Décimo de lo Civil del Cañar, con fecha Azogues, lunes 01 de abril de 2013, las 09H36, dentro del Juicio Ordinario-Nulidad Nº 67-2013, que sigue Elvia Emperatriz Castillos Herrera contra El señor Juez Cuarto de lo Civil de Azogues y Anita Lucía Campoverde, en el que ordena se inscriba la demanda formulada dentro de dicho juicio" (sic); en el cual la actora demanda la Nulidad del proceso en el que la acusada Anita Lucía Campoverde Vivar demandó el pago de SETENTA Y CINCO MIL DÓLARES, más los intereses devengados y los que llegaren a devengarse hasta la total cancelación del crédito, demanda que se la interpuso en contra de Elvia Emperatriz Castillo Herrera conforme consta en la certificación a la que nos hemos referido. Así mismo constan las siguientes inscripciones de varios bienes: Con los números 1182 de fecha 3 de julio del año dos mil uno, con el número 1910, de fecha 20 de octubre del año dos mil cinco, con el número 1273 de fecha siete de agosto del año dos mil seis, con el número 1498, de fecha veinte y ocho de julio del año dos mil ocho y con el número 1390 de fecha quince de julio del año dos mil once. El abogado que actuó en defensa de la acusada en su teoría del caso, formuló como proposición fáctica que probaría que la adquisición de todos estos bienes por parte de su defendida fue con frutos del ejercicio de la profesión de abogacía de su patrocinada y por negocios que ella ha realizado, lo cual no probó, toda vez que como bien sabemos todo persona que ejerce su profesión debe hacer sus declaraciones mensuales en el Servicio de Rentas Internas, según la prueba documental otorgada por el Servicio de Rentas Internas, presentada por el señor Fiscal, se colige que la ciudadana Anita Lucia Campoverde Vivar con número de RUC 0301441382001, se encuentra inscrita en el Registro Único de Contribuyentes desde el quince de septiembre del año dos mil, con la actividad económica VENTA AL POR MENOR DE REPUESTOS, PARTES Y ACCESORIOS PARA VEHÍCULOS; documentando que la acusada declara en CERO los respectivos impuestos. Es más la misma acusada en su testimonio indicó que ella ejerce la profesión desde el año dos mil tres del certificado del Registro de la Propiedad, se establece que adquiere un bien antes que se gradué como abogada y a corto tiempo de graduada adquiere los bienes antes descritos. Llama la atención también que la acusada de la única cuenta que posee en el Banco del Austro no registra inversiones conforme se prueba con el Oficio Nº DPLA-385-2014, suscrito por el ingeniero Francisco Zea Zamora, Gerente del Banco del Austro S.A. Sucursal Azogues y decimos que la acusada posee esa única cuenta, ya que se probó que no posee otras cuentas más en distintas instituciones bancarias, conforme la prueba documental como son: Oficio de fecha Cuenca, 11 de marzo del 2014, suscrito por Dr. Ernesto Rovalino Peña, Procurador Judicial del Banco del Pacifico S.A. Oficio Nº CB-BSE -2014-0060, de fecha Biblián, 12 de marzo del 2014, suscrito por el Ing. Juan Pablo González Bustos, Gerente General de CACPE Biblián Ltda. Oficio de fecha Azogues, 13 de marzo del 2014, suscrito por Luís Romero Quintuña, Delegado Operativo del Banco Nacional de Fomento Sucursal Azogues. Oficio Nº 010-C.F.A-GER-2014, de fecha Azogues, 13 de marzo del 2014, suscrito por Dolores Solórzano Gerente General de la Coop. Familia Austral. Se probó que la acusada no estaba autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguro, para realizar la actividad constante en el literal f) del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el mismo que se refiere a: f) Otorgar préstamos hipotecarios y prendarios, con o sin emisión de títulos, así como, préstamos quirografarios, esto se probó con el Oficio IRC-2014-1099, Cuenca, de fecha 13 de febrero de 2014, suscrito por el Ecom. Edgar Abad Molina, Intendente Regional de Cuenca, de la Superintendencia de Bancos y Seguros. En cuanto a la responsabilidad de la acusada se probó con los testimonio de LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS, quien en su testimonio de manera tajante indicó que le conocía a la acusada a sus padres y que ellos se dedicaban a realizar prestamos de dinero, que es más la acusada les facilitó el dinero para que su esposo, hijos y yerno viajen a los Estados Unidos, que sabía prestar el dinero al 4 o 5 % de interés mensual, que en diciembre del año dos mil once le pidió por tres

ocasiones dos mil dólares, que le prestó al 4 % de interés mensual que ella pagaba puntual, pero en junio del año dos mil trece le pidió a la acusada que de viendo cuanto estaba de su deuda y la acusada le indicó que debía firmar treinta letras por el valor de cuatrocientos sesenta dólares mensual, es más ahí ya sumaba lo que su hija Diana debía por unas joyas y lo que ella debía por capital e interés; demostrándose con este testimonio que incluso la acusada al momento de reliquidar la deuda en el año dos mil trece en el mes de junio concretamente, cobró interés sobre interés. Testimonio que va concatenado con lo manifestado por DIANA ISABEL PINOS ÁVILA quien indicó que le conoció a Ana Campoverde Vivar desde hace unos doce años, porque es prestamista de dinero, le pedimos dinero para que se fuera mi papá a los Estados Unidos, también pedimos para que se vaya mi esposo y mis hermanos, en algunas ocasiones le hemos pedido mil o dos mil dólares, "para ir a poner mercadería en el almacén de ropa de mi madre" **(sic).** Que para su esposo le prestó trece mil dólares con interés para que viaje a los Estados Unidos, el interés era al 4 o 5 %, no daba el dinero pedido, sino descontaba los papeles que debía arreglar. Le compré a Ana Campoverde una cadena para mi hijo. Mi madre se ha acercado en junio a la señorita Campoverde a decir que esperara para pagar y ella ha dicho que he sacado bastantes joyas, indica haber firmado las letras en blanco, la ciudadana Campoverde ha estado molestando a su marido que pague. Su marido ha mandado el dinero, yo le dije que no era que pague. Que en estos créditos a veces ella era la garante de su madre o su madre de ella. No recuerda exactamente cuándo le pidió dos mil dólares, pero que fue en el año dos mil once, que recuerda que firmó letras de cambio. Demostrándose de esta forma que el patrimonio de las dos ciudadanas antes referidas ha sido afectado o disminuido, en beneficio o aumento del patrimonio de la ciudadana acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, al respecto el tratadista EDGARDO ALBERTO DONNA, en su ya citada obra en las páginas 720 y 721, al comentar el delito de usura, señala BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. La propiedad vuelve a ser bien jurídico protegido en este delito; en particular -usura-, el patrimonio del sujeto pasivo en sí. Así, el patrimonio personal de una persona puede verse lesionado por negocios o acuerdos que al ser exagerados o al superar las posibilidades comerciales de su titular, lo perjudiquen a través de una disminución grave. Bacigalupo agrega que además del patrimonio, lo que se protege en el delito de usura es la buena fe en los contratos en el ámbito comercial y la buena fe en el tráfico comercial, especialmente en el ámbito del crédito comercial. Para la doctrina alemana el bien jurídico es la propiedad, ya se lo considere de peligro o que la lesione en concreto. Según Karl Schâfer y Hagen Wolff, el bien jurídico es más amplio. Así, afirman que la usura es un delito de peligro contra la propiedad. En este tipo de delito cambia la propiedad; surge el hecho cuando no solo se afianza lo prometido, sino cuando lo afianzado sobrepasa lo prometido. Es decir, cuando el carácter usurario de lo garantizado, demuestra o es prueba de un cambio en la relación de dicha promesa. Arzt afirma que se trata de la protección de la propiedad unida a la protección de la libertad de la víctima. Es necesario anotar las consideraciones que hace la Corte Constitucional, en la sentencia 216-12-SEP-CC, que señala al delito de Usura como un delito "que cause grave alarma social" dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 del 30 de julio de 2012. Al respecto se debe reestablecer esa conmoción social y lograr una convivencia de los seres humanos llevadera. Como así lo consideran FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN en su obra DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, Pág. 651. La necesidad de la convivencia-condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales supone la protección de esa convivencia, pues solo en ella pueda la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denomina <bienes > y, concretamente, en tanto son objeto de protección del Derecho, <bienes jurídicos>. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud-negados por la muerte y el sufrimiento-. A ello se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. El señor profesional del derecho que actuó en calidad de defensor de la acusada propuso en teoría fáctica a probar

que la acusada ya ha sido juzgada por este delito y que por lo tanto se debe aplicar el principio del *"non bis in ídem"*. Al respecto debemos señalar que desde el punto de vista constitucional tal principio se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal i), se encuentra también normado en el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 246 *Ibídem*. La acusada pretende justificar tal situación, con la copia certificada del sobreseimiento definitivo del proceso y de la procesada Anita Lucía Campoverde Vivar en el proceso penal Nº 2013-269, dictado por el Juez Segundo de Garantías Penales del Cañar, en fecha 25 de noviembre del 2013, las 11H55. Para con esta prueba pedir se declare extinguida la acción penal. Al respecto debemos considerar que los referidos artículos hacen determinan que nadie puede ser procesado más de una vez por un mismo hecho; se hace imprescindible que es lo que este juzgador considera en cuanto a la frase "mismo hecho"; el legislador se refiere al utilizar esta frase a que debe haber identidad objetiva e identidad subjetiva, ¿Qué queremos expresar con esto?. Pues que el nuevo hecho investigado por parte de la Fiscalía General del Estado, es el mismo, es decir debe haber COINCIDENCIA EN LUGAR, TIEMPO Y ESPACIO, y el SUJETO PASIVO DE LA INFRACCIÓN DEBE SER EL MISMO, COMO TAMBIÉN EL SUJETO ACTIVO; en la especie no se puede evidenciar tal situación, toda vez que la noticia *criminis* que impulsó el proceso penal que a decir de la acusada fue sobreseída, es en el sentido que "Mediante Denuncia Parte Policial Informativo, de fecha 05 de septiembre, de 2013, elaborado por el Sgos. de Policía Luis Quizhpi Paucar y Sgtos. de Policía Luis Cevallos Arévalo, dan a conocer lo siguiente: Por medio del presente nos permitimos poner a su conocimiento a Ud. mi TCrnl, que dando cumplimiento a su disposición verbal, que tiene relación al CÓDIGO DE DENUNCIA Nro. 00002537 recibida por el sistema 1800 delito, de fecha 29 de agosto del 2013, remito a esta dependencia en donde disponen que se proceda a realizar las respectivas verificaciones, constataciones y levantamiento de información, referente a un presunto de Usura, en donde se encontraría inmerso el ciudadano FRANCISCO CAMPOVERDE CALLE. Al respecto debemos informar, que los suscritos Agentes, al tener conocimiento de la presente disposición procedimos inmediatamente a tomar contacto con la persona identificado como Juan con quien nos entrevistamos e indicándonos que en meses anteriores había pedido la cantidad de 300 dólares a una señora y pasado transcurrido el tiempo se había acercado hasta su pequeño negocio el ciudadano Francisco Campoverde, quien en una forma amenazante le había manifestado que le cancele los trescientos dólares caso contrario se atenga a las consecuencias retirándose del lugar bajo amenazas, siendo la persona a quién no le había pedido el dinero; ante esta situación no he realizado ninguna denuncia ni acción legal, más bien ha optado en cancelar la cantidad de trescientos dólares y así evitar más problemas, razón esta que llamo a poner en conocimiento a la línea 1800 delito" **(sic).** Luego de haber transcrito el HECHO denunciado en el proceso penal Nº 2013-269, concluimos que no hay identidad objetiva, ni identidad subjetiva con el hecho juzgado en la especie, se trata de distinto sujeto pasivo, de un hecho llevado a cabo en distinto lugar , tiempo y espacio. El hecho por el cual fue sobreseída la acusada Campoverde Vivar se da pocos meses antes de la denuncia, esto es del veinte y nueve de agosto del año dos mil trece, el ofendido en ese hecho es un hombre, que responde al nombre de Juan, la cantidad del préstamo es trecientos dólares. En la especie el hecho que se juzga es cometido en el año dos mil once y dos mil trece, la cantidad de los préstamos es de seis mil dólares, en un inicio y se firma treinta letras de cambio por el valor de tres cientos cincuenta y nueve dólares con noventa y cuatro centavos, las ofendidas son dos mujeres que responden a los nombres de LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS y DIANA ISABEL PINOS ÁVILA; en conclusión es otro hecho muy distinto, con actores diferentes. Al respecto el maestro JORGE ZAVALA BAQUERIZO. En su obra TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I. Págs. 216, 217 señala El principio que estamos examinando marca su especial acento subjetivo tanto en el precepto constitucional como en el precepto legal cuando en ambos se hace uso de la frase "nadie podrá ser juzgado…", o "ninguna persona será procesada, ni penada…", respectivamente, es decir, que para que opere la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada es necesario que haya identidad personal entre el sujeto pasivo del primer proceso, y el sujeto pasivo del segundo proceso, teniendo ambos procesos el mismo objeto, con lo cual se complementa al mandato de los mencionados preceptos, constitucional y legal, en su segunda parte cuando dicen "por la misma causa…" y "por el mismo hecho", en su

orden. Debe haber, pues, una feliz coincidencia entre la persona y el hecho comprendidos en el primer proceso con la persona y el hecho comprendidos en el segundo proceso. Si se da tal coincidencia, el ciudadano tiene derecho a plantear la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada para impedir que se establezca la relación jurídica que daría lugar al segundo proceso; o para extinguir la relación jurídica, si es que el segundo proceso ya se ha iniciado. Pág. 219 El principio *"non bis in ídem*" que analizamos tiene un alcance que, por lo general, no ha sido destacado por los estudiosos, pues, cuando dice que "ninguna persona será procesada, o penada, más de una vez por un mismo hecho", está abarcando no sólo al hecho comprendido en las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, sino también en el caso que estando en trámite un proceso penal, no es posible que se inicie otro por el mismo hecho y contra la misma persona a que se refiere el anterior proceso, esto es, que si alguien está siendo "juzgado" en un proceso penal por una conducta delictuosa, no puede ser sujeto pasivo de otro proceso penal para ser "juzgado" por la misma conducta a la que se refiere el proceso precedente. Esto es, que entra en acción la excepción de *Litis pendentia.* De lo que se concluye que el precepto de nuestro análisis no solo enuncia la prohibición de que alguna persona pueda ser procesada dos veces por un mismo hecho *(non bis in ídem)*, sino también consagra la prohibición de que se duplique el juzgamiento cuando precedente y colateralmente se está desarrollando un proceso por el mismo hecho contra la misma persona *(Litis pendentia)*. El señor abogado de la acusada indicó en su teoría del caso que probará que el sobreseimiento tantas veces referido se encuentra en firme, de la lectura del mismo no se puede colegir que el señor secretario (a) del Juzgado Segundo de Garantías Penales del Cañar, haya sentado razón alguna en el sentido de que el sobreseimiento definitivo del proceso y de la procesada Anita Lucía Campoverde Vivar, haya sido ejecutoriado; por lo tanto quedando claro que a la administración de justicia se trató de sorprender y confundir. **DÉCIMO.- SENTENCIA:** Por lo anotado, este juzgador René Esteban García Amoroso, juez del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"** declara a la ciudadana ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, de nacionalidad ecuatoriana, con número de cédula XX, de estado civil soltera, de profesión abogada, domiciliado en la Calle Serrana del cantón Azogues, autora responsable del delito de Usura, que se encuentra tipificado en el Artículo 583 del Código Penal y reprimido en el artículo 584 *Ibídem*, imponiéndole una pena de UN AÑO SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS CIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, pero en aplicación del artículo 73 del Código Penal, esta pena se atenúa y en acatamiento a la Docimetría Penal se le impone una pena de UN AÑO DE PRISIÓN CORRECCIONAL Y MULTA DE CIENTO SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, ya que se han demostrado las atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del invocado cuerpo legal, esto es con la certificación emitida por el Departamento de Diagnóstico y Evaluación del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Femenino de Cuenca (sic), que establece que la acusada ha tenido una conducta ejemplar y con los testimonios de LENIN ISRAEL RIVAS ALVARADO, WILSON ROLANDO VÁSQUEZ QUEZADA, FRANKLIN EDUARDO NEIRA PALOMEQUE y NUBE VIOLETA PALACIOS REYES respectivamente. De conformidad con el artículo 60 del Código Penal, se le suspenden los derechos de ciudadanía por igual tiempo al de la condena. Se le manda a la acusada a pagar los daños y perjuicios, cuyo montó se determinará por cuerda separada. Aplicando lo establecido en el artículo 309, numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, considera que la actuación del señor Fiscal y los Abogados de la Defensa fueron adecuadas. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Diana Beatriz Naula Beltrán, Presidente; Dr. Sergio Rubén Darío Hugo Ochoa, Juez; Ab. René Esteban García Amoroso, Juez.

APELACIÓN

Juicio No. 2014-0518

Juez Ponente: Dr. Diego Beltrán I.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CAÑAR. SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR.- Azogues, lunes 29 de septiembre del 2014, las 12h35.-

VISTOS: El Primer Tribunal de Garantías Penales del Cañar, en resolución de mayoría, dicta sentencia confirmando el estado de inocencia de la doctora ANA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, en relación al delito por el que se le acusaba, es decir el de usura, por lo que en ejercicio del derecho a la impugnación, el representante de la Fiscalía General del Estado, interpone recurso de apelación respecto a la referida sentencia, el mismo que le es concedido, por lo que para resolver se considera: **PRIMERO: COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL.-** Este Tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, se halla integrado previo sorteo por la doctora María Augusta Rodríguez Romero y por los doctores Mauro Flores González y Diego Beltrán Ibarra, que lo preside como ponente. La competencia de este Tribunal de Apelaciones para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía General del Estado nace por disposición del art. 178 numeral 2 de la Constitución de la República, en virtud del sorteo electrónico practicado en cumplimiento al mandato contenido en el art. 160 numeral 1 y por haber prevenido en el conocimiento de la causa, según lo dispuesto en el artículo 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación al artículo 29 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal.

No se advierte que hayan existido violaciones legales ni constitucionales en la sustanciación de este juicio, razón por la que se declara la validez procesal.-

SEGUNDO: ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN JUDICIAL APELADA

2.1.- Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juicio, sostuvo que aportará la prueba necesaria a fin de determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la acusada, por cuanto la ciudadana Laura Teresita Ávila, conocía a la señorita Campoverde y sus padres, pues en reiteradas ocasiones ella les facilitó dinero en préstamo para diferentes necesidades que tenían, y se pactaron intereses superiores a los legalmente pactados. Que el 5 de diciembre del 2012, acudió al negocio de la señorita Anita Campoverde en la calle Azuay, frente al Banco del Austro, donde le solicitó la suma de USD. 2.000 dólares como préstamos a un interés del 4% mensual. Que días después solicitó otro crédito de USD. 2.000, y por necesidad otros USD. 2.000, los que hacen USD. 6.000 al 4 % de interés mensual. Que los intereses son superiores al legal, los mismos que fueron cancelados por algunos meses, incluso se pagó USD. 1.500 dólares de contado, dejándose de pagar los mismos, por problemas económicos. Que en el mes de junio de 2013 la señora Ávila, se acercó nuevamente a fin de ver su deuda, para en ese momento, Anita Campoverde afirmar que tenía que firmar 30 letras por la suma de $ 459,94 cada una. Que al ser preguntada la Dra. Campoverde por qué estas letras, dijo que era suma de capital más intereses no pagados por una deuda de Diana Isabel Pinos tenía por compra de joyas. Que al hacerse firmar 30 letras de cambio, le devolvió la señorita Anita Campoverde 3 letras de los dos mil que se pidieron en el año 2012, además se le devolvió otra letra de cambio, que hizo referencia a la supuesta compra de las joyas. Que Diana Isabel Pinos hija de Laura Ávila, cuando estaba privada de libertad recibió la visita de Rosa Vivar, quien le amenazó que de no cambiar su versión, sus padres irían presos por dos años. Que el actuar de Anita Campoverde, ha sido habitual cobrando a intereses superiores a los establecidos. Que con el certificado del Registrador de la Propiedad justifica que sus actividades se ajustan a este ilícito y adquiría bienes sin reportar actividades comerciales, aun siendo estudiante universitaria adquiría bienes; y a los dos años de graduada, adquiere inmuebles de cientos de metros cuadrados. Al año de su graduación demanda a Segundo Latacela por USD. 75.000 luego de tramitado el juicio ejecutivo, esta se hace adjudicar el bien. Pese haber adquirido 7 inmuebles desde el 2002 al 2012, Campoverde manejaba una sola cuenta, sin que se pueda explicar cómo adquiría y remataba bienes. Que Anita Campoverde reporta en el SRI, los negocios de venta de repuestos,

pagando 0 dólares por impuesto a la renta. Que jamás estuvo autorizada para realizar préstamos de ninguna naturaleza.

2.2.- La defensa técnica de la Dra. Anita Lucia Campoverde Vivar, sostiene que la fiscalía tiene el *onus probandi,* la carga de la prueba. Que sin embrago de lo anterior, alega que Anita Lucia Campoverde Vivar, ya fue acusada anteriormente por la Fiscalía por el mismo delito que motiva este enjuiciamiento. Que la Fiscalía en el mes de septiembre del 2013 le acusó de ser responsable del delito de usura, es decir estar dedicada a préstamos usurarios, según el art. 584 C.P., luego de las investigaciones pre-procesales y procesales que cumplió la Fiscalía, esto derivó en juicio signado con el Nº 269-2013. Que la acusada fue sobreseída definitivamente, mediante auto está en firme. Que existe cosa juzgada, por consiguiente está extinguida la acción penal. Que el derecho del Estado a perseguir el hipotético delito de usura por segunda vez está extinguido, porque ese es el efecto del auto de sobreseimiento en firme dictado por el Juez que conoció la causa. Que se está violando el principio *non bis idem*, que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa. Que la acusada jamás realizó préstamos de carácter usurario a Laura Ávila ni a persona alguna. Que la relación de ella con la señora Ávila se suscribe en el ámbito profesional del derecho, ya que es especializada en Derecho Constitucional, y a lo que ha estado dedicada desde el año 2003 es ejercer libremente su profesión. Que no está dedicada a préstamos usurarios, como sostiene inmotivadamente la Fiscalía. Que la acusada ha prestado servicios profesionales a la supuesta ofendida en varias ocasiones. Que la conducta de ella ha estado ceñida a la Ley, ha sido ejemplar de recto proceder, que su patrimonio, ni es de la cuantía que la Fiscalía presenta como cuantiosa, y ha sido adquirida con su trabajo porque además de ejercer su profesión, ella es propietaria de tres establecimientos comerciales, y es como resultado de estos negocios y su libre ejercicio profesional que ha accedido a un patrimonio que no es tan cuantioso como viene sosteniendo la Fiscalía y que aun si lo fuese es lícito.-

2.3.- La sentencia de mayoría adoptada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Cañar, confirma el estado de inocencia de la acusada, mientras que en el voto salvado de uno de sus integrantes, se declara su culpabilidad y se le impone la pena modificada de un año de prisión.-

TERCERO: CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Antes de realizar el análisis de lo principal y como cuestión previa, es necesario resolver sobre la admisibilidad del recurso de Apelación interpuesto por Fiscalía General del Estado, por lo que se considera:

3.1.- Conforme determina el artículo 343 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias que declaren la culpabilidad o confirman la inocencia, son apelables.

3.2.- El recurso de Apelación ha sido interpuesto cumpliendo lo establecido en el art. 344 del Código Adjetivo Penal. 3.3.- El derecho a la impugnación está contemplado, garantizado en el artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que establece: Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior…".- La doctrina ha reconocido que una de las garantías de todo proceso penal, para los sujetos procesales, es la de impugnar aquellas decisiones judiciales con las que no estén de acuerdo y consideren que se han afectado sus derechos, por lo que el Tribunal considera admisible el recurso.

CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y ALEGACIONES:

4.1.- El señor Agente Fiscal recurrente, doctor Eduardo Martín Flores Idrovo, fundamenta su recurso en los siguientes términos: Que ha probado en el juicio que la ciudadana Laura Teresa Ávila y su familia conocían a la ciudadana Ana Campoverde Vivar por muchos años pues en reiteradas ocasiones les facilitó dinero en préstamo a intereses superiores a los legalmente establecidos, es decir al 4% mensual. Que ha justificado que el actuar de Ana Campoverde Vivar durante los últimos trece años ha sido habitual en el préstamo de dinero a intereses superiores a los legalmente establecidos, lo que se justifica además con el Certificado conferido por el Registrador de la Propiedad en el que se detalla un sinnúmero de bienes inmuebles que posee la acusada. Que existe prueba documental referente a que la acusada luego de seguir juicios a los deudores, ella misma se encargaba de rematarlos. Que según el Servicio de Rentas Internas, sería la actividad de la acusada la venta al por mayor y menor de repuestos para vehículos, pero que no ha cancelado ni un solo centavo por impuestos. Que la acusada no estaba autorizada para la concesión de créditos de dinero y aun así lo hacía a

un interés superior al 4% mensual, y que según el Banco Central la tasa legal vigente para el año 2011 era del 8.34% anual. Que existe una errónea valoración de la prueba por parte del Tribunal y su voto de mayoría, pues se considera como prueba material a las letras de cambio, sosteniendo que las mismas no cumplen los requisitos legales y dejan de ser prueba material. Que igualmente el Tribunal ha realizado una errónea interpretación de las garantías constitucionales, pues a pretexto de aplicar una garantía constitucional, han descuidado analizar que debían concurrir los elementos de la cosa juzgada como son la identidad objetiva y subjetiva, lo que no existe en el proceso. Que ha justificado con prueba documental y testimonial que la acusada se ha dedicado a realizar préstamos usurarios. Consecuentemente pide se revoque la sentencia de mayoría y se declare la culpabilidad de la acusada.-

4.2.- La defensa técnica de la procesada, sostiene que la doctora Anita Lucía Campoverde ya fue procesada penalmente por la Fiscalía por el mismo delito que motiva este nuevo enjuiciamiento. Que en el mes de septiembre de 2013 se le acusó ser responsable del delito de usura, iniciándose el proceso 269-2013, en donde la acusada fue sobreseída definitivamente. Que existe cosa juzgada y por consiguiente está extinguida la acción penal. Que el derecho del Estado para perseguir el delito de usura presumiblemente cometido por la acusada ya se extinguió por aplicación del principio non bis ídem. Que no ha realizado préstamo usurario a Laura Ávila ni a ninguna otra persona, pues a lo que se dedica es al ejercicio de la profesión de abogada desde el año 2003. Pide que aplicando la Constitución y la Ley se confirme la sentencia del Tribunal de origen.-

QUINTO: PRUEBA DE CARGO APORTADA EN LA AUDIENCIA DE JUICIO.- La Fiscalía General del Estado, como prueba de cargo a fin de justificar tanto la existencia material de la infracción cuanto la responsabilidad de la acusada (nexo causal) ha presentado la siguiente prueba:

5.1.- PRUEBA DOCUMENTAL, consistente en: **1.-** Letras de cambio presuntamente entregadas por la denunciante y ofendida, 2.- Documentación remitida por la Registraduría de la Propiedad del cantón Azogues respecto de los bienes de la acusada, 3.- Documentación remitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros respecto de la acusada, 4.- Documentación de las cuentas bancarias de la acusada, 5.- Documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas respecto de las declaraciones de impuestos de la acusada, 6.- Registro oficial Nro. 756 de 30 de julio del 2012, 7.- Certificación remitida por la Directora del Centro de Internamiento de Mujeres de Cuenca Dra. Dolores Inch, 8.- Documentación remitida por el Banco Central del Ecuador respecto de la tasa de interés legal vigente desde los años 2005 hasta 2014, y 9.- Copias certificadas de denuncias presentadas en el despacho de Fiscalía en contra de Ana Campoverde Vivar.

5.2.- PRUEBA TESTIMONIAL, referente a las declaraciones de:

5.2.1.- LAURA TERESITA ÁVILA GALLEGOS, quien sostiene conocer a la señorita ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, desde hace doce años, a sus padres don Francisco Campoverde y Rosana Vivar, porque solicitaba préstamos de dinero utilizados para los viajes, de su esposo, hijos, y yerno, de 10.000, 17.000 y 13.000 USD en su orden, pactando al 4 y 5% mensual por intereses. Que no siempre les daba las cantidades exactas, porque hacia quedar un poco de plata para arreglar unos papeles. Que el 5 de diciembre de 2011, solicita 2.000 USD, posteriormente 2 préstamos de 2.000 USD cada uno, por lo tanto, suma 6.000 USD, pagaba mensualmente, a veces se atrasaba. Que hizo abonos parciales de 1.500 USD y 2.000 USD. Que su hija Diana fue internada en el Centro Rehabilitación, entonces, deja de pagar la deuda. Que el 25 de junio de 2013, luego de acumular la deuda de capital más intereses, la acusada le devuelve las tres letras de 2.000 USD. Que suscribe 30 letras de cambio, por 460 USD mensual, de la cuales pagó 2, que le devolvieron y que son las que están a la vista. Que ha denunciado la existencia de los préstamos usureros, porque le aconsejaron, y porque sentía iras por el cobro del interés de las joyas. Que durante las épocas de los préstamos, se dedicaba al negocio. Que no ha dado ninguna prenda, ni firmó hipoteca. Que ha firmado letras como deudora y como garante de su hija Diana, sin embargo, ella se hizo cargo de las deudas. Que no acudió a pedir el dinero en un banco o cooperativa porque los miembros de la familia Campoverde eran personas conocidas y siempre le prestaban. Que el Dr. Maita, la buscaba para arreglar la deuda, y la otra semana llegó el Dr. Rivas a decir que no se presente a la audiencia, que le iban a dar un viaje, se fueron a conversar en la fiscalía.

5.2.2.- DIANA ISABEL PINOS ÁVILA, afirma que es hija de Laura Teresita Ávila Gallegos. Que conoce a Anita Lucía Campoverde Vivar, desde

aproximadamente 12 años, porque es prestamista de dinero, quien facilitó en algunas ocasiones para que viaje su padre, dos hermanos y su esposo siendo el último préstamo de 13.000 USD. Que también a veces pedía 1.000 o 2.000 USD para mercadería del almacén de ropa de su progenitora, del interés no está al tanto, pero cree que bordeaba el 4 o 5% mensual. Que no entregaba todo el dinero porque hacía quedar para arreglar unos papeles. Que la acusada tiene un bazar, vende joyas, donde adquirió una cadena para su hijo. Que su madre se acerca a preguntar por la deuda de los 6.000 USD y a solicitar que espere el pago, a lo que la acusada manifiesta, que la deponente ha comprado bastantes joyas y ha firmado las letras en blanco. Que solicitaba préstamos a veces de garante y otras de deudora y además en otras ocasiones lo hacía su mamá. Que en el 2011 o 2012 pidió 2.000 USD, por lo que no entregó prenda, pero firmo letras de cambio. Que una vez le pidió 2000, siendo garante su madre, de los cuales pagaba el interés, y quiso dejar 1.000 USD, como abono, pero ella no cogió porque decía que antes de los tres meses no recibe. Que el interés pactado no consta en las letras de cambio, sino que se anotaba en un cuaderno que llevaba la ahora acusada. Que se entrevistó con la acusada, hace dos o más años para adquirir a crédito joyas para su madre. Que cada mes, si se atrasaba cobraba más. Que mientras permanecía en el centro de internamiento, en la ciudad de Cuenca, llegó la madre de la acusada, y le comunica que van a citar a una audiencia y advierte reconozca la compra de las joyas, amenaza, con prisión para su padre. Los abogados han transado con su progenitora, en un documento, en la notaría. Estos profesionales exigían que no asistiéramos a esta audiencia y amenazaban que su tía no va a recuperar la casa. Que su mamá le contó que firmó 30 letras de 460 USD, las cuales están pendientes. No denunciaron antes de octubre porque ella a veces les sacaba de apuros, así sea con interés.-

SEXTO: PRUEBA DE DESCARGO ACTUADA EN EL JUICIO

A pesar de que la acusada, por imperativo legal, no estaba obligada a probar su inocencia, sin embargo en el ejercicio de su derecho a la defensa, presenta en la audiencia de juicio, la siguiente actuación probatoria:

6.1.- PRUEBA DOCUMENTAL: La prueba documental presentada por la acusada, se refiere a: 1.- Declaración escrita de Laura Teresita Ávila Gallegos; 2.- Hoja de vida de la acusada; 3.- Registro Único de Contribuyentes; 4.- Certificados de diversas personas relativos a la conducta de la acusada, antes de los hechos hipotéticos que motivan este enjuiciamiento penal. 5.- Certificados de antecedentes judiciales; 6.- Certificación del Centro de Internamiento de Personas Adultas Mujeres en Conflicto con la Ley, relativa a la conducta observada por la compareciente durante su internamiento. 7.- Auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la acusada dictado por el Juzgado Segundo de Garantías Penales, el 25 de noviembre del 2013, a las 11h55, dentro del juicio 2013-269.-

6.2.- PRUEBA TESTIMONIAL

6.2.1.- ARQUITECTO LENIN ISRAEL RIVAS ALVARADO, quien sostiene conocer a ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, desde hace veinte años, por la familia. Que ha frecuentado con ella porque trabaja como perito en el Municipio, donde realizaba trámites relacionados a su profesión. Que la acusada tiene por actividad habitual la profesión de abogada, en sus gestiones en el Municipio, y el deponente hacía los levantamientos. Que en estos veinte años, ha demostrado una buena conducta, se ha portado bien, es honorable, ejemplar.

6.2.2.- INGENIERO WILSON ROLANDO VASQUEZ QUEZADA, afirma que conoce a la DRA. ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR desde aproximadamente 8 o 10 años. Que se dedica a ejercer la profesión como abogada, e incluso ella le ha pedido asesoría para división de terrenos. Que la aprecia como una persona honorable, llevable, no conoce que haya tenido problemas con la ley o la justicia.

6.2.3.- INGENIERO FRANKLIN EDUARDO NEIRA PALOMEQUE, asegura conocer a ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR desde hace diez años, por su trabajo en levantamientos topográficos, ya que al legalizar terrenos, ha acudido a su oficina, y sabe que ejerce el derecho en libre ejercicio, quien da demostrado una muy conducta, destaca las cualidades de trabajadora, y digna de confianza.

6.2.4.- INGENIERA NUBE VIOLETA PALACIOS REYES, testifica conocer a la DRA. ANITA CAMPOVERDE, más de veinte y cinco años, porque fueron vecinas desde niñas. Que en los últimos 10 años, se ha dedicado al ejercicio profesional de abogada, ayudándole con el contrato a una empleada doméstica, reiterando que su conducta ha sido intachable, buena amiga, en todo sentido.

6.2.5.- La acusada ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, ejerciendo su derecho a ser escuchada

ante el Tribunal, sostiene que egresó en el año 2000, se graduó en el año 2002, antes de eso colabora en el mandato de sus padres, ya que además es contadora. Que la acusación de usurera, es falsa, conoce a la señora Laura Ávila, ya que le presta asesoría profesional en negocios de compraventas, pues posee varios bienes; en problemas del divorcio y tenencia del hijo de Diana también brindó asesoría; y posteriormente cuando envenena a su hijo. Que la causa de denuncia en su contra ha sido fruto de la recopilación de Fiscalía, ya que su titular provincial llamó a la gente a denunciar. Que en uno de los escritos la misma Laura Ávila ha manifestado que ha sido presionada. Que los bienes que posee son producto de su trabajo. Que sus padres fueron juzgados por el delito de usura, en el que luego la vincularon. Que ellos se acogieron al procedimiento abreviado, al que no se acogió porque se considera inocente. Que las deudas de la denunciante han sido por servicios profesionales.-

SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL INJUSTO PENAL ACUSADO

7.1.- El delito imputado a la acusada, doctora Anita Lucía Campoverde Vivar, es el que se hallaba tipificado en el art. 583 del Código Penal, vigente al momento en que se tramitó esta causa, es decir el delito de usura: "Es usurario el préstamo en el que directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias"; y sancionado en el art. 584 *Ibídem*: "Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que se dedicare a préstamos usurarios".

7.2.- Dentro de este análisis es necesario establecer la definición del concepto de usura, en su sentido gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española reza: "Usura. (Del lat. usura). 1. f. Interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo. 2. f. Este mismo contrato. 3. f. Interés excesivo en un préstamo. 4. f. Ganancia fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuándo es excesivo." La obra Etimología Jurídica, editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la palabra en consulta dice: "Usura, de la palabra culta *usura-ae;* de *usus-us,* de autor y *sufijo-ura,* cualidad o estado `Facultad de usar, uso de un capital prestado, posteriormente significó interés, rédito (que se paga mensualmente por usar un capital prestado); interés excesivo en un préstamo, ganancia, fruto o utilidad-que se saca de una cosa, especialmente cuando es excesivo, que es la nota característica de la usura, por lo que fue condenada por-los, teólogos juristas españoles del siglo XVI". Guillermo Cabanellas, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala que usura, en estricto sentido, es el interés o precio que recibe el mutuante o prestamista por el uso del dinero prestado en el contrato de mutuo o préstamo. El significado más amplio, y casi el predominante, es el sinónimo de excesivo interés, de explotación del necesitado o del ignorante, de precio o rédito exagerado por el dinero anticipado a otro, que debe devolverlo además de abonar tales intereses. Ello se refuerza con lo ilustrado por el Diccionario Jurídico Espasa, del tenor: "Contemplando los preceptos de la Ley de 23 de julio de 1908, Represión de la usura, se puede definir como todo negocio en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su impericia o de lo limitado de sus facultades mentales."

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho define: "Actividad consistente en la prestación de dinero con interés evidentemente superiores al que debería percibirse de acuerdo con las normas de la moral y del derecho."

Con base en las definiciones que anteceden, podemos considerar que la usura constituye la estipulación de intereses excesivos o desproporcionales que establecen una ventaja patrimonial en favor del acreedor por el cobro de un interés superior a las tasas máximas de intereses permitidas.

Con relación a las clases de usura tenemos: Por su función, Cabanellas señala que Escriche expone las principales clases de usura: a). La lucrativa, que se percibe sólo por sacar algún provecho de la cosa prestada; b). La compensatoria, la recibida como indemnización por la pérdida que sufre el prestamista, o de la ganancia de que se le priva por causa del préstamo; y, c) La punitoria, cuando se exige o se impone como pena por la morosidad o tardanza del deudor en satisfacer la deuda.

Por su fuente, igualmente refiere que la usura, por su forma de constitución, se distingue entre la convencional, estipulada por las partes; y la legal, debida en ciertos casos por el derecho o ley. Con lo que encontramos la usura penal, civil y mercantil, así, cuando la usura se da como una explotación del estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena,

y se hace prometer una prestación excesiva de intereses en relación con la cantidad que se entrega, en favor del prestamista. Tal acción se ubica en una conducta punible que afecta un bien jurídicamente tutelado por la legislación penal, en este caso, la propiedad privada, por lo que merece ser castigada como delito al derivar del aprovechamiento de un estado general de necesidad previamente conocido por el prestamista quien lo aprovecha para sí. La sanción de esa conducta es establecida en las normas penales al igual de buscar la reparación del daño. Existe otro camino con el que también se sanciona a la usura, es la vía civil, en el que, cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor; a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés al tipo legal. La acción civil lleva a la reducción de los intereses obtenidos por vicio en la voluntad del deudor.

En materia mercantil, podemos advertir, en una mayor frecuencia, el pacto de intereses convencionales de carácter excesivo, que bajo el auspicio del principio de voluntad de las partes como norma suprema en las convenciones de comercio, se genera un aprovechamiento superior al establecido por la ley para ciertos casos o a los usos comerciales permitidos en el mercado. El concepto de usura en materia mercantil no exige hablar siempre de vicios de la voluntad, como error, violencia, lesión, entre otros, sino a la circunstancia de que una persona, en total capacidad de ejercicio y uso de su autonomía de la voluntad, acuerde con otra un préstamo, aceptando pagar como precio una tasa determinada de interés, que puede ser excesiva.

Con independencia de la existencia de algún vicio en la voluntad de las partes que es propio de la usura civil, es dable considerar que si el pacto de intereses excede la tasa máxima permitida por la ley, se encuentra dicha transacción fuera del ámbito del sistema bancario o financiero, se configura la usura y quien la sufre tiene derecho a ser protegido en contra de esa estipulación. En materia mercantil, la sanción contra los intereses usurarios debe ser la inexigibilidad de su pago, pues no producen acción ante su ilicitud.

Dentro de la problemática jurídica que involucra el flagelo de la usura se menciona un punto importante como lo es el Entorno sociológico de la usura, Cabanellas señala que hoy, en casi todos los países se limita el interés del dinero para impedir la usura; ya declarando la nulidad de los contratos, la ausencia de obligación de cumplirlos por el deudor; ya reforzando esas medidas con imposición de penas, porque no deja de robar al prójimo quien le saca más dinero de lo justo por razón de sus necesidades o ignorancia. Cuando por la ley no se encuentre establecida la tasa de interés, la jurisprudencia restablece en sus verdaderas proporciones la autonomía de la voluntad y declarar sin efecto las obligaciones que por su origen o circunstancias son injustas. La usura ha sido cuestión que ha agitado a la humanidad desde los albores de su organización económica-jurídica, por contraponer la necesidad del que pide salvar una situación, para emprender un negocio o inversión, o buscar mejores condiciones de vida, en contraposición de quien otorga el crédito, que figura como salvado en primer término, pero que al llevar una finalidad de obtener lucro superior al permitido, termina realizando una actividad de explotación patrimonial a su favor.

Por lo general, cuando una persona acude a otra para que le otorgue un crédito, es porque no tiene acceso al sistema financiero o por falta de recursos o requisitos o por falta de tiempo para esperar a que su crédito sea aprobado. Los Bancos evalúan el riesgo de cada operación y se asignan un valor. Por eso es que si no obtienen los estándares de seguridad que exigen, deniegan el crédito ya que a menor garantía, mayor riesgo, y el riesgo tiene un costo demasiado alto, que el sistema financiero y bancario no está dispuesto a asumir. Este costo del riesgo, empero, sí tiene un sector dispuesto a asumirlo. Se trata de los operadores de crédito particulares. Ellos trabajan bajo reglas distintas, siendo sus sistemas de cobranza poco ortodoxos que se sujetan a lo estipulado en los documentos del crédito. Algunos se dedican a este rubro como medio de vida, y otros no. Otros pueden ser simplemente amistades o familiares del prestatario que necesita liquidez para cubrir alguna deuda, para solventare alguna emergencia o para realizar alguna inversión. En esa medida, aun cuando quien adquiera el crédito haya manifestado su acuerdo a la tasa establecida en ejercicio absoluto de su autonomía privada y, particularmente, de su libertad contractual. Lo cierto que el solo hecho de pactar intereses excesivos que sobrepasan los estándares permitidos por la ley se actualiza la usura, aunque hay quienes sostienen que quien acepta contratar bajo estas condiciones se encuentra en estado de necesidad, y que muy probablemente carece de los requisitos que las entidades financieras exigen para otorgar el

préstamo, siendo estas circunstancias aprovechadas por los usureros.

7.3.- La legislación internacional de derechos humanos reprocha la usura, cuando el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 21 establece: "3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.". Constitucionalmente también está prohibida la usura, pues, el segundo inciso del artículo 308 de la Constitución, dispone: "... El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la USURA...". A su vez, el artículo 335 de la misma Carta Fundamental del Estado, regula: "El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, USURA, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos." (énfasis agregado).-

7.4.- Los elementos del tipo de usura, en lo esencial, son: a) Dedicarse a conceder préstamos; y, b) Que tales préstamos sean usurarios, o representen ventajas usurarias. "Dedicarse" implica la ejecución de varios actos cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos. Un préstamo es usurario si por el valor del dinero se cobran intereses superiores a los que permite la ley, regulados a través del Banco Central del Ecuador.-

7.5.- En lo referente al tipo subjetivo, la usura es un delito eminentemente doloso pues, requiere el conocimiento y la voluntad de todos los elementos del tipo objetivo y como lo conceptúa Donna (Derecho Penal, parte especial pág. 730): "… el agente debe conocer la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia por la que atraviesa el sujeto pasivo." Que el sujeto activo debe conocer que en virtud de tal situación va a obtener los resultados que busca y conseguirá realizar alguna de las acciones típicas. "Así el autor se hace dar, se hace prometer o se hace otorgar un interés o una ventaja a raíz de que esa situación se lo permite". Otro elemento subjetivo que señala este autor es que la acción debe haberse realizado a sabiendas, es decir con conocimiento certero del carácter usurario del crédito. Por tanto, "el único dolo posible es el dolo directo".-

7.6.- El delito en estudio, se consuma cuando el acreedor recibe la ventaja desproporcionada o se le entrega el objeto que constituye la seguridad extorsiva o cuando se perfecciona el pacto de la ventaja o de constitución de la garantía de manera que sea ésta ejecutable, pues de otro modo no surge el peligro patrimonial que constituye la razón de ser del delito. (Carlos Creus. Derecho Penal, Parte Especial Tomo I)

7.7.- El bien jurídico protegido durante la vigencia del Código Penal, en esta clase de delitos era la propiedad, aunque como lo hemos mencionado supra incluso los derechos de libertad de las personas, se ven afectados con la actuación dolosa de la acusada.

7.8.- En la causa se ha probado que existe un perjuicio económico en el patrimonio de la víctima, señora LAURA ÁVILA GALLEGOS, quien canceló intereses tanto por el dinero obtenido como crédito, como por la compra de joyas realizada a la acusada, quien además en eventos en que se atrasaba del pago, debía cancelar cantidades aún superiores al 4% mensual de interés, todo por sustentar las ventajas usurarias de la acusada, situación parecida a la denunciada por otros ciudadanos como Mauro Dután Meneces, Rosa Andrea Minchala Guallpa, María Rosario Huiracocha Cazhco, María Dolores Macancela Cadmen, quienes también mantuvieron préstamos con la acusada y luego presentaron denuncia en contra de la doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR.

7.9.- La antijuridicidad desde una perspectiva dualista requiere la confluencia de la fase formal y material, esto es del desvalor de acción y el desvalor de resultado, configurándose en la causa, los dos presupuestos, esto es un juicio negativo sobre el comportamiento de la autora y que viene constituido por la exigencia del dolo o culpa. En la especie se acredita el dolo en el actuar del sujeto activo; y en el juicio negativo sobre la afectación producida al bien jurídico con su comportamiento, en este caso la lesión al patrimonio, lo cual también se ha demostrado con la prueba actuada en el juicio.

7.10.- No existe justificación probatoria alguna que sostenga la teoría del caso presentada por la defensa de que la acusada conocía a la víctima por asuntos eminentemente profesionales fruto del ejercicio de la abogacía, pues ni siquiera ha obtenido el Registro Único de Contribuyentes para dedicarse en forma legal al ejercicio del patrocinio de causas y asesoría legal; por el contrario, la acusada ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción, a sabiendas y buscando el resultado.-

7.11.- En el caso en análisis, Fiscalía General del Estado, en audiencia de juicio ha probado la participación principal y directa de la acusada, doctora

ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, existe certeza de su participación y por ende de su responsabilidad, como autora del delito de usura, con la prueba documental y testimonial analizada ya en esta resolución, que se resumen al hecho de que la acusada prestó determinada suma de dinero a la víctima y además por la venta de unas joyas se le obligó a firmar letras de cambio en las que se incluyó el interés del 4% mensual, siendo canceladas varias de esas "cuotas" y retiradas las letras de cambio, es decir existe un cobro excesivo de interés. Y con la prueba documental y testimonial presentada se ha justificado que el acusado se dedicaba a realizar préstamos usurarios tanto a la misma víctima, como a terceras personas, por lo que en la conducta de la acusada se encuentra presente la habitualidad en la concesión de préstamos con intereses superiores al interés legal.

7.12.- Frente a la alegación de la defensa respecto a la existencia de un auto de sobreseimiento definitivo en favor de la procesada doctora Anita Lucía Campoverde Vivar, es menester realizar un pronunciamiento expreso acerca de la autoridad de la cosa juzgada en materia de usura, pues en el presente caso es esencial para el debido planteamiento y esclarecimiento del problema y para su solución, pues se debe distinguir entre la cosa juzgada material o imperatividad de la sentencia, y la cosa juzgada formal o inmutabilidad, aspectos éstos dos que señalan y resumen los matices y alcance de esa fuerza incontrastable que deriva del fallo definitivo producido en una contienda judicial y permiten, además, diferenciar éstas dos proyecciones en que se traducen la eficacia de la decisión (la eficacia interna y la eficacia externa respectivamente, según expresiones de Carnelutti).

Así como unánimemente se reconoce estas calidades de obligatoriedad y firmeza de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que afirman el acatamiento universal del fallo para asegurar el fin procesal y su indiscutibilidad ulterior, para evitar nuevos juzgamientos y resoluciones entre las mismas personas y sobre la misma materia –*non bis idem*- y prevenir la inestabilidad de las situaciones jurídicas que lograron su definición precisa por el pronunciamiento judicial, la doctrina coincide igualmente en que si bien "como todo hecho jurídico relativo a las partes entre quienes interviene, la sentencia existe y vale respecto de todos, la eficacia refleja de la cosa juzgada puede afectar a terceros jurídicamente interesados, ocasionándoles daño, lo cual obliga a señalar límites a la inmutabilidad del fallo, perjuicio tanto más injusto cuanto que deriva de un proceso en que tales terceros no han intervenido *(res inter alios judicata).*

Es decir, entonces que de los dos elementos de la autoridad de la cosa juzgada, la imperatividad de la sentencia es igual para las partes y para los terceros, la inmutabilidad en cambio, está limitada a las partes.

Dice Carnelutti: "La cosa juzgada es intangible salvo dos casos: que se haya construido sobre el dolo o sobre la falsedad o bien sin la intervención de todos los que pueden ser perjudicados por ello. En una palabra, se trata de un correctivo indispensable del fallo, que en tanto puede necesariamente extenderse (en forma refleja), a quien no fue parte en el juicio, tenga éste el medio de reaccionar contra la posible injusticia del perjuicio que de él se siga".

Pero hay que entender bien (y por esto la importancia de la distinción entre las dos manifestaciones de la autoridad de la cosa juzgada -imperatividad e inmutabilidad- y de la determinación de los alcances de cada una) que si por un lado, es unánimemente reconocida la facultad de terceros jurídicamente interesados para obtener la revisión de un fallo injusto que les perjudica y para cuya expedición no han intervenido, por otro lado mientras la decisión no ha sido modificada en ejercicio de esta facultad, sigue surtiendo su pleno efecto la imperatividad de la sentencia, o sea el contenido de mandato, de imposición que encierra el fallo y que obliga a las partes y a terceros.

El derecho de éstos -los terceros-, por consiguiente, no llega a tocar la imperatividad de la sentencia, en tanto ésta no haya sido legalmente invalidada o modificada; tal derecho afecta solo a la inmutabilidad, se contrae a obtener el nuevo examen del fallo injusto por medio de una opción y de un trámite reglamentados en cada legislación local, como ocurre, entre otros casos, en la "oposición de tercero (la *tierce opposition* en el Derecho francés), que es común en las legislaciones de varios países, acordada generalmente en falta de contradictor, y que permite el reexamen de la decisión, incluso si ésta se ha convertido en firme; o cuando el fallo obedezca a colusión entre las partes, en daño de los acreedores de una de ellas, que da lugar a la "oposición revocatoria", del derecho italiano, y que en el sistema ecuatoriano está regulada por la ley, para el juzgamiento de la colusión.

Pero cuando el tercero jurídicamente interesado no ha provocado ninguna iniciativa judicial para obtener la revisión y reforma o invalidación del

fallo hasta entonces inmutable, o cuando habiendo ejercitado alguna de estas acciones de tercero no se ha llegado a modificar la decisión objeto de la impugnación se mantiene en todo su vigor la fuerza imperativa de la sentencia y obliga a las partes y a los terceros, aun cuando éstos hubiesen sido injustamente perjudicados por la acción refleja del fallo, porque el efecto es universal y sin discrimen; el discrimen, operante frente a la inmutabilidad, no lo es acerca de la imperatividad.

7.13.- Con la necesaria precisión anterior, corresponde analizar si el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y a favor de la procesada dictado por el señor Juez Segundo de Garantías Penales del Cañar, doctor Nelson peñafiel Contreras, puede ser considerado como cosa juzgada y en especial si ese auto afecta jurídicamente la protección que el Estado debe brindar a la víctima Laura Ávila Gallegos, y por el contrario, si al dictarse sentencia de condena se violentan los artículos 76.7 de la Constitución del Ecuador; 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Humanos; 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que en su esencia prescribe que, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluye las garantías básicas, entre ellas que nadie puede ser juzgado más de un vez por la misma causa y materia.

Como lo viene sosteniendo este Tribunal de apelaciones, es necesario diferenciar el *non bis in ídem,* y la cosa juzgada, pues mientras la cosa juzgada se requiere sentencia en firme, en el principio de no juzgar dos veces por los mismos hechos, es necesario que existan dos procesos, así el primero no haya concluido. La cosa juzgada, como considera el jurista José García Falconí "...encuentra su cimiento en la existencia de la certeza del caso concreto; esto es, la ley debe poner fin a los procesos, ya que la inseguridad acerca del valor definitivo de las sentencias, crea la desconfianza en la función estatal de persecución del delito especialmente; pero obviamente, para que proceda la cosa juzgada deben cumplirse con algunos presupuestos, como identidad objetiva y subjetiva y de la causa de pedir, es decir el hecho jurídico reclamado".

Tanto para opere el principio *non bis in ídem,* cuanto la cosa juzgada se requiere fundamentalmente los siguientes presupuestos: a) al menos dos procesos; b) identidad objetiva; c) identidad subjetiva; d) identidad de la causa.

En el caso que nos ocupa, se ha presentado la copia, LA MISMA QUE NO TIENE ASENTADA LA RAZON DE HALLARSE EJECUTORIADA, de un auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor de la doctora Anita Campoverde Vivar, sin embargo en los HECHOS que motivaron el procesamiento que concluyó con el auto en mención, no consta como perjudicada la señora Laura Ávila Gallegos, no existiendo por tanto la concurrencia de los presupuestos necesarios para que prospere la alegación de la defensa.

7.14.- Para concluir el análisis, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 309 tipifica y sanciona al delito de usura en estos términos: "La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En estos casos se ordenará la devolución a la víctima de lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado de manera ilegal.". En conclusión este delito se reproduce en la legislación penal actual, por lo tanto no cabe aplicar ningún principio de favorabilidad en esta causa para que se extinga o modifique la sanción penal.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN EN SENTENCIA:

Por los argumentos que se dejan expuestos en los considerandos anteriores, este Tribunal que integra la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, al haberse justificado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** acepta el recurso de apelación interpuesto Fiscalía General del Estado por intermedio del señor Agente Fiscal, doctor Martín Flores Idrovo, consecuentemente se REVOCA la sentencia de mayoría recurrida, y se declara que la doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, abogada de profesión,

portadora de la cédula de ciudadanía número: XX, domiciliada en esta ciudad de Azogues, con frente a la calle Serrano, es autora responsable del delito de usura tipificado en el artículo 583 del Código Penal vigente al momento de la comisión del ilícito y reprimido en el artículo 584 *ibídem*, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional, sin embargo en razón a la atenuantes justificadas durante el juicio, se modifica la pena y se le impone la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, que la sentenciada cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Femenino de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De igual forma se le impone la sanción pecuniaria de dieciséis dólares de los Estados Unidos de América. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República y lo señalado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, se impone la obligación a la doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito cometido, lo que será perseguido en forma independiente por no contarse con elementos necesarios para su cálculo en esta instancia; resolución de mérito adoptada sobre el objeto del recurso; quedando así resueltos el recurso apelación puesto en nuestro conocimiento. Con el ejecutorial remítase el expediente al Tribunal de origen, para los fines de ley. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Diego Beltran I., Juez Provincial; Dr. Mauro Flores G., Juez Provincial; María Rodríguez, Jueza Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1723-2014 VR

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, Distrito Metropolitano, 26 de mayo 2015, las 08h00.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Primero de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en sentencia de mayoría de 21 de mayo de 2014, las 15h43, ratificó el estado de inocencia de la ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar, quien fue acusada por el cometimiento de usura, delito tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal.

1.2.- La Fiscalía interpuso recurso de apelación. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en sentencia de 29 de septiembre de 2014, las 12h35, aceptó el recurso de apelación, revocó la sentencia subida en grado, y declaró a la procesada como responsable en el grado de autora del delito referido, y le impuso pena privativa de libertad de seis meses de prisión correccional, sanción pecuniaria de multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y el pago de daños y perjuicios.

1.3-. La sentenciada interpuso recurso de casación.

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Casación, integrado por la doctora Silvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional, y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, avocó conocimiento de la causa en providencia de 07 de abril de 2015, las 09h00.

En la audiencia oral, pública y de contradictorio, intervinieron: la doctora Silvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, por licencia concedida al doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional. No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de la Juez ni los Jueces que lo integramos.

3.- DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha iniciado el procesamiento, corresponde aplicar al recurso de casación las reglas vigentes a tal tiempo, esto es 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, en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial nro. 180, de 10 de febrero de 2014; por lo que se ha fundamentado el recurso en audiencia oral, pública y de contradictorio.

Vigente en su totalidad el Código Orgánico Integral Penal[1], desde el 10 de agosto de 2014, respecto de la tipificación y la punición del acto, encontramos que no contiene una norma benigna que deba aplicarse con efecto retroactivo en favor de la procesada:

Código Penal	Código Orgánico Integral Penal
Art. 583. Es usuario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias. **Art. 584.** Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usurarios.	**Art. 309. Usura.** La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. En estos casos se ordenará la devolución a la víctima de lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado de manera ilegal.

Por lo tanto, no cabe aplicar, los artículos 5.2, 16.2 y 17 del Código Orgánico Integral Penal, que dicen:

> **"Art. 5. Principios procesales.** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:
> [...]
> 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas 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
> [...]"
>
> **"Art.16. Ámbito temporal de aplicación.** Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:
> [...]
> 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.
> [...]"
>
> **"Art.17. Ámbito material de la ley penal.** Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia."

Se declara válido lo actuado por este Tribunal.

4.- LOS HECHOS QUE CONOCIÓ EL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Conforme consta en la sentencia de apelación, la Fiscalía expuso:

> "CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y ALEGACIONES: 4.1. El señor Agente Fiscal recurrente, doctor Eduardo Martín Flores Idrovo, fundamenta su recurso en los siguientes términos: Que ha probado en el juicio que la ciudadana Laura Teresa Ávila y su familia conocían a la ciudadana Ana Campoverde Vivar por muchos años pues en reiteradas ocasiones les facilitó dinero en préstamo a intereses superiores a los legalmente establecidos, es decir al 4% mensual. Que ha justificado que el actuar de Ana Campoverde Vivar durante los últimos trece años ha sido habitual en el préstamo de dinero a intereses superiores a los legalmente establecidos, lo que se justifica además con el Certificado conferido por el Registrador de la Propiedad en el que se detalla un sinnúmero de bienes inmuebles que posee la acusada. Que existe prueba documental referente a que la acusada luego de seguir juicios a los deudores, ella misma se encargaba de rematarlos. Que según el Servicio de Rentas Internas, sería la actividad de la acusada la venta al por mayor y menor de repuestos para vehículos, pero que no ha cancelado ni un solo centavo por impuestos. Que la acusada no estaba autorizada para la concesión de créditos de dinero y aún así lo hacía un interés superior al 4% mensual, y que según el Banco Central la tasa legal vigente para el año 2011 era del 8,34% anual. Que existe

[1] Suplemento del Registro Oficial nro. 180 de 10 de febrero de 2014.

una errónea valoración de la prueba por parte del Tribunal y su voto de mayoría, pues se considera como prueba material a las letras de cambio, sosteniendo que las mismas no cumplen los requisitos legales y dejan de ser prueba material. Que igualmente el Tribunal ha realizado una errónea interpretación de las garantías constitucionales, pues a pretexto de aplicar una garantía constitucional, han descuidado analizar que debían concurrir los elementos de la cosa juzgada como son la identidad objetiva y subjetiva, lo que no existe en el proceso. Que ha justificado con prueba documental y testimonial que la acusada se ha dedicado a realizar préstamos usurarios. Consecuentemente pide se revoque la sentencia de mayoría y se declare la culpabilidad de la acusada." [sic]

La Corte de Apelaciones luego de analizar la prueba, como es su facultad, en decisión de mayoría, concluyó:

"SÉPTIMO: RESOLUCIÓN EN SENTENCIA: Por los argumentos que se dejan expuestos en los considerandos anteriores, este Tribunal que integra la Sala única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, al haberse justificado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta el recurso de apelación interpuesto Fiscalía General del Estado por intermedio del señor Agente Fiscal doctor Martín Flores Idrovo, consecuentemente se REVOCA la sentencia de mayoría recurrida, y se declara que la doctora ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, abogada de profesión, portadora de la cédula de ciudadanía número: XX, domiciliada en esta ciudad de Azogues, con frente a la calle Serrano, es autora responsable del delito de usura tipificado en el artículo 583 del Código Penal vigente al momento de la comisión del ilícito y reprimido en el artículo 584 *ibídem*, imponiéndole la apena de un año de prisión correccional, sin embargo en razón a las atenuantes justificadas durante el juicio, se modifica la pena y se le impone la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, que la sentenciada cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Femenino de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De igual forma se le impone la sanción pecuniaria de dieciséis dólares de los Estados Unidos de América. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República y lo señalado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, se impone la obligación a la doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito cometido, lo que será perseguido en forma independiente por no contarse con elementos necesarios para su cálculo en esta instancia; resolución de mérito adoptada sobre el objeto del recurso; quedando así resueltos el recurso apelación puesto en nuestro conocimiento. Con el ejecutorial remítase el expediente al Tribunal de origen, para los fines de ley. NOTÍQUESE Y CÚMPLASE [sic]

5. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

5.1 El doctor Modesto Aníbal Tamayo, por la defensa técnica de la ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar, solicitó que se declare la extinción de la acción penal, y, de manera subsidiaria, se acepte su recurso de casación se ratifique el estado de inocencia de su defendida, por los siguientes argumentos:

i. La Fiscalía la acusó como responsable del delito de usura en la descripción típica de los artículos 583 y 584 del Código Penal. El Tribunal de Juicio ratificó su estado de inocencia, en aplicación del principio non bis in ídem, ya que se presentó un auto de sobreseimiento definitivo que se había dictado por ese mismo Tribunal, en otro juicio lo que fue suficiente para el fallo absolutorio.

ii. La Corte de Apelaciones, acogió el recurso interpuesto por la Fiscalía, revocó la sentencia de primer nivel, y condenó a su defendida a la pena de seis meses de prisión correccional como autora del delito de usura; por cuanto no prestó validez al auto de sobreseimiento, diciendo que en el primer proceso la noticia criminis llegó por el 1800-DELITO, mientras en este caso, por una denuncia en persona a través de la Fiscalía.

Para juzgar un hecho presuntamente punible, se instruye un solo proceso, nunca se puede instruir un segundo proceso para juzgar la misma conducta, a cada infracción le corresponde un solo proceso, lo contrario es contravenir de forma flagrante el derecho del imputado a que se respete el principio non bis in ídem.

Su defendida ya fue procesada por presunto delito de usura y la justicia dictó auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la procesada, por tanto era obligación de los juzgadores, declarar la extinción del ejercicio de la acción penal, en aplicación de los artículos 76.7.i) de la Constitución de la República, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 5 y 246.2.3 del Código de Procedimiento Penal, que prohíben la persecución múltiple.

Debe tomarse en cuenta que la Constitución en el artículo 11.3 establece que los derechos y garantías son de aplicación directa por cualquier juez, sin que sea permitido alegarse falta de ley para el desconocimiento de los derechos reconocidos. "En un manual del doctor Vicente Robalino donde presenta 200 proyectos, para ilustración de hombres de derecho, presenta un modelo de cómo deben los sujetos procesales alegar el *non vis in ídem* y solicita la extinción penal".

iii. La actividad habitual de su defendida, desde hace doce años es de abogada en libre ejercicio. Para que se configure el tipo penal de usura en la descripción de los artículos 583 y 584 del Código Penal, es necesario que se compruebe, la realización de préstamos usurarios, el delito de usura es un delito actividad donde la habitualidad es elemento consustancial del tipo, sin no hay habitualidad, no hay delito, pero si sanción de carácter civil. Actualmente el Código Orgánico Integral Penal, ya no contempla como elemento del tipo penal la habitualidad.

iv. Examinada la sentencia, "no hay ninguna comprobación de que la doctora Anita Lucía Campoverde Vivar, haya realizado el préstamo la proposición fáctica es que de diciembre del 2011 mi defendida le habría prestado a la denunciante dinero a un 4% de interés mensual, de eso no existe ninguna prueba que lleve con certeza a la convicción de que se haya concedido ese préstamo".

El acápite cuarto de la sentencia recurrida, reproduce fragmentos de las alegaciones realizadas en la audiencia de apelación de la Fiscalía y de la procesada, sin ningún examen crítico de las mismas. En los acápites quinto y sexto hace una mera enunciación de los medios probatorios. En el acápite séptimo, transcribe algunas normas constitucionales relacionadas con la usura y sin ninguna motivación llega a las conclusiones de que en la causa se ha comprobado que existe un perjuicio económico; y, en el numeral 7.11 como conclusión, dice que la Fiscalía General del Estado ha probado la participación criminal y directa de la acusada y por ende de su responsabilidad.

En la sentencia se menciona que la Fiscalía presentó cinco formularios de letras de cambio en blanco, según el Código de Comercio no tienen validez, las letras de cambio no contienen rasgo alguno que permita determinar el nexo causal con su defendida, no se probó que hayan sido utilizados para dar préstamos; únicamente los testimonios de la ofendida y su hija se han tomado en cuenta para establecer la materialidad de la infracción. Los formularios no constituyen prueba de ninguna infracción, y los testimonios no pudieron ser tomados en cuenta por disposición expresa del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal.

v. La sentencia es ilegal, "pues de su sola lectura fluye la desvinculación al rigorismo de la prueba, que es ineficaz, inepta", y en consecuencia ilegal para condenar a su defendida, lo único que se alude como sustento del fallo son los testimonios de la presunta ofendida, su hija y los formularios de letra de cambio, estos elementos no alcanzan ni siquiera el valor de indicios, y mucho menos de carácter de múltiples, como exigen la ley, para de allí poder establecer presunciones. No se aplica la sana crítica, por el contrario, sin ningún razonamiento lógico ni motivación, la Sala de Apelaciones desestima la prueba de descargo introducida en la audiencia de juicio. No se presta valor ni eficacia al testimonio de su defendido, a despecho de lo que dice el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

Las personas procesadas están amparadas por el principio de inocencia, por lo que la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, pero en salvaguarda de sus derechos, la procesada presentó

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pruebas de descargo, entre ellas una declaración jurada de la ofendida, en donde manifiesta que la denuncia la presentó, por presión del abogado asesor de la compareciente, que influenció los términos en los que se redactó la denuncia y ella se ratificó en su contenido; sin embargo la Sala de Apelaciones ni siquiera alude a esta declaración, por eso se ha abusado de la sana crítica.

vi. "En el hipotético caso que se hubiere prueba suficiente, no se constituye el delito penal, pues se requiere habitualidad en la reiteración de la conducta, deviene entonces que el juicio conclusivo no podía ser de condena". Si la Sala consideró que no había mérito para declarar extinguida la acción penal, debía confirmar el estado de inocencia de su defendida y no lo hizo así, lo que ha hecho es declararle culpable de un delito inexistente, infringiendo el artículo 76.7.l) de la Constitución a la par de los artículos 304.1, 306 inciso primero, 312, inciso primero, y 345 inciso tercero del Código de Procedimiento Penal.

vii. Hay violación manifiesta de los principios constitucionales de inocencia y de *in dubio pro reo,* consagrados en los artículos 76.2 de la Constitución, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como resultado de la trasgresión de estas normas, se violó flagrantemente los artículos 583 y 584 del Código Penal, por falsa aplicación, al condenar a su defendida.

5.2. La Fiscalía, respondió:

i. El recurso de casación es un recurso extraordinario que debe ceñirse a las causales contenidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para corregir errores de derecho en que hubiere incurrido el juzgador de instancia en la sentencia.

ii. La sentencia pronunciada por la Sala de Apelaciones, revoca la sentencia de mayoría del Tribunal de Juicio, porque hubo un voto salvado acusatorio, y declaró a la procesada autora del delito de usura, tipificado y sancionado por los artículo 583 y 584 del Código Penal, por lo que le impuso pena de 6 meses de prisión correccional tomando en cuenta circunstancias atenuantes.

iii. De la prueba analizada y valorada por el juzgador de instancia aparece que existe el delito de usura, han comparecido varios denunciantes, conforme el numeral 7.8 de la sentencia, la procesada realizaba préstamos a varias personas, no solo a la denunciante.

iv. "Se ha indicado que existe una indebida aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal, se ha manifestado que existe un caso de non bis in ídem, por un auto de sobreseimiento, eso ya fue analizado en la sentencia de la Corte Provincial, y dice que efectivamente no consta la identidad de Laura Teresita, la denunciante, en ese sobreseimiento, por tanto no se refiere al mismo caso, por lo mismo, no procede aplicar tal petición".

v. El recurso de casación no es un medio para la revalorización de la prueba, pues se ha hecho argumentación sobre la prueba que ya fue valorada por el juzgador de instancia, y la revalorización la prohíbe el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

vi. "Se ha indicado que la sentencia carece de motivación, las cuestiones de hecho y de derecho se encuentran en el considerando séptimo, se hace un análisis de qué se trata este delito de usura, se enuncian los elementos que se encuentran plenamente establecidos en la audiencia de juzgamiento, establece que existió el préstamo de dineros, a más de a la víctima a otras personas y que se hacía con el cobro de intereses ilegales del 4% mensual, siendo el interés fijado por el Banco Central era del 8% anual, por lo tanto existió el cometimiento del delito de usura, conforme aparece de la materialidad de la infracción en este mismo numeral; existe la suscripción de 30 letras de cambio como cobro de intereses, que ha calificado el juzgador de instancia como ilegales, y existe certificaciones del SRI de que se ha declarado cero impuestos, sin embargo, la señorita procesada aparece adquiriendo siete inmuebles, ha seguido un juicio ejecutivo por 70.000 dólares, estas pruebas fueron consideradas por el juzgador de instancia con las que estableció que existe infracción y la responsabilidad de la procesada".

vii. "Se ha indicado que se ha violentado los artículos 88 y 87 del Código de Procedimiento Penal, que refiere a la prueba, la prueba no es motivo de revalorización, el artículo 140 y 143 del Código de Procedimiento Penal refieren a los testimonios del agraviado y de la procesada, igualmente el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la sana crítica, el juzgador de instancia hace el análisis pertinente de las pruebas que fueron valoradas, se ha traído a colación el principio de pro reo, que es favorable cundo no existan

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pruebas, el juzgador ha considerado todas las pruebas".

viii. "Se indica que existe un error de derecho, el error de derecho existe cuando no se comprobare la correcta aplicación de la norma, lo que se encuentra plenamente justificado en la sentencia, por lo tanto no existe error de derecho en la sentencia".

ix. Respecto a la falsa aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal, de las pruebas que fueron valoradas se encuentra con certeza la existencia de la infracción y la responsabilidad de la procesada.

Por lo que solicita se rechace el recurso planteado. Agrega que en el Código Orgánico Integral Penal, el delito de usura está sancionado con una pena mayor.

5.3. En réplica, la defensa técnica de la recurrente insistió en su pedido inicial y agregó:

i. Fiscalía no ha sustentado su oposición sino en una mera lectura de los contenidos parciales de la sentencia, no ha presentado fundamentos técnicos jurídicos que se contrapongan a la defensa exhibida, inclusive cuando ha releído la sentencia lo que no ha hecho es dar lectura de lo que dice la propia sentencia recurrida a propósito de la ejecutoria del auto de sobreseimiento.

ii. *"El non bis in ídem* no espera que una sentencia este ejecutoriada, eso deviene en cosa juzgada, el *non bis in ídem* es más amplio, basta que se demuestre que ha sido procesada por la misma causa y materia para que sea aplicable y se declare la extinción penal".

iii. La Sala agrega, que los hechos que motivaron el proceso del auto en mención, no consta como perjudicada la señora Laura Ávila, bajo ese argumento la Sala desmerece el valor y eficacia legal del auto de sobreseimiento.

iv. Si la señora Laura Ávila ha sido o no víctima de un presunto delito de usura, lo que le queda es solicitar la correspondiente acción de daños y perjuicios.

v. La sentencia es contradictoria porque por un lado dice que se ha probado el daño económico sufrido por la denunciante, y en la parte resolutiva dice que no manda a cuantificar daños y perjuicios porque no hubo prueba de aquello.

5.4. La ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar, no ejerció su derecho a la defensa material.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1. Sobre la naturaleza del recurso de casación:

6.1.1. 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, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derecho a la vida, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, a la propiedad, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a 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.

6.1.2. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición[2] en varias de sus sentencias, definió o que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:

i) "[...] 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

[2] Como intérprete única de la Constitución actual y vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos. Según sentencias:
"[...] 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,

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."[3]

ii) 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 [...][4].

iii) 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 [...]"[5]. 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 [...]"[6].

6.1.3.-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 monofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio[7].

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[8].

En sentencia nro. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso nro. 0981-11-EP, la misma Corte, indició:

"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, iusconstitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación o interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio *(ius litigatoris)* cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[3] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[4] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.
[5] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.
[6] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.
[7] 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: (?) "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".
[8] 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".

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' [...]

6.1.4.- La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia nro. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso nro. 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 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 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 la sentencia sea llevada a conocimiento de la Fiscalía y del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes.

Este criterio lo ha ratificado la Corte Constitucional en la sentencia nro. 008-13-SEP-CC, caso nro. 0545-12EP, de 2 de abril de 2013.

Este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias.

7.- SOBRE LA MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

En lo principal, este Tribunal de Casación considera que los cargos que ha expuesto la recurrente en contra de la sentencia, se fundamentan en dos puntos:

a) La trasgresión al principio del *non bis in ídem*, reconocido en los artículos 76.7.i) de la Constitución de la República; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, por tanto, violación de los artículos 5 y 246 del Código de Procedimiento Penal;
b) Falta de motivación en la sentencia por cuanto no existe prueba suficiente para condenar a la persona procesada, lo que constituye violación a los artículos 76.7 l) de la Constitución de la República del Ecuador; 304-A, 306,312 y 345 del Código de Procedimiento Penal.

La defensa técnica de la recurrente no se ha referido expresamente a ninguna de las causales de casación establecidas en el artículo 349 del Código Penal, sin embargo su posición merece respuesta.

8.- REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Los temas que deben tomarse en cuenta, para la resolución de este caso, versan sobre:

a. El principio *non bis in ídem.*
b. El delito de usura desde la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.
c. La prohibición del Tribunal de Casación para la valoración de prueba.

d. Motivación de las resoluciones judiciales.
e. La obligación del Estado, y del Tribunal de Casación, como órgano de administración de justicia, de tomar en cuenta los elementos sociales del caso y el derecho a la víctima a la reparación integral.

8.1. El principio *non bis in ídem.*

La defensa técnica de la recurrente, en la fundamentación del recurso planteado, expresó que en la presente causa existe trasgresión al principio non bis in ídem, pues se ha juzgado a su defendida pese a existir un auto de sobreseimiento definitivo del proceso y la procesada, por el mismo delito.

Las normas constitucionales y convencionales[9] que refieren al tema alegado, son:

a. La Constitución de la República del Ecuador.
"Art.76. En todo proceso en el que se determine 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:
i) 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.
[...]"
b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"Artículo 8. Garantías Judiciales
[...]
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
[...]"
c. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

"Artículo 14
[...]
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

De las normas citadas, se desprende que el *non bis in ídem* es un principio jurídico, y además, una garantía judicial, que permite el efectivo respeto de los derechos a la seguridad jurídica, al debido proceso y a la defensa.

Se desprenden, también, los tres elementos que requiere la garantía del non bis in ídem para ser aplicada: i) identidad de los hechos motivo del proceso; ii) identidad en la materia del proceso; y, iii) identidad de los sujetos que intervienen en el proceso.

Si dos procesos distintos no refieren a los mismos hechos, es evidente que no se afecta a esta garantía. Por lo que, para que se alegue vulneración al *non bis in idem,* es indispensable pero no suficiente, que existan dos procesos distintos que refieran a los mismos hechos.

Considerando que los mismos hechos pueden producir efectos jurídicos en ámbitos de distintas materias, por ejemplo, civil, penal, administrativo, laboral, tributario, para las que existen normas distintas y determinadas, y para las que el Código Orgánico de la Función Judicial ha asignado competencias exclusivas a distintos jueces, es lógico que las resoluciones de dichos jueces, con fundamento en normas distintas y determinadas para cada materia, son de naturaleza distinta. Por tanto, para que exista vulneración de la garantía del *non bis in ídem,* es indispensable pero no suficiente, que existan dos procesos distintos, que refieran a los mismos hechos y que correspondan a la misma materia.

Ahora, dos procesos que refieran a los mismos hechos y que corresponda a la misma materia, pueden involucrar a diferentes sujetos procesales, que dependiendo de su relación con los hechos objeto de los procesos, se producen diferentes circunstancias que deben ser valoradas por el juzgador y que merecen decisiones distintas, con efectos jurídicos distintos; si existen dos procesos distintos sobre los mismos hechos, en la misma materia, pero sujetos distintos, no se vulnera la garantía del *non bis in idem.* Para alegar que se ha vulnerado esta garantía, es indispensable pero no suficiente, que existan dos procesos distintos, con los mismos sujetos.

De las circunstancias revisadas se concluye que existe vulneración a la garantía del non bis in ídem, solamente si se reúnen simultáneamente los

[9] De conformidad con los artículos 11.3, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, el ordenamiento jurídico nacional debe ser entendido desde la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

requisitos de identidad en los hechos motivo del proceso, identidad en la materia, e identidad en los sujetos que intervienen en el proceso.

De todo lo anotado también se desprende que la garantía del *non bis in ídem* no exige que exista una decisión judicial ejecutoriada respecto de uno de los procesos, en este sentido es más amplia que la cosa juzgada.

El Tribunal considera necesario establecer que en materia penal el elemento de identidad en los sujetos que intervienen en el proceso refiere a los sujetos procesales establecidos en el Título III, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal; y, en el artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal.

En el caso que nos ocupa, en la sentencia de la Corte de Apelaciones, consta:

> "CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y ALEGACIONES:
> [...]
> 4.2. La defensa técnica de la procesada, sostiene que la doctora Anita Lucía Campoverde ya fue procesada penalmente por la Fiscalía por el mismo delito que motiva este nuevo enjuiciamiento. Que en el mes de septiembre de 2013 se le acusó ser responsable del delito de usura, iniciándose el proceso 269-2013, en donde la acusada fue sobreseída definitivamente. Que existe cosa juzgada y por consiguiente está extinguida la acción penal. Que el derecho del Estado para perseguir el delito de usura presumiblemente cometido por la acusada ya se extinguió por aplicación del principio *non bis ídem.* Que no ha realizado préstamo usurario a Laura Ávila ni a ninguna otra persona, pues a lo que se dedica es al ejercicio de la profesión de abogada desde el año 2003, Pide que aplicando la Constitución y la ley se confirme la sentencia del tribunal de origen.
> [...]
> 7.13. Con la necesaria precisión anterior, corresponde analizar si el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y a favor de la procesada dictado por el señor Juez Segundo de Garantías Penales del Cañar, doctor Nelson Peñafiel Contreras, puede ser considerado como cosa juzgada y en especial si ese auto afecta jurídicamente la protección que el Estado debe brindar a la víctima Laura Ávila Gallegos, y por el contrario, si al dictarse sentencia de condena se violentan los artículos 76.7 de la Constitución del Ecuador; 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Humanos; 8.4 de la Convención American de los Derechos Humanos, que en su esencia prescribe que, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluye las garantías básicas, entre ellas que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.
> Como lo viene sosteniendo este Tribunal de apelaciones, es necesario diferencias el *non bis in ídem,* y mientras la cosa juzgada, se requiere sentencia en firme, en el principio de no juzgar dos veces por los mismos hechos, es necesario que existan dos procesos, así el primero no haya concluido. La cosa juzgada, como considera el jurista José García Falconí "...encuentra su cimiento en la existencia de la certeza del caso concreto; esto es, la ley debe poner fin a los procesos, ya que la inseguridad acerca del valor definitivo de las sentencias, crea la desconfianza en la función estatal de persecución del delito especialmente; pero obviamente, para que proceda la cosa juzgada deben cumplirse con algunos presupuestos, como identidad objetiva y subjetiva y de la causa de pedir, es decir el hecho jurídico reclamado".
> Tanto para que opere el principio *non bis in ídem,* cuanto la cosa juzgada se requiere fundamentalmente los siguientes presupuestos: a) al menos dos procesos; b) identidad objetiva; c) identidad subjetiva; d) identidad de la causa.
> En el caso que nos ocupa, se ha presentado la copia, LA MISMA QUE NO TIENE ASENTADA LA RAZÓN DE HALLARSE EJECUTORIADA, de un auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor de la doctora Anita Campoverde Vivar, **sin embargo en los HECHOS que motivaron el procesamiento que concluyó con el auto en mención, no consta como perjudicada la señora Laura Ávila Gallegos, no existiendo por tanto la concurrencia de los presupuestos necesarios para que prospere la alegación de la defensa"**. (el resaltado nos corresponde).

Del texto citado, el Tribunal de Casación encuentra que el razonamiento de la Corte de Apelaciones es adecuado, sin embargo incompleto, pues según el artículo 68.1 del Código de Procedimiento Penal, es sujeto procesal el ofendido directamente afectado. Siguiendo el criterio expuesto con anterioridad, y tomando en cuenta que la ciudadana Laura Ávila Gallegos víctima en el delito motivo de esta causa, no era sujeto procesal en el procesamiento en el

que se dictó el auto de sobreseimiento definitivo, este Tribunal de Casación considera que entre el proceso que nos ocupa y la decisión judicial con la que la defensa técnica de la recurrente considera que se ha trasgredido la garantía del *non bis in ídem,* no existen identidad de los hechos motivo del proceso, ni identidad en los sujetos que intervienen en el proceso.

Por lo expuesto, al no reunirse simultáneamente todos los elementos para la aplicación de la garantía del *non bis in ídem,* este Tribunal de Casación, considera que no existe trasgresión a los artículos 76.7i) de la Constitución de la República del Ecuador; 8.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y, 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo tanto, no se han vulnerado la prohibición del doble enjuiciamiento (art. 5 del Código de Procedimiento Penal), ni los efectos del sobreseimiento (Art. 246 *ibídem*).

8.2. El delito de usura desde la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

El Código Penal no contiene una descripción del delito de usura, sino que define al préstamo usurario y pune a la persona que lo otorga, cuando establece:

> **"Art. 583.** Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias".
>
> **"Art. 584.** Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usurarios".

Atendiendo la estructura del Código Penal, estas normas se encuentran en el Capítulo VIII, del Título X "De los Delitos Contra la Propiedad", Libro Segundo del cuerpo legal referido; es decir, desde la ley el delito de usura esta entendido como un delito contra la propiedad.

De conformidad con los artículos 11.3[10] y 426[11] de la Constitución de la República del Ecuador, este Tribunal tiene la obligación de tomar en cuenta las normas de derecho internacional, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Constitución para un entendimiento justo del delito de usura.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, recoge los derechos a la vida (Art. 3), a la propiedad privada ya que nadie sea privado de ella de manera arbitraria (Art. 17), a un nivel de vida adecuado que le asegure de manera individual y a su familia, la salud y el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25); prohíbe el sometimiento de las personas a la esclavitud y a la servidumbre (art. 4); así mismo, establece que los derechos reconocidos en la Declaración no pueden interferirse en sentido alguno que confiera derecho alguno al Estado o a un particular a realizar actividades tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos proclamados (art. 30). Es decir, el ejercicio de uno de los derechos anotados anteriormente no puede menoscabar el ejercicio de otro.

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del que el Ecuador es Estado parte, le impone respetar y garantizar los derechos recogidos en referido instrumento internacional, y

---

[10] "**Art.11.** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] (¬) 3. 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 judicial, de oficio o a petición de parte. (¬) Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley (¬). 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".

[11] **"Art. 426.** 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. (¬) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

garantizar su efectivo ejercicio[12]. Respecto al caso que nos ocupa, reconoce y amplía los derechos de las personas a la propiedad privada —que puede estar sometida por la ley al interés social—[13], a la protección de la honra y la dignidad[14], a la libertad de asociación con fines económicos —sujeta las restricciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger los derechos y libertades de los demás—[15]; prohíbe de manera expresa la esclavitud y la servidumbre[16], la usura[17] y la interpretación de la Convención que permita suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos[18]; y, establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática[19].

Es importante relievar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entiende a la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, y dispone su proscripción.

En relación a los derechos anotados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (o Corte IDH) ha desarrollado los siguientes antecedentes jurisprudenciales:

1. *Sobre la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades:* En el caso familia Barrios vs. Venezuela, en sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) de 24 de noviembre de 2011[20]; estableció que el Estado —por tanto los órganos jurisdiccionales— tiene que aplicar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos en cumplimiento de sus obligaciones convencionales, de lo que se desprende

[12] **"Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos (¬) 1. **Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,** sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (¬) [...]" (lo resaltado nos corresponde).

[13] **"Artículo 21.** Derecho a la Propiedad Privada (¬) 1.Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. (¬) 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. (¬) 3. **Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley**". (lo resaltado nos corresponde).

[14] "Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad (¬) 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. (¬) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (¬) 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

[15] **"Artículo 16.** Libertad de Asociación (¬) 1. Todas las personas tienen **derecho a asociarse libremente con fines** ideológicos, religiosos, políticos, **económicos**, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. (¬) 2. **El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias** en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, **o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.** (¬) [...] (lo resaltado nos corresponde).

[16] "**Artículo 6.** Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre (¬) 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. (¬) [...]"

[17] Ver referencia 22.

[18] **"Artículo 32.** Correlación entre Deberes y Derechos (¬) [...] 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

[19] **"Artículo 29.** Normas de interpretación (¬) Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (¬) al permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; (¬) [...]"

[20] "45. El Tribunal ha establecido que, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella. La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. (¬) [...] 47. Sobre la obligación de garantía, la Corte ha establecido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado debe garantizar y de las particulares necesidades de protección, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, del manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de "prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medio a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". [...]".

el deber de este Tribunal de Casación de revisar que estas hayan sido respetadas por los juzgadores de instancia; en caso de no hacerlo, incurriría en responsabilidad internacional del Estado.

2. *Sobre la prohibición servidumbre:* en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, en sentencia (Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas) de 4 de septiembre de 2012[21], y en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, en sentencia de 1 de julio de 2006[22]; tomando en consideración el artículo 2.1[23] del Convenio n.o 029 de la Organización Internacional del Trabajo o Convenio sobre el Trabajo Forzoso —instrumento internacional que es aplicable al Ecuador—, la Corte IDH estableció el criterio para entender al artículo 6.1 del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual la protección en contra de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado es una obligación internacional exigible a todos los Estados parte de la Convención —por tanto al Ecuador—, esta protección comprende la investigación, judicialización y sanción, por parte de los órganos nacionales y competentes, de los hechos en que una o varias personas hayan sido sometidas a realizar un trabajo o servicio bajo la amenaza de una pena (presencia real y actual de una intimidación), el que es prestado de manera involuntaria, ya sea por la ausencia de su consentimiento o la falta de libre elección, producto de una privación de libertad, engaño o coacción psicológica.
3. Sobre la dignidad humana: Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no define el término dignidad humana o dignidad de las personas, el desarrollo, jurisprudencial de la misma permite entender tal término como un principio rector del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que consiste en el respeto y efectivo goce de todos los derechos y libertades de las personas reconocidos no solo en la Convención, sino en otros convenios internacionales y en los cuerpos nacionales constitucionales y legales de los Estados; y en la correspondiente reparación integral de las víctimas cuyos derechos y libertades hayan sido vulnerados[24].

Cabe citar a la Corte Constitucional de Colombia, que sobre la dignidad del ser humano, ha dicho:

> "10. Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión 'dignidad humana' como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.
>
> Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[21] "141. De conformidad con el artículo 6 de la Convención '[nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas'. En su conocido obiter dictum de la sentencia dictada en el caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, la Corte Internacional de Justicia precisó que en el derecho internacional contemporáneo la protección contra la esclavitud, y contra la discriminación racial, es una obligación internacional erga omnes, derivada 'de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana' y, por lo tanto atañe a todos los estados". (lo resaltado nos corresponde).

[22] "160. El Tribunal observa que la definición de trabajo forzoso u obligatorio, conforme a dicho Convenio, consta de dos elementos básicos. En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige 'bajo amenaza de una pena', En segundo lugar, estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Además, este Tribunal considera que, para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos. [...](¬) 161. La 'amenaza de una pena', para efectos del presente caso, puede consistir en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales la más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares. (¬) [...]. 164. La 'falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio' consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica".

[23] "Artículo 2 (¬) 1. a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa a todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (¬) [...]".

[24] En este sentido, cabe revisar el estudio realizado por Luis Amezcua, titulado *"Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Versión digital disponible en la página web: http:www.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf.

claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo [...]"[25].

En este sentido, entendemos a la dignidad como una condición inherente del ser humano, expresada en la libertad de autodeterminarse y tomar decisiones sobre sus condiciones de vida, que le permiten vivir y desarrollarse individualmente como persona para alcanzar la felicidad, sin que factores externos afecten de manera negativa tales condiciones y su proceso de desarrollo. Este valor del ser humano es reconocido como el máximo derecho, y por tanto, objeto de tutela u protección del Estado, en los ordenamientos jurídicos internacional y nacional.

4. *Sobre el derecho a la libertad de asociación:* en el caso Huilca Tecse vs. Perú, sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) de 3 de marzo de 2005[26] estableció que la libertad de asociación, debe estar dirigida a la realización común de un fin ilícito; la ilicitud del objeto de la asociación releva de la protección convencional, incluso, en garantía de los mismos derechos de las personas, la ilicitud debe estar previamente establecida en la ley, ya sea como infracciones penales o como delitos o cuasidelitos civiles.
5. *Sobre el derecho a la propiedad privada:* en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, en sentencia (Excepción Preliminar y Fondo) de 6 de mayo de 2008, estableció cómo debe ser entendido el derecho a la propiedad privada resaltando que la función social de la propiedad es un elemento fundamental de la misma, en el contexto de una sociedad democrática.

Los derechos revisados anteriormente, son recogidos por la Constitución de la República del Ecuador, en las siguientes normas:

"Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

[...]

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

[...]

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

[...]

29. Los derechos de libertad también incluyen:

[...]

[25] Sentencia T-881/02, de 17 de octubre de 2002. Expedientes T-542060 y T-602073. En: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatovia/2002/t-881-02.htm, visitada el 1 de mayo del 2015.

[26] "69. El artículo 16.1 de la Convención comprende el 'derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole'. Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, **gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito**, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad [...]"

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.
[...]
Art. 321. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental".

Estos derechos deben ser entendidos en conjunto con el resto de Constitución, que establece:

Art. 276. el régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:
[...]
2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.
[...]"
"Art. 283. El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propone a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.
[...]"
Art. 335. El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.
[...]"

Establecidos los derechos y libertades de las personas que tienen relación con el presente proceso, corresponde entrar a analizar la definición del delito de usura.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, la usura es "todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación a la que entrega o promete"[27]

La norma que sirve como criterio para considerar si el interés estipulado en una préstamo es excesivo, es la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador, todo interés mayor a dicha tasa constituye al préstamo en usurario.

Tanto la definición doctrinaria recogida en esta decisión, como las consideraciones convencionales y constitucionales revisadas anteriormente, consideran a la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre.

Es deber de este Tribunal de Casación, en atención a las obligaciones internacionales asumidas por la República del Ecuador, analizar el delito objeto de la presente causa desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales, por lo que este Tribunal no puede restringirse a un sentido legalista en el entendimiento de un tipo penal recogido en un cuerpo normativo que es preconstitucional[28], y la aplicación del desarrollo jurisprudencial basado en ese sentido legalista, resulta anacrónico y violatorio de los derechos humanos.

En este sentido, el delito de usura como forma de explotación del hombre por el hombre, no solamente afecta al patrimonio de la víctima, a su derecho a la propiedad, también atenta contra su derecho a la libertad de trabajo, pues la somete y obliga a entregar los frutos de su trabajo como "pago" al "acreedor" que son excesivos y muchas veces producen la privación de los bienes materiales necesarios para su subsistencia, sometimiento producto de la presencia real y actual de la amenaza de perder sus bienes, su vivienda, sus recursos

[27] Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXI, Driskill, Buenos Aires, 1999, págs.566-567.
[28] El Código Penal fue publicado en el suplemento del Registro Oficial n.o 147 de 22 de enero de 1971; respecto al tipo penal que nos ocupa, el artículo 584 fue reformado por el artículo 170 de la Ley Reformatoria al Código Penal, al Código de ejecución de penas y Rehabilitación Social, y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial y de la Policía Nacional, publicada en el Registro Oficial nro. 635 de 7 de agosto de 2002; es decir, 37 y 6 años antes, respectivamente, de la publicación de la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

para la reproducción de su trabajo y su forma vida, e incluso de amenazas reales en contra de su integridad psicológica y física o de su vida; lo que de manera evidente elimina la libertad de elección del "deudor" de dejar de pagar, de librarse del sometimiento. Los efectos de este delito son una violación clara del derecho de la víctima a una vida digna.

La Constitución y los instrumentos internacionales recogen el derecho a la libertad de asociación, de contratación, y a la propiedad, que implica el libre uso, goce y disposición de los bienes, sin embargo, estos derechos están sometidos a los derechos de las demás personas, por lo que están limitados; por ejemplo, no puede ser exigible el derecho a la libertad de asociación o contratación si el objeto o fin no es lícito, así como el derecho a la propiedad tiene como elemento fundamental su función social, en una sociedad democrática.

En el caso, del delito de usura, esta proscrita no solo por la ley, sino por la Constitución y los instrumentos internacionales, por lo que no puede alegarse que esta ha sido cometida en el ejercicio de los derechos de libertad de asociación y contratación. Y, evidentemente, tampoco puede alegarse el ejercicio del derecho a la propiedad privada, y el libre uso, goce y disposición de los fondos del "acreedor", o de los bienes que como garantía ponga a disposición el "deudor", que involucren el delito de usura.

En este sentido, el delito de usura se comete desde que el sujeto activo presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador, y se perpetua mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, en otras palabras, mientras el acreedor exija el pago de la deuda, y el "deudor" siga cancelando cuotas de la misma, ya que siguen siendo vulnerados de manera activa sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad, y a una vida digna; por lo tanto, el cometimiento del delito culmina cuando se extingue los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento, el que puede presentarse de manera heterogénea, sea por letras de cambio, escrituras públicas, etc.

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación entiende al delito de usura como un delito económico que afecta a toda la sociedad y no solamente vulnera un bien jurídico protegido individual; incluso, así está contemplado en el actual régimen penal impuesto por el Código Orgánico Integral Penal (Art. 309), que es más estricto que el Código Penal, en favor de la víctima.

La usura es un delito que genera un sistema de anti-economía bajo la falsa figura de ejercicio de la libertad de contratación, que abusa de la necesidad de la víctima, la somete por vía de cobros ilegales coercitivos a un proceso de explotación que equivale a esclavitud, afectando su derecho a la libertad y limitando el proyecto de vida de la víctima y de quienes dependen de él o de ella.

En el artículo *"LA USURA, El modelo constitucional de economía, algunas ventajas civiles y penales pro delito, propuesta de reforma legal y de política judicial",* publicado en la Revista Ensayos Penales, Año 1, Revista nro. 6 de Octubre de 2013, editada por la Corte Nacional de Justicia, la abogada Jenny Parrales Posligua y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, analizan el tipo penal de usura tipificado y sancionado en los artículos 583, 584 y 585 del Código Penal; en el referido artículo, expresan:

> "EI delito de usura es de autor, atiende a la forma de vida de la persona usurera, no al acto. Se trata de un delito "que causa grave alarma social", así lo calificó la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.
>
> Los elementos del delito de usura, en la sustancial, son:
>
> Dedicarse a conceder préstamos.
>
> Que tales préstamos sean usurarios, o representar ventajas usurarias.
>
> 'Dedicarse' implica la ejecución de varios actos cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos, en consecuencia, en la ley penal ecuatoriana, no es usurera ni es usurero quien sólo hizo un préstamo usurario aunque la operación sea por un alto monto y le genere grandes sumas en concepto de intereses, ni comete usura quien de manera esporádica otorga préstamos cobrando intereses más altos de los legales: un escudo legal que debe suprimirse."

Este Tribunal de Casación, coincide con el criterio citado. Es decir, el delito de usura, bajo el régimen del Código Penal, si requiere como elemento del tipo penal, la habitualidad de la conducta punible. Este escudo legal, anacrónico e injusto, ya ha sido suprimido en el régimen del Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, como se expuso anteriormente, de acuerdo a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, en el presente

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

caso es el régimen del Código Penal el que debe ser aplicado.

La defensa técnica de la recurrente expresó que la Corte de Apelaciones, en su sentencia no estableció el elemento de la habitualidad de la conducta de la ahora recurrente. Sin embargo, en la sentencia reprochada, la Corte de Apelaciones, después de valorar la prueba como es su facultad, consideró:

> "[…]
> 7.8 En la causa se ha probado que existe un perjuicio económico en el patrimonio de la víctima, señora LAURA ÁVILA GALLEGOS, quien canceló intereses tanto por el dinero obtenido como crédito, como por la compra de joyas realizada a la acusada, quien además en eventos en que se atrasaba del pago, debía cancelar cantidades aún superiores al 4% mensual de interés, todo por sustentar las ventajas usurarias de la acusada, situación parecida a la denunciada por otros ciudadanos como Mauro Dután Meneces, Rosa Andrea Minchala Guallpa, María Rosario Huiracocha Cazhco, María Dolores Macancela Cadmen, quienes también mantuvieron préstamos con la acusada y luego presentaron denuncia en contra de la doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR.
> […]"

El Tribunal de Casación encuentra que en la sentencia impugnada sí se establece probado el elemento de la habitualidad de la conducta de la ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar de otorgar préstamos con intereses mayores a los permitidos por la ley.

Por lo expuesto, el Tribunal de Casación considera que las alegaciones respecto a que no existe el elemento de la habitualidad, exigido por el tipo penal por el cual se ha condenado a la recurrente, son improcedentes.

8.3. La prohibición del Tribunal de Casación para la valoración de prueba.

Como se estableció en el número 6.1.4 de esta decisión, este Tribunal de Casación no puede valorar la prueba, pues le está vedado por disposición del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

> **Art. 349.- Causales.-** 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 por errónea interpretación.
>
> **No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba"** (lo resaltado nos corresponde)

Los argumentos de la defensa técnica de la recurrente, respecto a que la prueba no ha sido suficiente para la comprobación de la existencia material del delito y la responsabilidad de la procesada, implica un pedido de valoración de prueba, el que es inadmisible, por lo que tales argumentos son improcedentes.

8.4. La motivación de las resoluciones judiciales.

La defensa técnica de la recurrente ha acusado a la sentencia reprochada de falta de motivación, es decir trasgresión al artículo 76.7.l) de la Constitución, por cuanto la prueba es insuficiente. Tomando en cuenta la conclusión del apartado 8.3 de esta sentencia, el Tribunal de Casación procede a analizar el cargo de falta de motivación, como garantía constitucional de la procesada.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.l), establece como una de las garantías mínimas del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, no hay 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.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia nro. 194-14-SEP-CC de fecha 06 de noviembre de 2014, dictada en el caso N. 0380-12-EP, respecto a los criterios para establecer la motivación de una resolución, expresó:

> "La motivación es una de las garantías del debido proceso de conformidad a lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República y refiere a la obligación que en las resoluciones se enuncien las normas o principios jurídicos sobre las que se funda, debiendo explicar adecuadamente la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 21 de mayo del 2013, en el caso Melba Suárez Peralta vs. Ecuador, manifestó que: "La motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este sentido, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención [Americana de Derechos Humanos] para salvaguardar el debido proceso".
> Motivar, tal como lo expresó esta Corte Constitucional mediante su sentencia nro. 0016-13- SEP-CC, es "encontrar la justificación por

la cual se pronunció en determinada forma el juez o jueza que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales". En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante sentencia nro. 0227-n.o 0227-12-SEP-CC, estableció los tres elementos o requisitos que debe contener una resolución para considerarse constitucionalmente motivada, los cuales son razonabilidad, lógica y comprensibilidad. [...]

Iniciamos así nuestro análisis con el requisito de la razonabilidad, debiendo ser entendido aquel como la observancia y aplicación de las normas jurídicas y las fuentes del derecho en el caso concreto. Una resolución es razonable cuando se adecúa a lo que el derecho establece para determinada circunstancia fáctica; por ello, la Constitución de la República es clara al expresar que en una resolución motivada deben enunciarse las normas o principios jurídicos que la sustentan. Dicho en otras palabras, la razón del juez se fundamenta en el derecho, sea en las normas constitucionales o infraconstitucionales, en las normas internacionales de derechos humanos, en la jurisprudencia o en la doctrina. [...]

El segundo requisito es la lógica, expresada como la apropiada y coherente relación entre las premisas que establece el juzgador en su sentencia, con la conclusión a la que llega luego de su análisis argumentativo. [...]

Finalmente, hemos de referirnos al último requisito que compone la garantía de la motivación, es decir la comprensibilidad, requisito que se refiere a la claridad en el usa del lenguaje que los jueces aplican en su sentencia con miras a su fiscalización por el gran auditorio social y particularmente par las partes procesales involucradas en la causa. La comprensibilidad tiene suma importancia como garantía de la motivación dado que garantiza que los operadores de justicia no hagan uso de expresiones o frases obscuras que impidan comprender adecuadamente la razón de su sentencia o los motivos jurídicos que consideraron para emitir determinada decisión.

[...]".

Para motivar una decisión judicial penal en nuestro sistema legal del Código de Procedimiento Penal[29], 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, en base a la verdad procesal y con aplicación de la ley que contiene a los hechos.

La Corte de Apelaciones luego de analizar la prueba, como es su facultad, razonó:

"SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL INJUSTO PENAL ACUSADO:

7.1. El delito imputado a la acusada, doctora Anita Lucía Campoverde Vivar, es el que se hallaba tipificado en el art. 583 del Código Penal, vigente al momento en que se tramitó esta causa, es decir el delito de usura: "Es usurario el préstamo en el que directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias"; y sancionado en el art. 584 *Ibídem*: "Sera reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que se dedicare a préstamos usurarios".

[...]

7.3. La legislación internacional de derechos humanos reprocha la usura, cuando el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 21 establece: "3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre par el hombre, deben ser prohibidas por la ley.".

Constitucionalmente también está prohibida la usura, pues, el segundo inciso del artículo 308 de la Constitución, dispone: "... El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la USURA...". A su vez, el artículo 335 de la misma Carta Fundamental del Estado, regula: "EI Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y

[29] No ocurre lo mismo en el modelo del Código Orgánico Integral Penal, en que se recurre al convencimiento más allá de toda duda razonable.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

transacciones económicas; y sancionará la explotación, USURA, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos." (énfasis agregado).-

7.4. Los elementos del tipo de usura, en la esencial, son: a) Dedicarse a conceder préstamos; y, b) Que tales préstamos sean usurarios, o representen ventajas usurarias. "Dedicarse" implica la ejecución de varios actas cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos. Un préstamo es usurario si por el valor del dinero se cobran intereses superiores a los que permite la ley, regulados a través del Banco Central del Ecuador.

7.5. En lo referente al tipo subjetivo, la usura es un delito eminentemente doloso pues, requiere el conocimiento y la voluntad de todos los elementos del tipo objetivo y como la conceptúa Donna (Derecho Penal, parte especial pág. 730): "... el agente debe conocer la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia por la que atraviesa el sujeto pasivo." Que el sujeto activo debe conocer que en virtud de tal situación va a obtener los resultados que busca y conseguirá realizar alguna de las acciones típicas. "Así el autor se hace dar, se hace prometer o se hace otorgar un interés o una ventaja a raíz de que esa situación se lo permite". Otro elemento subjetivo que señala este autor es que la acción debe haberse realizado a sabiendas, es decir con conocimiento certero del carácter usurario del crédito. Por tanto, "el único dolo posible es el dolo directo".

7.6. El delito en estudio, se consuma cuando el acreedor recibe la ventaja desproporcionada o se le entrega el objeto que constituye la seguridad extorsiva o cuando se perfecciona el pacto de la ventaja o de constitución de la garantía de manera que sea esta ejecutable, pues de otro modo no surge el peligro patrimonial que constituye la razón de ser del delito. (Carlos Creus. Derecho Penal, Parte Especial Tomo I)

7.7. El bien jurídico protegido durante la vigencia del Código Penal, en esta clase de delitos era la propiedad, aunque como la hemos mencionado supra incluso los derechos de libertad de las personas, se ven afectados con la actuación dolosa de la acusada.

7.8.- En la causa se ha probado que existe un perjuicio económico en el patrimonio de la víctima, señora LAURA ÁVILA GALLEGOS, quien canceló intereses tanto por el dinero obtenido como crédito, como por la compra de joyas realizada a la acusada, quien además en eventos en que se atrasaba del pago, debía cancelar cantidades aún superiores al 4% mensual de interés, todo por sustentar las ventajas usurarias de la acusada, situación parecida a la denunciada por otros ciudadanos como Mauro Dután Meneces, Rosa Andrea Minchala Guallpa, María Rosario Huiracocha Cazhco, Maria Dolores Macancela Cadmen, quienes también mantuvieron préstamos con la acusada y luego presentaron denuncia en contra de la doctora ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR.

7.9. La antijuridicidad desde una perspectiva dualista requiere la confluencia de la fase formal y material, esto es del desvalor de acción y el desvalor de resultado, configurándose en la causa, los dos presupuestos, esto es un juicio negativo sobre el comportamiento de la autora y que viene constituido par la exigencia del dolo o culpa. En la especie se acredita el dolo en el actuar del sujeto activo; y en el juicio negativo sobre la afectación producida al bien jurídico con su comportamiento, en este caso la lesión al patrimonio, lo cual también se ha demostrado con la prueba actuada en el juicio.

7.10.- No existe justificación probatoria alguna que sostenga la teoría del caso presentada por la defensa de que la acusada conocía a la víctima por asuntos eminentemente profesionales fruto del ejercicio de la abogacía, pues ni siquiera ha obtenido el Registro Único de Contribuyentes para dedicarse en forma legal al ejercicio del patrocinio de causas y asesoría legal; por el contrario, la acusada ha actuado en conocimiento de la antijuricidad de su acción, a sabiendas y buscando el resultado.

7.11 En el caso en análisis, Fiscalía General del Estado, en audiencia de juicio ha probado la participación principal y directa de la acusada, doctora ANITA LUCIA CAMPOVERDE VIVAR, existe certeza de su participación y por ende de su responsabilidad, como autora del delito de usura, con la prueba documental y testimonial analizada ya en esta resolución, que se resumen al hecho de que la acusada prestó determinada suma de dinero a la víctima y además por la venta de unas joyas se le obligó a firmar letras de cambio en las que se incluyó

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

el interés del 4% mensual, siendo canceladas varias de esas "cuotas" y retiradas las letras de cambio, es decir existe un cobro excesivo de interés. Y con la prueba documental y testimonial presentada se ha justificado que el acusado se dedicaba realizar préstamos usurarios tanto a la misma víctima, como a terceras personas, por lo que en la conducta de la acusada se encuentra presente la habitualidad en la concesión de préstamos con intereses superiores al interés legal.

7.12. Frente a la alegación de la defensa respecto a la existencia de un auto de sobreseimiento definitivo en favor de la procesada doctora Anita Lucía Campoverde Vivar, es menester realizar un pronunciamiento expreso acerca de la autoridad de la cosa juzgada en materia de usura, pues en el presente caso es esencial para el debido planteamiento y esclarecimiento del problema y para su solución, pues se debe distinguir entre la cosa juzgada material o imperatividad de la sentencia, y la cosa juzgada formal o inmutabilidad, aspectos éstos dos que señalan y resumen los matices y alcance de esa fuerza incontrastable que deriva del fallo definitivo producido en una contienda judicial y permiten, además, diferenciar éstas dos proyecciones en que se traducen la eficacia de la decisión (la eficacia interna y la eficacia externa respectivamente, según expresiones de Carnelutti). Así como unánimemente se reconoce estas calidades de obligatoriedad y firmeza de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que afirman el acatamiento universal del fallo para asegurar el fin procesal y su indiscutibilidad ulterior, para evitar nuevos juzgamientos y resoluciones entre las mismas personas y sobre la misma materia —non bis ídem— y prevenir la inestabilidad de las situaciones jurídicas que lograron su definición precisa por el pronunciamiento judicial, la doctrina coincide igualmente en que si bien "como todo hecho jurídico relativo a las partes entre quienes interviene, la sentencia existe y vale respecto de todos, la eficacia releja de la cosa juzgada puede afectar a terceros jurídicamente interesados, ocasionándole daño, lo cual obliga a señalar límites a la inmutabilidad del fallo, perjuicio tanto más injusto cuanto que deriva de un proceso en que tales terceros no han intervenido (res inter alios judicata). Es decir, entonces que de los dos elementos de la autoridad de la cosa juzgada, la imperatividad de la sentencia es igual para las partes y para los terceros, la inmutabilidad en cambio, está limitada a las partes. Dice Carnelutti: "La cosa juzgada es intangible salvo dos casos: que se haya construido sobre el dolo o sobre la falsedad o bien sin la intervención de todos los que pueden ser perjudicados por ello. En una palabra, se trata de un correctivo indispensable del fallo, que en tanto puede necesariamente extenderse (en forma releja), a quien no fue parte en el juicio, tenga éste el medio de reaccionar contra la posible injusticia del perjuicio que de él se siga". Pero hay que entender bien (y por esto la importancia de la distinción entre las dos manifestaciones de la autoridad de la cosa juzgada —imperatividad e inmutabilidad— y de la determinación de los alcances de cada una) que si por un lado, es unánimemente reconocida la facultad de terceros jurídicamente interesados para obtener la revisión de un fallo injusto que les perjudica y para cuya expedición no han intervenido, por otro lado mientras la decisión no ha sido modificada en ejercicio de esta facultad, sigue surtiendo su pleno efecto la imperatividad de la sentencia, o sea el contenido de mandato, de imposición que encierra el fallo y que obliga a las partes y a terceros. El derecho de éstos —los terceros—, por consiguiente, no llega a tocar la imperatividad de la sentencia, en tanto ésta no haya sido legalmente invalidada o modificada; tal derecho afecta solo a la inmutabilidad, se contrae a obtener el nuevo examen del fallo injusto por medio de una opción y de un trámite reglamentados en cada legislación local, como ocurre, entre otros casos, en la "oposición de tercero (*la tierce opposition* en el Derecho francés), que es común en las legislaciones de varios países, acordada generalmente en falta de contradictor, y que permite el reexamen de la decisión, incluso si ésta se ha convertido en firme; o cuando el fallo obedezca a colusión entre las partes, en daño de los acreedores de una de ellas, que da lugar a la "oposición revocatoria", del derecho italiano, y que en el sistema ecuatoriano está regulada por la ley, para el juzgamiento de la colusión. Pero cuando el tercero jurídicamente interesado no ha provocado ninguna iniciativa para obtener la revisión y reforma o invalidación del fallo hasta entonces inmutable, o cuando habiendo ejercitado alguna de estas acciones de tercero no se ha llegado a modificar la decisión objeto

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de la impugnación se mantiene en todo su vigor la fuerza imperativa de la sentencia y obliga a las partes y a los terceros, aun cuando éstos hubiesen sido injustamente perjudicados por la acción refleja del fallo, porque el efecto es universal y sin discrimen; el discrimen, operante frente a la inmutabilidad, no lo es acerca de la imperatividad.

7.13. Con la necesaria precisión anterior, corresponde analizar si el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y a favor de la procesada dictado por el señor Juez Segundo de Garantías Penales del Cañar, doctor Nelson Peñafiel Contreras, puede ser considerado como cosa juzgada y en especial si ese auto afecta jurídicamente la protección que el Estado debe brindar a la víctima Laura Ávila Gallegos, y por el contrario, si al dictarse sentencia de condena se violentan los artículos 76.7 de la Constitución del Ecuador; 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derecho Humanos; 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que en su esencia prescribe que, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluye las garantías básicas, entre ellas que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

Como lo viene sosteniendo este Tribunal de apelaciones, es necesario diferencias el non bis in ídem, y la cosa juzgada, pues mientras la cosa juzgada se requiere sentencia en firme, en el principio de no juzgar dos veces por los mismos hechos, es necesario que existan dos procesos, así el primero no haya concluido. La cosa juzgada, como considera el jurista José García Falconí "…encuentra su cimiento en la existencia de la certeza del caso concreto; esto es, la ley debe poner fin a los procesos, ya que la inseguridad acerca del valor definitivo de las sentencias, crea la desconfianza en la función estatal de persecución del delito especialmente; pero obviamente, para que proceda la cosa juzgada deben cumplirse con algunos presupuestos, como identidad objetiva y subjetiva y de la causa de pedir, es decir el hecho jurídico reclamado".

Tanto para que opere el principio *non bis in ídem,* cuanto la cosa juzgada se requiere fundamentalmente los siguientes presupuestos: a) al menos dos procesos; b) identidad objetiva; c) identidad subjetiva; d) identidad de la causa.

En el caso que nos ocupa, se ha presentado la copia, LA MISMA QUE NO TIENE ASENTADA LA RAZÓN DE HALLARSE EJECUTORIADA, de un auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor de la doctora Anita Campoverde Vivar, sin embargo en los HECHOS que motivaron el procesamiento que concluyó con el auto en mención, no consta como perjudicada la señora Laura Ávila Gallegos, no existiendo por tanto la concurrencia de los presupuestos necesarios para que prospere de la defensa.

7.14. Para concluir el análisis, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 309 tipifica y sanciona al delito de usura en estos términos: "La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. En estos casos se ordenará la devolución a la víctima de lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado de manera ilegal". En conclusión este delito se reproduce en la legislación penal actual, por lo tanto no cabe aplicar ningún principio de favorabilidad en esta causa para que se extinga o modifique la sanción penal.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN EN SENTENCIA: Por los argumentos que se dejan expuesto en los considerandos anteriores, este Tribunal que integra la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, al haberse justificado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General del Estado por intermedio del señor Agente Fiscal, doctor Martín Flores Idrovo, consecuentemente se REVOCA la sentencia de mayoría recurrida, y se declara que la doctora

ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil soltera, abogada de profesión portadora de la cédula de ciudadanía número: XX, domiciliada en esta ciudad de Azogues, con frente a la calle Serrano, es autora responsable del delito de usura tipificado en el artículo 583 del Código Penal vigente al momento de la comisión del ilícito y reprimido en el artículo 584 ibídem, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional, sin embargo en razón a las atenuantes justificadas durante el juicio se modifica la pena y se le impone la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, que la sentenciada cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Persona Adultas en Conflicto con la Ley Femenino de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De igual forma se le impone la sanción pecuniaria de dieciséis dólares de los Estados Unidos de América. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República y lo señalado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, se impone la obligación a la doctora ANITA LUCÍA CAMPOVERDE VIVAR, de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito cometido, lo que será perseguido en forma independiente por no contarse con elementos necesarios para su cálculo en esta instancia; resolución de mérito adoptada sobre el objeto del recurso; quedando así resueltos el recurso apelación puesto en nuestro conocimiento. Con el ejecutorial remítase el expediente al Tribunal de origen, para los fines de ley. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE". [sic]

En el texto citado, el Tribunal de Casación encuentra que la construcción del razonamiento de la Corte de Apelaciones en la sentencia reprochada es razonable, pues explica cómo con el acervo probatorio, la conducta de la hoy recurrente se adecúa al tipo penal por el que se condenó, estableciendo según la Constitución y la ley, una relación coherente entre los hechos probados, la conducta habitual de la procesada y los supuestos fácticos previstos en la ley, por lo que se ha demostrado los elementos del tipo penal de usura; así mismo, el lenguaje utilizado es claro y comprensible.

Por lo tanto no existe falta de motivación en la sentencia reprochada, por ninguno de los cargos aducidos por la defensa técnica de la recurrente, por lo que las alegaciones al respecto son improcedentes.

Así mismo este Tribunal de Casación no encuentra razón para proceder a casar la sentencia de oficio, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal.

8.5. La obligación del Estado, y del Tribunal de Casación como órgano de administración de justicia de tomar en cuenta los elementos sociales del caso y el derecho a la víctima a la reparación integral.

En "Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral", Carla Espinoza Cueva[30] sostiene que la motivación de las resoluciones judiciales:

> "[...] en el Ecuador puede ser tratada desde varios enfoques, tomando en consideración la diversidad de culturas y tradiciones, sus antecedentes históricos, sociológicos y los trasfondos ideológicos [...], toda decisión judicial debe alcanzar altos niveles de racionalidad por parte del juez en los cuales se incorporen elementos explícitos, tanto jurídicos como políticos, descartando la visión del positivismo, kelseniano estrictamente jurídico. De esta manera se podrá alcanzar resoluciones más fundamentadas y coherentes. [...]

Rodolfo L. Vigo, en "Argumentación Constitucional"[31], propone que la sentencia se construya, entre otros, con argumentos sociológicos.

> "[...] consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce a ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etcétera. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídica, pero lo decisivo que es visible

[30] Tribunal Contencioso Electoral. V&M Gráficas, Quito, 2010, páginas 91,92,93.

[31] "La interpretación y Argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales", Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Marcial Pons. Buenos Aires Argentina. 2011, pág. 474.

a los ojos de un observador a un miembro de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en las que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera [...]".

En este sentido, la Corte IDH, ha expuesto que el Estado —por tanto los órganos administradores de justicia—, debe tomar en cuenta las consideraciones particulares, como factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, para garantizar la igualdad ante la justicia, la defensa efectiva de los derechos y el debido proceso:

"202. **Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes de procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"**[32] (el resaltado nos corresponde).

"146. Por otra parte, esta Corte ha establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que 'para que exista' 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y **defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal** con otros justiciables'"[33] (el resaltado nos corresponde).

La sentencia de la Corte de Apelaciones cubre la exigencia formal, positivista, resuelve el caso como un caso de usura, conlleva a la imposición de una pena, pero olvida hechos sociales que deben ser tomados en cuenta para que la respuesta de parte del órgano judicial adquiera justeza, sin que la omisión la afecte con nulidad; en su texto no encontramos que se haya analizado el tema de la reparación integral de la víctima garantizado en el artículo 78 de la Constitución de la República:

"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"

Revisada la sentencia reprochada, encontramos que la Corte de Apelaciones no ha tomado en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima del delito y la situación de sometimiento a la explotación por parte de la procesada, vulnerando sus derechos y los de su familia a una vida digna, a la propiedad, y a la integridad.

La indemnización por daños y perjuicios es solo un componente de la dimensión material de la reparación integral, adicionalmente debe tomarse en cuenta también la correspondiente indemnización compensatoria y la dimensión simbólica de la reparación integral.

Este Tribunal de Casación, debe garantizar y disponer la reparación integral, la que debe ser entendida como derecho de la víctima, y no como parte de la pena impuesta a la procesada.

Así mismo, este tribunal de Casación, verifica que no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo

[32] Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
[33] Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

65 del Código Penal, que dice:

> "Art. 65. El comiso especial recae: sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma.
>
> El comiso especial será impuesto por delito, sin perjuicio de las demás penas establecidas por la Ley; pero, al tratarse de una contravención, no se impondrá sino en los casos expresamente determinados por la Ley".

Por lo que el comiso de los bienes utilizados en la infracción y los frutos de la misma, debieron ser considerados en la aplicación de la pena. Hacerlo ahora sería empeorar la situación de la recurrente.

9. DECISIÓN

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales, legales y de orden internacional anotadas; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con fundamento en el artículo 358 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 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, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la ciudadana Anita Lucía Campoverde Vivar; se declara con lugar la reparación integral a favor de la víctima.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. Intervenga el doctor Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL PONENTE. Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL. Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

V
Resolución nro. 865-2015
Juicio nro. 725-2014
Juicio penal por delito de homicidio propuesto contra Gabriel Alberto Rivas Valencia

SÍNTESIS

El 3 de marzo de 2012, a las 18h30, en el recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, circulaba Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, en un vehículo Mazda 2200 color rojo, con cuatro personas más, con quienes realizó varios disparos al aire; en dicho lugar se encontraban algunos miembros de la Policía Nacional, quienes iniciaron una persecución al vehículo en el que se transportaba Milton Vásquez, Gabriel y el procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, miembro de la Policía Nacional, quien disparó su arma de fuego impactando a Milton Vásquez en la región superior derecha del pectoral, causándole la muerte. El Primer Tribunal de Garantías Penales de Babahoyo el 13 de agosto de 2013 declaró a Gabriel Alberto Rivas Valencia, autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, imponiéndole la cuatro años de reclusión mayor ordinaria y el pago de daños y perjuicios. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, el 27 de marzo del 2014, conoció los recursos de apelación planteados por la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes, madre del fallecido y del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, resolviendo negar los recursos deducidos, confirmando en todas sus partes la sentencia de la que los sujetos procesales interpusieron recurso de casación. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad y en razón de que no se demostró la violación a la ley, declara improcedente los recursos planteados por Gabriel Alberto Rivas Valencia y la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 C.P.P, de oficio se casa la sentencia en el sentido de que a más de la pena impuesta al procesado por el Tribunal de instancia, deberá también cumplir con la reparación integral de conformidad a lo que establece el artículo 78 de la Constitución de la República.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 12241-2013-0043

Abg. Jhovany Gonzalez Valero, Presidente

PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE LOS RÍOS. 13 de agosto de 2013; las 09:58.

VISTOS.- En la ciudad de Babahoyo, a los veintitrés días del mes de Julio del dos mil trece, siendo las ocho horas y cuarenta minutos, se constituyó el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, integrado por los señores Jueces Abg. JHOVANY GONZÁLEZ VALERO, Presidente del Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, Abg. MIGUEL EDUARDO COSTAIN VÁSQUEZ y Abg. MARCO ANTONIO LITARDO CAICEDO, en sus calidades de Jueces Titular y temporal en su orden, e infrascrita Secretaria Titular Ab. ELSIE MONAR GÓMEZ.- Teniendo como antecedente el auto de llamamiento a Juicio en contra del acusado GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA dictado el día 03 de mayo del 2013; las 09H39, por el señor Juez Segundo de Garantías Penales de Los Ríos, por considerar al acusado

presunto autor del delito tipificado en el art. 449 del Código Penal; por lo que ejecutoriado dicho Auto Resolutorio, por sorteo de causas, el procesado llegó a este Primer Tribunal de Garantías Penales para la tramitación de la etapa de juicio, de conformidad con lo previsto en el art. 250 del Código de Procedimiento Penal, siendo el estado del proceso es el de resolver, y para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Por no haberse violentado las solemnidades previstas en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, se declara la validez del proceso.- **SEGUNDO.-** El Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, es competente para conocer, y resolver, de conformidad con lo previsto en el art. 21 , regla 1, y art.28, numeral 1 del Código Adjetivo Penal.- **TERCERO.-** En el actual sistema acusatorio oral, las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales por así estar consagrado en los arts. 79 y 250 del Código de Procedimiento Penal.- **CUARTO.-** Declarado abierto el juicio por el Presidente del Tribunal Penal, las partes ejercieron a plenitud el derecho a la defensa, por lo que se aplicó el debido proceso. **QUINTO.- MATERIALIDAD DE LA INFRACCIÓN.** Los delitos en todos y cada uno de los artículos del Código Penal Ecuatoriano, contienen elementos constitutivos principales y secundarios, que deben ser justificados o desvirtuados en la etapa del juicio, según lo establece el art. 86 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el art. 79, 83 y 88 *Ibídem*, por ello, el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, luego de analizar al tenor de la sana critica las pruebas aportadas en la Audiencia Pública de Juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, consagrados en los arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana crítica, ajustados a la conciencia, con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio, conoce la siguiente teoría anunciada por la Fiscalía: "...Que, el día 03 de Marzo del 2012, a eso de las 18H30, en el Recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, el hoy fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, cuando se encontraba circulando en un vehículo Mazda 2200, color rojo con cuatro compañeros de trabajo, con quienes se dirigían al cantón Baba fueron interceptados por un vehículo color plata tipo camioneta en la cual se transportaban miembros de la policía nacional, quienes iniciaron persecución al vehículo en el que se transportaba el ahora difunto Milton Vásquez con sus compañeros quienes minutos antes habían realizado disparos al aire, por lo que al parar la marcha de los automotores, el acusado Gabriel Alberto Rivas Valencia sacando a relucir su arma de fuego impactó un disparo en la humanidad de Milton Oswaldo Vásquez Aguilar a la altura de la región superior derecha del pectoral el cual le causó la muerte inmediata al haberle comprometido órganos vitales...", con relación a la teoría que presenta la fiscalía, el Primer Tribunal de Garantías Penales, considera que la materialidad de la infracción se encuentra comprobada en base a los siguientes elementos probatorios: a) Testimonio de: DR. ARNOLDO WILSON ROMERO RIVERA, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, de 61 años de edad, nacido en el cantón Daule, domiciliada en el cantón Montalvo, de estado civil viudo, de instrucción Superior, de profesión Médico Cirujano y de religión católico, perito médico quien realizó la diligencia de reconocimiento exterior y autopsia de ley en el cuerpo del hoy fallecido, quien al ser interrogado por los litigantes iniciando con el señor Fiscal indicó: Pre.;- Señor Doctor Arnoldo Romero Rivera, ese es su nombre; Resp;- Si;- Preg;- Que tiempo tiene usted ejerciendo la profesión de médico;- Resp;- recién acabo de cumplir 30 años como médico el 18 de julio;- Preg;- Y como perito;- Resp;- Como perito 28 años, porque también en la rural he sido perito para la Justicia, y en la Fiscalía fui médico de planta con nombramiento 10 años;- Preg.;- La fiscalía lo ha llamado para que rinda un testimonio respecto a un informe médico y a su vez autopsia practicado en el cuerpo inerte de quien en vida se llamó Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, con la venia de la Presidencia, a su vista esta autopsia para que usted la revise y responda unas preguntas que le voy hacer; Resp;- Ya;- Preg;- Usted elaboró ese informe;- Resp;- Yo elaboré un protocolo de autopsia, no un formato médico luego de haber realizado la experticia médica ha pedido pues del señor Abg. José Layedra Bustamante, Agente Fiscal de aquí de la ciudad de Babahoyo, hoy en Ventanas, me solicitó realizar esta experticia médica el 3 de marzo del 2012, acto que lo realice a las 9 de la noche aquí en la ciudad de Babahoyo:- Preg.;- La firma y la rúbrica que consta al píe de dicho documento la reconoce como suya;- Resp.;- Si es la que yo utilizo como profesional y ciudadano no, esta es mi firma plantada en este informe médico;- Preg.;-Puede darle a conocer al tribunal, de una manera sucinta en que consistió su trabajo;- Resp.;- Si este una vez

trasladado el cadáver a la morgue de nuestra ciudad, también me trasladé a esta ciudad porque yo radico en el cantón Montalvo, yo era médico de la fiscalía en ese tiempo no a cuatro horas, pero yo trabajaba las veinticuatro horas hoy ya no trabajo para el Ministerio Público, entonces yo me trasladé, la realice esta experticia médica donde me encontré con un cadáver de sexo masculino de aproximadamente 36 años, que vestía una camiseta a rayas blancas - morada, que luego de haber sacado su vestimenta pues pude observar que tenía como se dice en medicina legal el cadáver habla, tenía un orificio anterior a nivel del tórax derecho, orificio de entrada por disparo de arma de fuego, pero que no tenía orificio de salida, esta bala produce lesión a nivel interior en los músculos anteriores, tanto pectoral mayor, menor y tejido vascular, tejido tanto de sangre venosa como arterial que produjo pues a nivel pulmonar pues una gran hemorragia aguda que lo llevó pues a un edema pulmonar y un paro cardio respiratorio donde todos llegamos, pero la causa de muerte fue una muerte violenta por disparo de arma de fuego, esa fue la causa del señor, yo obtuve la bala y la bala en ese tiempo quiero decir a este tribunal que tal vez se lo dije al señor Presidente, que está aquí , en ese tiempo no sé qué pasó la Policía Judicial no me cogían las balas con los escritos yo me quejé pues al señor Fiscal en ese tiempo el Dr. Edgar Flores, y la bala no aparece según veo aquí no y las tengo en mi casa de un sin número de balas pero a estas altura la cadena de custodia ahí terminó en mis manos porque no se las entregó, es lo que puedo decir la verdad en este protocolo de autopsia yo lo escribí, yo le hice la autopsia el mismo que está ahí y me ratifico en el informe médico;- El Ab. de la acusación, Preg.;- Señor Doctor, perito médico puede indicarle al tribunal, pudo determinar usted a que distancia fue realizado el disparo;- Resp.;- En el informe médico se indica que aproximadamente tiene una distancia de unos 15 a 30 metros pues;- (revisado el informe) rectifica y dice de 5 a 20 metros aproximadamente;- El Ab. de la defensa, Preg.;-Señor Arnoldo Romero, dice que lleva 30 años en el ejercicio de pericia, indíquele al tribunal, usted aparte de ser médico se especializó para hacer esta clase de diligencias;- Resp.;- Como médico me gradué, luego con mi esfuerzo y a escondida de la fiscalía y con mi propio dinero estudie maestría en medicina legal soy egresado y como no tenía tiempo no lo completé estoy por incorporarme aproximadamente no de Maestría en Medicina Legal, es lo que le puedo decir no;- Preg.;- En el momento que usted hizo la autopsia medica legal, usted pudo verificar dentro del cadáver ha podido determinar si el causante había ingerido bebidas alcohólicas;- Resp.;- Ya no me acuerdo el día de que le hice la autopsia no, generalmente nosotros los médicos legistas cuando es un problema de tránsito escogemos las muestras biológicas y llevamos porque indicamos que fue por esa causa, en los disparos de arma de fuego no casi nunca recogemos esas experticias médicas, no recuerdo, si hubiera sido viernes no recuerdo se la hice si tuviera un calendario, si la cojo el día viernes ya el día lunes no hay nada pues, si de 8, 10 a 12 horas desaparece el alcohol en el cuerpo, a lo mejor coincidía ese día;- Preg.;- En el momento que usted hizo la autopsia dice que producto directamente la causa de la muerte es por intermedio de un disparo verdad y el proyectil que debía usted haber egresado, sacado del cadáver a donde, a quien le entregó;-Resp.;- Diga que tengo un sin número de solicitudes con la respectiva bala en mi poder en mi hogar, las cuales en ese tiempo que yo hice la autopsia en ese año, no sé qué pasaba el señor Comandante había ordenado que no cojan las balas y yo me quejé es al señor Fiscal Edgar Flores, cual es el motivo ya no exigió él y es en el juicio de los señores tan nombrados ratones también lo dije lo mismo, aquí está el señor Presidente, que yo dije esto y les traje las balas y se las enseñé cada una de las balas ya en su original etiqueta, enseñé aquí las tengo no sé cuál es la causa que no las recibían allá en la PJ en la Policía Criminalista allá en el Departamento;- Preg.;- Usted puede determinar a qué altura fue el disparo que recibió el causante Milton Vásquez Aguilar;- Resp.;- Lo acabo de indicar está en el protocolo de autopsia a nivel pues anterior superior del tórax lado derecho;-Preg.;- usted pudo darse cuenta si el disparo fue directo o fue sesgado al momento en que ingresó al cadáver;-Resp.;-Era a nivel anterior del lado derecho, de la línea media clavicular;- Preg.;- lndíquele al tribunal, señor Romero, cuantos disparos usted observó en la humanidad del señor Milton Vásquez Aguilar;- Resp.;- Una sola herida nomás;- Preg.;- Herida que fue en que altura señor; Resp.;- A nivel superior, línea media clavicular a nivel de la clavícula derecha más o menos por ahí así.; b) Testimonio de WASHINGTON DANILO VELASCO RAMOS, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en el recinto "La Esmeralda", domiciliado en el cantón Montalvo, de 46 años de edad, de estado civil casado, de

instrucción secundaria, de ocupación Sargento 1ro de Policía Nacional y de religión católica, quien dentro de las investigaciones delegadas por parte del señor Fiscal a cargo de la Instrucción Fiscal realizó el reconocimiento del lugar de los hechos entre otras diligencias; c) Prueba documental debidamente certificada entre ellas: Parte Policial, protocolo de autopsia de ley, Informe de Inspección Técnica Ocular, Informe Preliminar de Investigaciones, Acta de Levantamiento e Identificación del Cadáver de Milton Oswaldo Vásquez Aguilar. **SEXTO.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD:** El nexo causal que vincula al acusado GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA con el delito investigado, se encuentra probado, con: a) Testimonio de CARMEN LIDIA AGUILAR MONTES; ecuatoriana, portadora de la cédula de ciudadanía No. XX, nacida en el cantón Baba, domiciliada en el recinto Tinoco del cantón Baba, de 60 años de edad, de estado civil viuda, de ocupación Quehaceres Domésticos, de instrucción primaria y de religión evangélica, quien previo a responder el interrogatorio de las partes, da contestación a las preguntas del art. 288 del Código de Procedimiento Penal por su calidad de acusadora particular responde: A la 1 ;- Solo recuerdo del señor Gabriel Rivas, y del señor Tenorio, de los otros dos no me acuerdo esos nombres;- A la 2:- 3 de marzo del 2012, seis y media de la tarde a parte de las siete, o sea cuando a mí me dijeron, de Mapán, hacia el cantón Baba, en esa vía;- A la 3;-Andaba el señor dueño de la camioneta este muchacho le llaman "Conga" no sé el nombre de ese muchacho, Julio Murillo, el hermano de Julio Murillo que le conozco por "Coco", que es Murillo Santur, el chico también le llamo por "Cachi", yo le conozco por cachi que lo conozco así, eran 5 con mi hijo;- A la 4;- La forma sí que me comentan ellos que son trabajadores ahí y esos muchachos sencillos señor Presidente, y yo estoy segura que ellos dicen la verdad, dicen que mi hijo salió del partido porque había un partido, todo el pueblo dicen que ellos estaban libando (los señores Agentes) desde el cantón Baba, primero entonces parece que nadie quiere hablar por motivos temor, entonces han estado tomando y mi hijo ha disparado si, él era que trabajaba con mi hijo secador en la piladora de mi hijo mayor y él cargaba el arma, yo reconozco que eso es ilícito cargar armas y él ha sacado y en el puente de Mapán, ha hecho dos disparos, uno o dos disparos, ahí han ido ellos a la voz del disparo han pasado el puente a alcánzarlos, ellos no han ido como ellos le ponen prófugo, ellos han ido y le han interceptado, aquí hay un chico pero él no quiere servir de testigo por el problema que se le puede hacer, que el que le cogió en la ambulancia de Babahoyo, que de aquí que lo trajeron al hospital, cuando sacaron a mi hijo inconsciente que dice que mi hijo quería atacarle, no señor Presidente, mijo cuando lo sacaron inconsciente, mijo se le cayó la pistola de atrás y uno de ellos y que dijo que creí que era de juguete porque era pequeñita, se le cae a él y le pone el pie una de ellos los policías pero no sé cuál de ellos, ya en la ambulancia ya cuando lo trajeron aquí, ya sin vida, ahora para mi criterio como madre me siento tan, tan dolida que esto no se lo deseo a nadie señor Presidente, hicieron doble crimen porque el cantón Baba, está a 5 minutos, no me lo llevaron al cantón Baba, me lo trajeron aquí a Babahoyo, que son 40 minutos y una agua que no podía pasar, los carros llenos de agua, un invierno muy grande y habiendo los otros chicos no se presentan, recién se están presentando, el otro Tenorio, solamente, se han convocado y nunca se han presentado para mí que también llevan parte, porque ellos han estado encubriendo pecado, cómplice del pecado de él, porque desde el mismo momento que él fue a fiscalía del cantón Baba, a decir que él había sido y que lo coge a 3 metros, porque si mi hijo le dispara mire que él iba en el carro así en la camionetita porque es pequeña y aquí está la bala él le coge a 3 metros, se conclilla dice hasta para, yo creo señores Presidente, que ellos tienen opción de disparar al aire, si es que alguien al aire a una pierna no a quitarle la vida, tengo tres nietecitos que me los dejan en la orfandad y un elemento así no puede seguir trabajando, esto no es elemento que favorece que limpia al pueblo ello no, hay 3 niños que piden amor, porque ni por más dinero del mundo va a reemplazar el amor de su padre y quiero justicia también como Dios manda la ley, porque después de Dios es la ley terrenal;- A la 5;- Que tipo de arma eso no sé, es un arma;- el señor Abg. De la acusación particular, Preg.;- Una aclaración en cuanto a la pregunta que le hizo su autoridad si conocía el nombre de las personas que participaron en el hecho y a lo mejor no se le entendió o no se le aclaró a la señora, ella narró fue quienes andaban con el difunto, la pregunta señora si usted puede indicar quienes acompañaban al policía que le disparó a su hijo;- Resp.;- Los 4 policías, el señor Tenorio, pero de los otros no me acuerdo de los otros dos nombres de los dos policías que andaban con él, que estaban libando desde temprano en el cantón Baba, ahí mismo en

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

el pueblito que fue el partido también andaban bebiendo, estaban mareados;-EI Ab. de la defensa, Preg.;-Señora Carmen Aguilar Montes, indíquele por favor al tribunal, como se enteró usted de los hechos que ha narrado en este momento; Resp.;- Me enteré porque a mi hijo mayor le llamaron, porque él había salido a comprar un gas Hipólito, y ahí él llamó a mi hija que está presente ahí le dijo dile a mi mami que Milton, está herido cuando él vino donde estaba mi hijo que le habían cogido, o sea creo que los mismos policías le trajeron en la misma camioneta, no se le había traído acá a llamar en Babahoyo una ambulancia, pero le habían traído ellos salieron, entonces mi hijo llamó para que me digan;- Preg.;- En qué lugar usted se encontraba cuando se enteró;- Resp.;- Me encontraba en la casa ya en pijama de dormir esperando a mi hijo Milton, porque solo a mi hijo lo vi hasta las una y media de la tarde cuando fue a almorzar, porque hasta esa hora él entregó el trabajo, él entregó porque él hacía ya de noche la guardia, él trabajaba con mi hijo Hipólito Vásquez;- Preg.;- Usted tiene conocimiento e indíquele al tribunal, si su hijo que en vida llamó Milton Vásquez Aguilar, fue alguna vez detenido;- Resp.;- Mire esto no viene al caso señor me disculpa señor Presidente, estamos hablando del problema de ahorita de lo que le hicieron a mi hijo del asesinato que se le cometió a él, porque si él tuvo su problema fue resuelto con las autoridades;- Preg.;- Usted tenía conocimiento que su hijo Milton Vásquez Aguilar, siempre portaba arma; Resp.;- EI hacía guardia, él era guardia;- Preg.;- El arma que él portaba, usted tiene conocimiento era de su propiedad o era;- Resp.;- Era, si tenía papeles señor;-Preg.;- Después de que tiempo que usted se enteró en la que lamentablemente sucedió los hechos, usted llegó a ver a su hijo;- Resp.;- Yo lo vi cuando me lo llevaron en la caja;- Preg.;- Quien fue el que recibió la llamada que dice que fue su hijo, como se llama su hijo;- Resp.; Hipólito Vásquez;- Preg.;- El en qué lugar se encontraba el día que recibió la llamada;- Resp;-Yo creo que estaba en su casa, porque él día de la piladora había salido a comprar un tanque de gas que yo lo mandé y no aparecía; b) Testimonio de ASTOLFO ISAAC VASQUEZ AGUILAR, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en el cantón Zamborondón, domiciliado en el cantón Baba, de 32 años de edad, de estado civil unión libre, de ocupación chofer profesional, de instrucción secundaria y de religión creyente; quien al responder las preguntas de los litigantes empezando con el señor Fiscal indica: Preg ;Señor Astolfo Isaac Vásquez Aguilar, ese es su nombre;- Resp;- Si;- Preg;- La fiscalía lo ha llamado para que usted rinda un testimonio que de las investigaciones que se ha realizado aparece una denuncia que usted ha presentado en consecuencia relátele usted al tribunal, de una manera suscita lo que sucedió, de lo que usted supo de lo que ha mencionado aquí en esta denuncia, explíquele al tribunal;- Resp;- Bueno yo venía hacer una carrera porque tengo un taxi en Guayaquil, yo estaba en Salitre cuando me llamaron que a mi hermano lo habían herido y comencé acelerarme y llegue hasta donde había pasado el hecho y se lo habían traído en una camioneta a mi hermano hacia Babahoyo, pero ya mi hermano había muerto de contado no era que estaba herido ni nada a mi hermano lo mataron enseguida, yo fue que puse la denuncia en Vinces, mi mamá fue la que puso la segunda denuncia que había que poner;- Preg;- Algo más que tenga que añadir;- Resp;- Si, hay algo que yo quiero añadir es que yo estuve presente cuando todos los testigos hacían la declaración ante el Sargento Velasco y otro policía que no tengo el nombre de él presente que también estuvo a cargo de la PJ en Baba, entonces cuando ellos hicieron el análisis a los testigos el policía Sargento Velasco y el otro policía, dijeron que al siguiente día del hecho de lo de mi hermano fueron hacer unas investigaciones a los alrededores entonces el Sargento Velasco, me dijo que habían investigado que solo un disparo escucharon, que solo un disparo escuchó en la casita que está más o menos a 200 varas ha de ser de lo que pasó y adelante más o menos a unos 400 metros hay un corral que es de una hacienda, también escucharon un solo disparo, entonces yo les digo porque el sargento dijo eso y después me enteré que habían dicho que hubo un cruce de balas, cuando el señor policía y en mal rato nunca no grabe cuando me dijo eso, que no grabé cuando me dijo que solo un disparo han escuchado, que fue el disparo que mató a mi hermano, añadir que en Baba, muchos testigos en Mapán, muchísimos testigos y que los vieron a los señores tomando, muchos testigos el dueño de la tienda pero como son policías créamelo señor Presidente y señores Jueces, que nadie quiere servir de testigo por las represalias que puedan ellos tener, el señor dueño de la tienda nos dijo que sí que ellos estaban tomando, cuando le fuimos a pedir que venga a servir de testigo dijo que no quería tener problemas con nadie, las personas los testigos que tenemos

son gente del campo señor Presidente, que ustedes ya mismo los han de escuchar, hasta en su acento de voz que ellos tienen, personas humildes muy sencillos y que usted se darán cuenta si ellos le mienten o no le mienten, no son testigos que de pronto usted puede darle 80, 100 dólares a cada testigo y traerlos pero no señor Presidente, mi mamá es una mujer cristiana y esperamos que se haga Justicia;- El Ab. de la acusación, Preg;-Señor Astolfo Vásquez, le podría indicar al tribunal, si de los comentarios de las personas que dice se expresaron después del hecho pudo enterarse si ocurrió alguna pelea entre el fallecido y el policía que le disparó previo a que se hizo el disparo; Resp;- No, mi hermano y estamos consiente de que mi hermano disparó pasando el puente de Mapán, mi hermano portaba armas, porque en la piladora de mi hermano como en 3 o 4 ocasiones quisieron robarle, entonces hasta la policía de Baba, siempre iba a brindarlo el respaldo que los llamábamos y llegaba la policía, tres ocasiones quisieron metérsenos en la piladora en la noche, entonces de por ende tenían que tener una arma en la piladora, mi hermano era el guardia y él secaba, no nunca hubo ninguna discusión ni siquiera lo hemos conocido a ellos, señor Presidente, también hay algo que quisiera decirle sobre el chofer de la ambulancia, él es de los bomberos de aquí de Babahoyo, entonces el señor de la ambulancia me conocía a mí, a mi hermano mayor y a mi hermano menor, como mi hermano el que falleció no vivía en Baba, a él no lo conocía, él era chofer de la piladora "lnesita", mi hermano le entregaba arroz, entonces cuando nosotros llegamos al hospital la noticia que el chofer de la ambulancia era nuestro amigo, él nos relató por eso fue que pusimos la denuncia porque nos dimos cuenta que a mi hermano lo mataron injustamente en un mal proceder, el señor de la ambulancia nos dijo que cuando a mi hermano lo cambian de la camioneta a la ambulancia a mi hermano se le cae la pistola de aquí, el señor chofer una vez asistió a Vinces, para testigo pero ya después ya no nos contestó el teléfono, también por el miedo a las represalias, el señor nos dice que cuando al señor lo cambiaron a mi hermano del balde de la camioneta a la camilla a mi hermano se le cae la pistola recién de aquí de la parte de atrás de la cintura, entonces nunca hubo eso de que mi hermano estaba con una pistola en la mano y que mi hermano, nunca pasó eso, esa es la declaración, me hubiera gustado que por medio de un escrito lo hubieran citado a él, porque nosotros, no, no quiso venir, primero sí asistió pero ya después no quiso y como se suspendió la audiencia ya después no quiso ayudarnos en eso, él recién en ese rato se enteró que el que estaba fallecido era mi hermano y al ver que era nuestro hermano nos contó que ya mi hermano venía muerto, cuando lo cambiamos de la camioneta va la camilla a tu hermano se le cayó la pistola de aquí, dice que él se agachó y que un policía le puso el pie encima a la pistola, entonces nunca hubo el cruce, señor Presidente, nosotros siempre hemos sido comerciantes de arroz en canoa primero y ahora que ya los ríos comenzaron a secarse fuimos en carro y antes nunca y antes muchos piratas había y nosotros por lo menos teníamos que cargar una arma en la canoa y que el señor policía venga a decir que tuvo cruce de balas con mi hermano cuando ni siquiera en la camioneta no tiene ni un solo disparo, no tiene ni un solo hueco, cuando nosotros con armas desde muy pequeños cuando nosotros cargábamos arroz, unos cuidando en la canoa y el otro cargando arroz porque los piratas llegaban en canoas, siempre se cargó arma entonces mi hermano obvio que iba a tener una puntería, pero dice él que no que tuvieron cruce de bala y que no le hizo nada;- Preg;-Los disparos que hizo su hermano fueron al aire o;- Resp;- Cuando mi hermano cruzó por el puente me estaba conversando mi amigo que mi hermano disparó que alzó y que había pegado dos o tres tiros en el puente y los señores estaban tomando a la orilla de la carretera por la tienda de " El Chino " creo que se llama la tienda;- Preg;- Está distante esa tienda;- Resp;- Más o menos pueden ser unos 30 metros donde ellos estaban a donde mi hermano disparó;- El señor Ab. del acusado, Preg.;-Astolfo Vásquez Aguilar, indíquele al tribunal, señor Astolfo, si usted conoce las razones por las cuales el ciudadano Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, portaba arma de fuego el día 3 de marzo del 2012;- Resp;- Si mi hermano era guardia de la piladora como se lo dije ahorita y él era el que secaba en la noche y que cuidaba también la piladora entonces él tenía que cargar su pistola;- Preg;- lndíquele al tribunal, si el día que dice usted que andaba con el arma él estaba laborando;- Resp;- El laboraba en las tardes y como comenzaba a trabajar a las seis de la tarde, por eso es que cuando él ya se retiraba, seguro que iba a ir es a la piladora;- Preg.;- A que distancia se encuentra la piladora con relación al lugar donde sucedieron los hechos;- Resp;- Haber para llegar a Baba, yo me supongo que tienen que haber unos 4 kilómetros de Mapán a Baba y de Baba a la piladora han de haber unos 6 kilómetros más;- Preg;-

Usted que tiempo demoró después de que se enteró de los hechos sucedidos hasta el lugar donde supuestamente sucedió el accidente;- Resp;- Yo demoré unos 25 a 30 minutos;- Preg;- Cuando usted llegó había alguien ahí en el lugar de los hechos;- Resp;- Ya no había nadie la gente estaba hecha pilo pero en Mapán, y ahí fue que me dijeron que mi hermano ya iba fallecido;- Preg;- Esto quiere decir que todo lo que ha manifestado es porque le han contado, no es porque usted ha presenciado;- Resp;- Por supuesto señor, eso yo lo dije es lo que me contaron porque yo estaba por salir iba a dejar una carrera a Guayaquil; Preg;- Usted tiene conocimiento si anteriormente su hermano ha sido juzgado por algún acto ilícito;- Resp;- Si señor mi hermano pagó una condena hace aproximadamente unos 8 años atrás;- Preg;- Y puede indicarle por qué clase de delito fue condenado;-Resp;-Eso tengo entendido que fue un pasado Judicial que mi hermano tuvo pero eso ya fue atrás, eso quedó atrás ya pagó mi hermano su condena;-Preg;-A parte del antecedente manifestado, usted sabía que había sido investigado por tenencia ilegal de arma;-Resp;-Si; e) Testimonio de WASHINGTON DANILO VELASCO RAMOS, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en el recinto " La Esmeralda ", domiciliado en el cantón Montalvo, de 46 años de edad, de estado civil casado, de instrucción secundaria, de ocupación Sargento 1ro de Policía Nacional y de religión católica; quien realizó las investigaciones del presente caso, quien al responder el interrogatorio de las partes, iniciando con el señor Fiscal dice: Preg;- Señor Sargento Washington Danilo Velasco Ramos, ese es su nombre;- Resp;- Si señor fiscal;- Preg;- Tenga la bondad señor Sargento responder que tiempo tiene usted en la institución policial como miembro de la institución;- Resp;- 20 años 11 meses;- Preg;-Y en las funciones de investigador;- Resp;- Alrededor de 4 años;- Preg;-La fiscalía lo ha llamado a usted para que testifique las investigaciones que usted realizó de los cuales hay este informe, que yo con la venia del señor Presidente, se lo voy a poner a su vista para que lo revise, refresque su memoria y para que conteste unas preguntas, usted elaboró ese informe;- Resp;- Si señor Fiscal;- Preg;- La firma y rúbrica que obra en el mismo la reconoce como suya;- Resp;- Si señor fiscal;- Preg;- Relátele al tribunal, de una manera suscita en que consistió su labor investigativa;- Resp;- Señor Presidente, a mí por medio del señor Dr. Ab. Carlos Albán Yánez, Fiscal del cantón Baba en ese entonces, me delegó medio de un oficio para que realice las investigaciones de campo en el caso que se investigaba en ese entonces, me trasladé a dar cumplimiento al oficio a la carretera que conduce Baba vía a Babahoyo, a la altura de Mapán, antes de llegar al recinto " Mapán ", a unos 400 a 500 metros antes de llegar al recinto Mapán, con dirección Baba - Babahoyo, donde se pudo realizar el reconocimiento del lugar de los hechos con fotografías y viendo si la escena era abierta o cerrada, realizando el respectivo informe y realizando las respectivas versiones que se las tomó en las oficinas de la Policía Judicial del cantón Baba, a los señores testigos, testigos del hecho que se investigaba en ese entonces como son al señor Astolfo Isaac Vásquez Aguilar, Julio Alberto Murillo Santur, Pedro Jacinto Murillo Santur, Darwin Xavier Murillo Aguirre y al señor Edison José Silva Alvarado, tal como consta en el informe de igual forma se le pidió al señor fiscal, por medio del informe lo que la autoridad correspondiente estime conveniente en el presente caso en razón de justicia señor Presidente;- Preg;-A las personas que usted entrevistó y que las ha mencionado puede indicar brevemente que le manifestaron;- Resp;-Señor Fiscal, como indica la entrevista del señor Astolfo Isaac Vásquez Aguilar, de 30 años de edad, con No. de cédula XX, de fecha 3 de marzo aproximadamente a las 18h40, me encontraba movilizándome de Guayaquil a Baba en el vehículo de mi propiedad, encontrándome por el recinto "Chontal ", recibí una llamada telefónica de un amigo de nombres Diego Sandoya, para comunicarme que a mi hermano Milton, lo habían herido a la altura del recinto "Mapán ", en las entrevistas que se les tomó a los señores testigos por parte del difunto manifestaron que ellos se habían encontrado en el recinto "Mapán ", y que al retirarse del lugar salieron con dirección a Baba, al pasar el puente con dirección a Baba, el hoy fallecido había sacado una pistola, seguramente para cometer algún disparo en eso dice que se acercaron unos de una camioneta color gris y les dijeron alto policía en la cual los señores de la camioneta roja no habían parado, en eso como dice en una versión de uno de los señores entrevistados dice que el amigo hoy fallecido sacó la pistola y en eso recibió un disparo las entrevistas unas tienen relación con otra pero en una de ellas manifiesta un señor testigo de que el hoy fallecido intentó disparar y que por eso recibió un disparo;- Preg;- Señor Agente, en la entrevista que usted le hace al señor Julio Alberto Murillo Santur, usted transcribe

en su informe dice lo siguiente y él manifestó que una vez terminado el partido se retiraron en la camioneta con su amigo Edison Alvarado con dirección hacia a Baba, y que al pasar el puente de Mapán, su amigo Milton, hizo dos disparos al aire y dijo " vivan las putas ", cuando más adelante dice una camioneta color plata nos alcanzó y escuché un disparo y la camioneta en que veníamos paró, cuando nos bajamos ya nos dimos cuenta que a Milton, ya le habían metido un tiro y estaba tendido en el balde, es eso verdad;- Resp;- Si;- Preg;- Así mismo señor Agente en la entrevista que usted transcribe en su informe de que le hace al señor Pedro Jacinto Murillo, en iguales términos se pronuncia este señor, es así señor Agente;- Resp;- Si doctor;- Preg;- Así mismo en la entrevista que usted le hace al señor Darwin Xavier Murillo Aguirre, y que usted la transcribe en su informe de igual manera dice este señor que al pasar por el puente de Mapán, Milton, estaba un poco alegre sacó el arma, disparó y dijo " Vivan las putas ";Resp;- Si doctor;- Preg;- Lo mismo dice Edison José Silva Alvarado, eso era lo que quería que usted responda señor Presidente, porque usted no dijo eso en su testimonio;- Resp;- Si;- Preg;- Algo más que usted quiera indicar acerca de la investigación que realizó;- Resp;- No mi doctor;-EI Ab. de la acusación, Preg;-Señor Agente de policía de acuerdo a la aclaración que le ha hecho el señor Agente Fiscal, acá de las entrevistas que usted practicó al realizar usted su informe investigativo, no existen datos acerca de lo que usted acaba de manifestar al rendir su testimonio acá en relación de que uno de los acompañantes del hoy occiso indicó que intentó sacar el arma por eso el policía le disparó, nos podría indicar cuál es esa persona que indicó eso;- (revisa el declarante el informe investigativo y) Resp;-Señor abogado, yo me ratifico en las versiones que han sido tomadas por los señores testigos que consta en el expediente;- Preg;- Señor Agente, cuéntele al tribunal, usted realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, según usted indica en su informe investigativo, le podría indicar aquí al tribunal, si puede determinar la distancia aproximada que hay desde el puente de Mapán, hasta el sitio donde cayó la víctima o donde fue el disparo;- Resp;-Con dirección Baba - Mapán, más o menos desde el lugar de los hechos hasta el recinto Mapán, aproximadamente unos 400 metros, señor abogado;- El señor Ab. de la defensa, Preg;-Señor Washington Velasco Ramos, usted es la persona que hizo el informe investigativo no es verdad, pregunto usted concurrió al lugar de los hechos según fotografías que constan en su informe en la página 78 del proceso, indíquele al tribunal, señor Washington, si el lugar donde usted hizo el reconocimiento del lugar de los hechos, es habitado o es desolado;- Resp; desolado, ya que en el lugar solamente hay una bananera en costado derecho en dirección Baba - Babahoyo y por el costado izquierdo un potero por cerca de árboles, pero es deshabitado;- Preg.;- lndíquele al tribunal, si en el sector donde sucedieron los hechos existe alumbrado público o es sin alumbrado;- Resp;- No, no existe alumbrado público:- Preg.;- lndíquele al tribunal, usted entrevistó al señor Sargento Hugo Vicente Rodríguez Bustamante, al Cbos. Junior Fabricio Reasco Ortiz, al señor Cbos. Carlos Alberto Tenorio Torres y al Cbos. Gabriel Rivas Valencia, en el transcurso de la investigación que usted realizó;- Resp;- No;- Preg;- Explíquele al tribunal, porque razones no les investigó;- Resp;- Los compañeros no han sido investigados por mi persona porque ellos tenían que dar la versión internamente en la Policía:- Preg;- Después de que tiempo de sucedido los hechos usted realizó la investigación;- Resp;-La fecha no recuerdo doctor;- Preg;-Que tiempo viene realizando esta clase de investigaciones;- Resp;-En esta provincia desde hace casi dos años;- Preg;- Usted a más del curso para ser policía y ascender como clase ha hecho algún curso técnico jurídico que determine precisamente para poder llegar a esta clase de investigaciones;- Resp;- No, solamente exámenes con los cuales aprobé para ser Policía Judicial;-EI señor Ab. Miguel Costaín, Juez del tribunal, solicita una explicación y dice;-Señor Sargento de Policía Velasco, sí le pediría en todo caso que haga unas precisiones y aclaraciones en cuanto a su testimonio específicamente el tribunal, debe de conocer en forma muy clara primeramente como sucedieron los hechos y en base a ese hecho ya poder analizar otras circunstancias adicionales, porque le hago esa introducción porque tenemos una teoría dividida prácticamente en dos extremos diferentes, la acusación oficial y la acusación particular determinan que en el hecho aparentemente han existido los disparos y la persecución y se produce el encuentro y durante ese encuentro sostiene y especialmente la ofendida que rindió aquí su testimonio que el occiso levanta sus manos y produce el disparo es decir de que hay una rendición y se produce ese disparo, por su parte en una corriente completamente diferente la defensa del acusado sostiene que no existió ese hecho sino que existe algo contrario, es decir

que aparentemente se intentó ejecutar un disparo y el acusado en el ejercicio de su actividad judicial responde a ese hecho, el resultado siempre es el mismo, ahora viene mi pedido de aclaración, uno, usted es la persona que hizo las investigaciones de forma muy transparente y muy claro, recordarle que está bajo juramento le solicito aclare al tribunal, si existió esa revisión o en su defecto de las investigaciones que usted ha determinado se aprecia que hubo el intento de ejecutar ese disparo;- Resp;- Doctor yo no he presenciado el acto solo he recibido un oficio para hacer las investigaciones por parte del Doctor Albán Yánez, se hizo las investigaciones de acuerdo a las versiones que rindieron los testigos y por ende en el informe se indica que de acuerdo a las declaraciones, entrevistas que se les hizo a los testigos, por esa misma razón yo me ratifico en el informe ya que solo hago conocer el lugar de los hechos y las entrevistas que dieron los señores testigos y de pronto me ratifico igual a las versiones de los señores; d) Testimonio de DARWIN XAVIER MURLLO AGUIRRE, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en Babahoyo, domiciliado en el recinto Tinoco del cantón Baba, de 28 años de edad, de estado civil soltero, de ocupación jornalero, de instrucción primaria y de religión católica; quien al responder las preguntas de los litigantes iniciando con el señor Fiscal dice: Preg;- Señor Darwin Xavier Murillo Aguirre, ese es su nombre;- Resp;- Si; La fiscalía lo ha llamado para que usted testifique respecto a este hecho que se está investigando, usted acudió a las oficina de la fiscalía en Baba, y rindió una versión no;- Resp;- Sí;- Preg;- Bien relate al tribunal, que es lo que usted conoce, que es lo que usted manifestó, en fin todos los detalles que sabe de este caso; Resp;- Ya verá, nosotros el 3 de marzo nos encontrábamos en el cantón Baba, con Julio Murillo, Edison y Pedro, a eso de las 4 de la tarde estábamos al frente del Cuerpo de Bomberos, estábamos conversando ahí cuando al rato dice Julio Murillo, voy a llamarlo a Milton, para ver donde se encuentra, lo llama y le dice que estaba en el recinto Mapán, viendo un juego de pelota, entonces dice Julio, muchachos vámonos para allá, nos hemos embarcado en la camioneta que andábamos y nos fuimos al campeonato y de ahí viendo el juego y tomándonos dos cervezas de ahí viendo, viendo, de ahí golpe de unos 15 minutos para las 6 de la tarde se acabó todo y ya nos íbamos hacia Baba, cuando embarcamos y todo por el puente el difunto Milton, saca la pistola y dispara dos tiros al aire y ahí se la guardó en parte de atrás de la cintura de ahí rodamos como uno a dos kilómetros para Baba, despacio porque el camino estaba feo puro hueco nomás, cuando más adelantito nos llega una camioneta color plateada diciéndonos que pare el carro porque eran de la Policía Judicial, ellos y como Edison, iba despacio en el carro porque estaba feo al ver que no paraba el carro que íbamos nosotros, ellos nos cierran para que pare la camioneta a lo que nos cierra la camioneta venía un señor policía así atrás en la camioneta de ellos y sale el disparo hacia el difunto Milton, que iba al frente y yo iba atrás en el balde sentado, el difunto cae para la camioneta de ellos y nos paran la otra de nosotros, de ahí se paran los señores policías y uno de ellos nos hacen tirar al piso, ahí me tenía apuntado que no me moviera ahí atrás, ahí me quedé yo hasta que al ratito unos dos o tres minutos estaban ahí dando vueltas ahí cuando se embarcar ellos a la camioneta de ellos y nos hacen embarcar a nosotros en la camioneta de ellos para llevarnos a Babahoyo, de ahí dos de ellos se embarcan en la otra camioneta para darle la vuelta y cogerlo al difunto que iba atrás llevarlo al difunto que iba atrás, llevarlo a la ambulancia que venía decían ellos, nos cogieron y nos trasladaron a nosotros ahí atrás y nos llevaron rapidito largo aquí a Babahoyo a la PJ, ahí si no se más dónde llevaron al difunto a la otra camioneta;- En el momento en que usted escuchó el disparo, previo a ese disparo el hoy occiso disparó;- Resp;- No;- Preg;- Usted se pudo percatar quien disparó;- Resp;- Yo alcance a ver uno que venía atrás en el balde a lo que nos cierra yo lo veo como a unos tres metros que sale el disparo al difunto, como él iba de frente así mirando para acá;- Preg;- Que distancia había entre la camioneta que salió el disparo y la camioneta de la policía al carro que iban ustedes;- Resp;- Yo le calculo unos tres metros, porque las dos iban untándose cuando nos cierran;- El señor Ab. de la acusación, Preg;-Señor Darwin Murillo Aguirre, le podría usted indicar al tribunal, la hora en que ocurrieron los hechos;- Resp;- Eran unos 15 a 10 minutos para las 6 ya oscureciendo, las 6 de la tarde;- Preg;- Pero se podía ver todavía;- Resp;- Todavía estaba claro, se veía;-Preg;- No estaba oscuro;- Resp;- No recién eran unos 15 a 10 minutos para las 6;Preg;- Y antes de que el señor Agente de Policía, le dispare a su amigo que iba con usted, hubo alguna pelea, un cruce de insulto entre ellos;- Resp;- Nada, nada nosotros íbamos tranquilo cuando de repente vimos la camioneta que iba detrás siguiéndonos,

nosotros íbamos despacio porque el camino estaba feo;- Preg:- El señor que se conoce ahora es policía le disparó a su amigo al que se le acercó a la camioneta a corta distancia;- Resp;- Si a lo que nos cierra la camioneta los señores Policías alado de nosotros, ahí fue que sale el disparo uno solo nomas;- Preg;- El hoy occiso nunca hizo intento de sacar el arma;- Resp;- Nada, él iba parado así agarrado de unos fierros que tenía la camioneta;- El señor Ab. de la defensa del acusado, Preg; Señor Darwin Murillo, indíquele al tribunal, cuantas personas iban en la camioneta que usted estaba circulando a Baba;- Resp;- Íbamos los 5 con el difunto;- Preg;-Puede indicar quien nomás;- Resp;- Julio Murillo, Pedro, Edison, mi persona y el difunto Milton;- Preg;- Cuantas personas iban en el interior de la camioneta roja;- Resp;- Tres adelante y dos atrás en el balde;- Preg;- Cuando el difunto Milton Vásquez Aguilar, procedió a realizar los disparos con su arma que manifestó;- Resp;- Él fue solo disparó dos tiros al aire, sacó la pistola de atrás de la cintura y de ahí vuelta se la guardó y de ahí seguimos rodando;- Preg;- Y no manifestó nada porque disparaba;- Resp;- No él nada no dijo nada, veníamos ahí nomás;- Preg;- En el momento que ustedes procedieron a retirarse del lugar de Mapán, que tiempo habían estado ingiriendo bebidas alcohólicas;- Resp;- Llegamos como una hora y media dos horas;- Preg;- Usted en que parte vive del sector;- Resp;- En el recinto "Tinoco" de Baba;- Preg;- En el lugar donde sucedieron los hechos, ahí es un lugar sólido o hay bastantes viviendas;- Resp;- No, sólido;- Preg;-Sólido;- Resp;- Si las casas están lejos; Preg;- Cuando la camioneta supuestamente la interceptó por la policía en el sector, ahí no venían más vehículos y no se chocaron antes ahí;-Resp;- No;-Preg;-No venían vehículos;- Resp;-No, fue rapidito ellos nos cerraron la camioneta y ahí se bajaron los señores policías;-Preg;-Usted tal vez ha venido a declarar a algún Tribunal de Garantías Penales;- Resp;-Aquí no pero en Vinces si declaré;-Preg;-Usted si sabía que el causante Milton Vásquez, trabajaba como guardia de seguridad;-Resp;-Trabajaba de guardia en la piladora del hermano;-Preg.;-Ese día se encontraba trabajando;- Resp;- No pues ya era un sábado de tarde ese día ya retirado ya del trabajo;- Preg;- Entonces ese día estaba libre, no;- Resp;- Ya eran como las 4 de la tarde cuando nosotros llegamos y estaban en Mapán;-Preg;- Usted cuantos disparos escuchó el día de los hechos cuando se interceptaron las camioneta;- Resp;-Uno solo;- Preg;- Usted en qué lugar de la camioneta de la parte posterior, o sea del balde en qué lugar se encontraba en la derecha o en la izquierda;- Resp;- Yo iba en la derecha pero de atrás de la compuerta:- Preg;- Y el causante donde estaba;- Resp;- Él iba adelante parado, así al frente;-Preg;- Que sucedió una vez que ya los interceptaron, que ya hubo supuestamente los disparos, que pasó ahí;- Resp;- Ahí fue rapidito a lo que se bajaron ellos, yo de atrás no veía nada, me tenía atrás el señor policía ahí con una pistola apuntado que no me moviera y de ahí no pude ver y de ahí nos embarcaron a nosotros rapiditos atrás y nos trajeron;- Preg;- A quien nomás dice nosotros;- Resp;- A los dos con esos y mi persona;- Preg;- Y los otros compañeros;- Resp;- Ahí se quedaron ellos parados, los dejaron ahí parados; Preg;- A donde los dejaron;- Resp;- Ahí pues donde pasó el hecho, ellos quedaron los dos ahí Julio y Pedro; Preg;- Ha ellos quedaron solitos;-Resp;- Los dos solitos los dejaron ahí;-Preg;-Y porque no los detuvieron a ellos;-Resp;- Ahí esta pues como es el asunto;- Preg;- Ha solitos ellos se quedaron;- Resp;-0 sea que el día de los hechos, cuando sucedieron solamente estaban las personas de la camioneta y de la policía nada más; Resp;- Nada más si, pues dos camionetas;-Preg;-EI causante Milton Vásquez Aguilar, usted no se percató si estaba también tomado;- Resp;-No estaba tan tomado le digo que teníamos una hora dos horas nomás viendo el campeonato;-Preg;-Usted que dice que iba en el balde de la camioneta, no se pudo percatar del momento que él sacó el arma el señor Milton Vásquez Aguilar;-Resp;-EI no sacó ninguna arma cuando fue el trayecto del disparo, cuando lo disparó el señor policía, él no sacó en ningún momento;- Preg;- Los señores Agentes de Policía el día en que detuvieron y detuvieron a usted y sucedió lo que estamos justamente en esta diligencia a parte de la arma que portaba el señor Milton Vásquez Aguilar, encontraron alguna otra arma en el interior del vehículo;- Resp;- Ellos supuestamente dicen que han encontrado otra arma adelante, acá en Babahoyo;- Preg;- El lugar donde fueron los hechos es alumbrado;- Resp;- No ahí no hay nada de alumbrado;- El señor Ab. Miguel Costaín, Juez del tribunal, solicita una explicación y dice;-Señor Murillo, cuando ustedes iban en el vehículo en algún momento los señores que iban en la camioneta se identificaron como policías haciéndole las advertencia para que se detengan;- Resp;- Si, si ellos decían que eran Policía Judicial, que detengan la camioneta;- Explique;- Que hicieron ellos en ese

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

momento;- Resp;- Yo como iba atrás de la camioneta el chofer de la camioneta iba rodando;- Explique;- No se detuvo;- Resp;- Ya se detuvo cuando nos cerraron los señores policías;- Explique;-Mi pregunta es la siguiente yo entiendo que primero hubo los disparos, posteriormente hubo la persecución de lo que aparentemente se cuenta la policía pasa, mi pregunta es si el disparo sorprende al conductor o previamente al disparo hubo la advertencia para que se detengan, se identificaron como policías;-Resp;-Si antes de eso ellos se habían identificaron como policías judicial que detengan el carro;-Explique;-Y la reacción inmediata del conductor cual fue;- Resp;- Ya el chofer para una sola, ya;- Explique;- Yo le entiendo el pedido de aclaración que yo le hago es el siguiente, cuando lo cierran obviamente va a parar, pero que pasó cuando se identificaron como policías, trató de evadir eso, continuó y luego la policía cierra para que se detengan o simplemente la primera advertencia que hace la policía que se identifican como tal, voluntariamente el conductor frenó o no sucedió eso;- Resp;- No, no frenó ya frenó fue cuando ya nos cerraron, de frenar no frenó como dos veces nos repitieron que era la Policía Judicial;- Explique;-Cuando la policía les hace la advertencia para que se detengan el conductor hace algún comentario o no dice nada, se mantuvo en silencio;- Resp;- En silencio no nada nos dijo;- El Ab. de la acusación, Preg;- Que nos indique al tribunal, los señores Agentes que los interceptaron indicándoles que eran la policía, andaban uniformados;- Resp;- No;- Preg;- Y el carro en que se movilizaron era un patrullero policial;- Resp;- No, tampoco no nada;-EI señor Ab. de la defensa, Preg;-En la aclaración que le pide el señor Juez, al señor Darwin, dice que no escuchó que no comentó nada el conductor y usted como escuchó si iba en la parte posterior del vehículo en el balde y el conductor estaba en la cabina y como escuchó que no dijo nada;- Resp;- Yo iba hacia atrás y yo no escuché que el gritó nada, algo nada;- Preg;- Pero eso usted no dijo, usted dijo que él no dijo nada dice;- Resp:- No pues yo iba atrás del balde y no escuché nada; e) Testimonio de EDISON JOSÉ SILVA ALVARADO, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en el cantón Baba, domiciliado en la vía al recinto Tinoco del cantón Baba, de 26 años de edad, de estado civil unión libre, de ocupación agricultor, de instrucción primaria y de religión católica; quien al responder al interrogatorio de las partes, empezando por el señor Fiscal indica: Preg;- Señor Edison José Silva Alvarado, la fiscalía ha solicitado que comparezca a esta audiencia para que rinda un testimonio, porque usted en este hecho de investigación compareció a la fiscalía y rindió una versión, si usted se acuerda lo que dijo perfecto, sino se acuerda con la venia del señor Presidente, yo le puedo prestar para que vea lo que dijo, esta consiente de lo que dijo;- Resp;- Si;- Preg;-Relátele al tribunal, que es lo que usted conoce, que es lo que usted sabe de este caso;- Resp;- Nosotros el día sábado 3 de marzo, yo me encontraba en Baba, cuando en eso me llamaron unos amigos que yo estaba en una camioneta que vaya para allá yo estaba por el Cuerpo de Bomberos, entonces yo fui me llamaron y yo fui como siempre nos juntamos y estábamos ahí conversando cuando uno de mis amigos llamó a Milton, preguntándole que donde estaba y me imagino que le ha de haber dicho que estaba en Mapán, porque ellos estaban hablando por teléfono y entonces él le dijo que vayan para allá y él me dijo para ir en la camioneta, para ir en la camioneta y yo vengo y le dijo yo para allá no voy, entonces me dijo, vamos, vamos, yo no le digo, yo no voy, me dice vamos que yo te recojo para la gasolina, había un campeonato de pelota y le digo ya pues vamos., entonces de ahí salimos cuatro, dos con migo en la cabina y uno atrás en el balde, no dirigimos a Mapán, habrán sido tal vez como las cuatro, tres por ahí de la tarde que llegamos allá, ahí nos encontramos con Milton, porque él ya estaba ahí con un compadre, no se no me acuerdo el nombre y no lo conozco tampoco, estaba tomando era allá, llegamos ahí y estábamos platicando viendo el juego de pelota, cuando de ahí ya era tarde, ya iba a ser de noche yo les digo muchacho ya me voy les digo, vámonos a Baba, le digo así y el que estaba con Milton el compadre se fue y lo dejó ahí, entonces yo les digo vámonos y yo les digo ya nos vamos, y los dos que se embarcaron conmigo en la cabina se embarcaron conmigo y salimos de Mapán y viene Milton y me dice, a mí me decían " Conga ", me dice " Conga ", me puedes llevar y yo le digo ya claro, embárcate le digo así, el man se embarcó atrás en el balde con otro amigo que salí yo de Baba, iban los dos atrás, nosotros íbamos 3 adelante, salimos de Mapán, casi seis o cinco y media por ahí, porque ya estaba oscureciendo y salimos, cuando yo iba casi por la bajada del puente de Mapán, yo escuché que disparó Milton, de ahí vengo y le digo a los muchachos que iban adelante les digo " muchachos les digo Milton viene alegre, les digo así ", Milton, viene alegre, el

man disparó y yo seguí rodando en la camioneta, venía a unos 40 a 60 mucho en la camioneta, porque ese carretero estaba feo en ese tiempo había artos huecos no se podía ni correr otra que veníamos estrechitos ahí y yo no podía ni meter cambio en la camioneta, entonces rodamos casi un kilómetro, tal vez un kilómetro tal vez, ya de ahí yo sentí el carro nomás, no lo vi porque el carro justo ahí llegó y me alumbró con las luces y ellos gritaron, alto Policía Judicial, como tres veces pero fue rápido, a lo que ellos dicen alto Policía Judicial, el carro iba como deteniéndose casi la marcha en la camioneta que yo andaba, a lo que yo iba deteniendo la marcha veo los dos carros así juntitos, yo escuché un solo disparo, a lo que él man dispara yo vengo y me bajó porque ya el carro casi ya estaba, ya parado, sino que la camioneta que yo andaba se puso así la otra camioneta se puso un poco así sesgada, entonces yo paré y me bajo rápido como yo andaba manejando y veo el balde a lo que yo veo el balde ya Milton, estaba tirado en el suelo entonces viene un policía y me arrecuesta contra el balde de la camioneta y me esposa, entonces yo le digo a Julio, le digo como a él le dicen " La Mosca ", le digo " Mosca" dispararon a Milton, le digo así y el man me dice, ya, ya voy a llamar a Polo me dijo, de ahí yo le digo al que me esposo y le digo, por gusto le disparaste le digo así si el man venía disparando al aire y el policía me dice tú no te preocupes que tu hiciste bien en parar la camioneta me dice así, yo le digo si por las guevas le disparas si tú no tenías porqué dispararlo le digo así, de ahí el man me cogió y me embarcó en la otra camioneta que ellos andaban y la camioneta que yo andaba, cogieron y le dieron la vuelta y se la llevaron a Babahoyo, hiendo yo atrás en la otra camioneta siguiéndolos casi por la altura de " El Naranjo ", más adelante ahí a Milton, lo cambiaron de carro de la camioneta que yo andaba a la ambulancia, ahí lo cambiaron y nosotros ahí alcanzamos a la camioneta y a nosotros nos llevaron a Babahoyo a la PJ y ahí nos tuvieron como hasta la una de la mañana creo, ya cuando a nosotros nos dijeron que ya Milton, estaba muerto, así pasó;- Preg;- Algún otro detallito que usted quiera narrar;-Resp;- No pues, que también decían que nosotros andábamos armados y que nosotros cargábamos revolver, que habían encontrado un revólver dentro de la cabina supuestamente, pero ahí dijeron de las huellas y nunca encontraron de quien era el revólver, nosotros no cargábamos nada, eso lo pusieron no sé, pero dicen que eso había aparecido en Babahoyo, ahí en el momento que a nosotros nos cogieron allá a nosotros nos registraron y a nosotros nunca nos encontraron nada y dicen que los otros dos que andaban conmigo se fueron dicen que se dieron a la fuga, ellos nunca se fueron, se quedaron ahí parados, solo nos cogieron a nosotros dos nomás y los otros dos quedaron ahí parados en la carretera quedaron los otros, nunca se fueron:-EI Ab. de la acusación, Preg;-Señor Silva, indíquele al tribunal, al momento que ocurrieron los hechos que usted acaba de relatar se podía ver todavía;- Resp;- Claro si estaba de día, si yo cuando Milton, estaba tirado en la camioneta yo me di cuenta que estaba disparado porque los dedos estaban pálidos y los labios resecos, estaba de día todavía se podía distinguir;- Preg;- Y los señores Agentes de Policía, al momento que le dijeron alto policía, les mostraron alguna credencial;-Resp;-No nunca yo, ni me imaginaba que eran policías yo solo;-Preg.;-Ellos andaban uniformados;-Resp.;-No;-Preg.;-Y en patrullero policial andaban;-Resp; Tampoco;- Preg;-Este señor Agente de Policía que disparó al señor Milton Vásquez, discutió con él o hubo alguna pelea;- Resp;- No solamente se escuchó un tiro nomás, el de la camioneta nomás lo disparó él ni se bajó de la camioneta, de la camioneta de él nomás lo disparó;- Preg;- Que distancia;- Resp;- A una corta distancia, como de aquí allá nomás, si la camioneta iban casi juntas iban;-EI señor Ab. de la defensa, Preg; indíquele al tribunal señor Edison Silva Alvarado, desde que hora estaban ustedes libando;- Resp;- Nosotros llegamos allá como a las cuatro, cinco o tres de la tarde, hasta mucho tal vez a las cinco y media le dije; Preg;- Y qué clase de licor bebían;- Resp;- Estábamos tomando una de whisky, unos tragos nomás nos tomamos y de ahí nos íbamos porque no podía estar ahí lejos, mejor me iba a Baba, dije porque en Baba, estoy más cerca de la casa;- Preg;- En el lugar donde sucedieron los hechos ese lugar es habitado o sólido; Resp;- Es sólido;- Preg;- Al momento que los señores policías se identificaron como Agentes de la Policía Judicial y les pidieron que se detengan la marcha, porque no detuvo la marcha inmediatamente;- Resp;- Yo la detuve, tampoco voy a frenar a raya no podía yo iba deteniendo el carro, fui deteniendo, porque ellos dijeron policía, policía pero rápido todo fue rápido;- Preg;- Usted tenía conocimiento que el señor Milton Vásquez AguiJar, trabajaba como guardia de seguridad;- Resp;- Si;- Preg;- Usted tenía conocimiento que él portaba el arma;- Resp;- No yo no sabía que él cargaba arma, nunca me

imaginaba por eso yo vine a saber cuándo escuché los disparos nomás;- Preg;- Usted cuando escuchó los disparó y vio que había un arma en el interior de su camioneta, usted no hizo nada;- Resp;- Y yo porque iba hacer algo, acaso yo soy nada para decirle bájate de la camioneta porque andas armado, si el único que me dijo fue que lo lleve nada más y como el man disparó al aire;- Preg;- Usted en el momento que se produjo el disparo, que dice que escuchó un disparo, usted vio quien disparó;- Resp;- No yo no vi, pero él dijo que es él quien había disparado, él mismo dijo que había disparado;- Preg:- Usted tenía conocimiento si el señor Milton Vásquez Aguijar, anteriormente había sido procesado;- Resp;- No yo no sabía, yo lo vine a conocer cuando llegó allá a la piladora a trabajar, ahí lo vine a conocer;- Preg;- Y qué relación de amistad o parentesco tenía con el señor Milton;- Resp;-Amigos nomás;- Preg;- Cuantos años- Resp;- Pocos;- El Ab. de la acusación, Preg;-Señor Silva Alvarado, aclárele aquí al tribunal, usted al referirse a la pregunta de la defensa del procesado, respecto a que si vio quien disparó, indicó que él indicó que si había disparado, le podía aclarar al tribunal, a que persona se refiere, será acaso al procesado que dijo si yo le disparé;- Resp;-Si él lo dijo pero fue en la audiencia que se hizo en Vinces, él ahí dijo que lo había disparado, porque según dice que le había disparado también a él, según él dijo eso y esa vez se escuchó un solo disparo nomás, porque al haberlo disparado la otra camioneta había tenido algún impacto de bala y no tenía ninguno, ninguna de las dos tenía impactos de bala solo un solo tiro se escuchó en esa noche, a parte de los dos que disparó él;- El señor Ab. Miguel Costaín, Juez del tribunal, solicita una explicación y dice;-Señor Silva, quien iba en la parte de atrás de la camioneta;-Resp;-Darwin; Explique;- Solamente él;-Resp;- Solamente los dos nomás;- Explique;-Darwin, quien es Darwin;-Resp;-Es el que ya declaró;- Explique;- El señor que acaba de declarar;-Resp;-Si él iba atrás con él, dice que venía sentado en la compuerta de la camioneta, dice él que venía sentado en la compuerta de la camioneta y el otro iba parado casi por la cabina;-Explique;-Hemos escuchado que no habido, solamente se ha escuchado un solo disparo, mi pedido de aclaración es el siguiente de lo que usted pudo observar hubo el intento de repeler tal vez el hecho tal vez de que la camioneta que se identificó como la policía se les estaba acercando;- Resp.; no se pues yo iba manejando, nunca no pude mirar para atrás porque yo iba manejando en la cabina; f) Testimonio de JULIO ALBERTO MURILLO SANTUR, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido en el cantón Baba, domiciliado en el recinto Tinaco del cantón Baba, de 33 años de edad, de estado civil soltero, de instrucción primaria, de ocupación chofer y de religión católica; quien al responder el interrogatorio de las partes iniciando con el señor Fiscal dice: Preg;-Señor Julio Alberto Murillo Santur, la fiscalía ha solicitado que venga a rendir su testimonio porque usted en la investigación de este caso usted se acercó a la fiscalía y rindió una versión por eso yo he solicitado que venga usted y rinda un testimonio respecto a este caso, cuéntele usted al tribunal, que es lo que sabe, que es lo que usted conoce, que es lo que usted presenció, aquí está su versión pero si usted se acuerda y no necesita revisarla, cuéntele al tribunal, que es lo que sabe;-Resp;-Nosotros estábamos ahí viendo un juego de pelota que había ahí ya y nosotros nos estábamos tomando unos traguitos y de ahí ya terminó el juego de pelota, ya nosotros procedimos ya a venirnos y ya nos retiramos y cuando ya veníamos por el puente de Mapán, nosotros cundo Milton Vásquez, en el balde de la camioneta gritó: vivan las putas y un disparo nada más y de ahí nosotros veníamos y proseguimos la marcha cuando de repente más adelante una camioneta nos cierra y escuchamos un disparo de ahí nosotros nos bajamos que pasó y cuando miro así al balde de la camioneta uno de mis amigos no estaba ahí Milton Vásquez, miro el balde de la camioneta y el señor estaba tirado en el cajón de la camioneta muerto y cuando ahí yo le digo al señor, lo mataste ahí tu a Milton, cuando ya ahí que no que no sé cuánto, según que iban a llamar la ambulancia se secreteaaron que no que no sé cuánto y no llego la ambulancia y que no que van detenidos, no que detenidos si nosotros no cargamos ni una arma, me le alzo el suéter, la camiseta, porque vamos a ir detenidos ya de ahí se secreteaban, se secreteaban que la ambulancia, nunca llegó, de ahí a mis dos amigos los cogieron y los subieron a la camioneta del señor Silva y a Xavier y se los llevaron, dieron vuelta a la camioneta y cogieron y se los llevaron y nosotros con mi hermano quedamos ahí votados en el lugar de los hechos, de ahí yo vine hasta aquí a Babahoyo, donde al señor la trajeron hasta el hospital, ya al ver que mi amigo ya había fallecido ya vuelta yo cogí para la piladora, yo hasta ahí estuve, esas son mis palabras de lo que sucedió ahí;- Preg;- En esos instantes, en esos momentos cuantos disparos

usted escuchó;- Resp;- Uno, un solo disparo cuando él dijo " vivan las putas " un solo disparo;- Preg;-Cuando usted ya lo vio a su amigo a Milton, que estaba tirado en el balde, ahí cuantos disparos;- Resp;- Un solo disparo nomás y ahí que nosotros que pasó, que fue cuando la camioneta nos cerró y nos paramos y que pasó;- Preg;- Y cuando usted le dijo a uno de los policías que decían que eran policías, por gusto lo mataste a quien se dirigió usted a quien le dijo eso;- Resp;- Al señor policía que mato a Milton Vásquez;- Preg;-Mire atrás a ver si encuentra (se para);- Resp;- Si (señala al acusado);- Preg;- Ya pero usted se dirigió a él y dijo por gusto lo mataste;- Resp;- Si por gusto lo mataste a Milton Vásquez, cuando no que ustedes van preso, porque vamos a ir presos si nosotros no cargamos ni arma, yo me le levantó la camiseta y;-El señor Ab. de la acusación, Preg;-Señor Murillo, explíquele al tribunal, los hechos que usted acaba de relatar sucedieron de noche o todavía se podía ver;- Resp;- Todavía se podía ver, estaba un poquito ya;- Preg;- Los señores que indican los cerraron, se identificaban que eran Agentes, andaban en algún patrullero policial o no;- Resp;- No en una camioneta color plata, plateada;- Preg;-Y estaban uniformados; Resp;- No;- Preg;- Le mostraron alguna credencial;- Resp;- Tampoco;- Preg;- Antes de escuchar ese disparo que usted dice usted que originó que paren la marcha y cuando usted se bajó ya vio al señor Milton, tirado en el balde de la camioneta, escuchó alguna discusión que se insultaran entre parte y parte, entre el que disparó y el difunto;- Resp;- No ninguno solamente el disparo nomas;- El señor Ab. de la defensa, Preg.;-Señor Julio Murillo Santur, diga el repreguntado que actividad se encontraba usted realizando el 3 de marzo del 2012, a eso de las 18h00;- Resp;- Estábamos viendo pues el juego de pelota ahí en Mapán, tomando unos traguitos y de ahí nos venimos;- Preg;- indíquele al tribunal, que clase de tragos estaban bebiendo;- Resp;-Una botella de trago que estábamos tomando y de ahí cogimos y nos venimos porque ya se venía la noche, vámonos, como el señor estaba trabajando en la piladora que era guardia, vámonos nos retiramos de ahí;- Preg;-Puede indicarle al tribunal, indicándole la calidad de trago que dicen estaban bebiendo;-Resp;- Una botella de William Lapsus;-Preg;-Eso es Whisky;- Resp;-Si;-Preg;-Usted tenía conocimiento que el señor Milton Vásquez Aguilar, ese día 3 de marzo del 2012, en la que andaba junto con usted cargaba arma;- Resp;- No;-Preg;-No tenía conocimiento;-Resp;- No;- Preg;-Usted en que sector vive;- Resp;-Tinoco;-Preg;-En qué lugar;-Resp;-No le llaman así nomás " Tinoco ", como un recinto;-Preg;-Usted dice que después de que sucedieron todos los hechos usted se regresó a la piladora;- Resp.;- Si;- Preg.;- A que se regresó a la piladora;- Resp.;- Ya como mi amigo dieron los estos que había muerto, ya pues arreglar a mover los carros porque lo iban a velar en la piladora porque ahí estaban los camiones en la piladora;- Preg.;- Usted que funciones realiza en la piladora; Resp.;- Soy chofer;- Preg.;- Chofer de quien es;- Resp;- Chofer de los camiones de Polo Vásquez;- Preg; Desde que tiempo viene trabajando;- Resp;- Yo trabajo con él más o menos unos 10 años;- Preg;- Y ahí mismo vive;- Resp;- No, no yo vivo aparte;- Preg;- En el lugar después de que el señor Milton Vásquez Aguilar, realizó el disparo en el puente Mapán, que tiempo ustedes circularon en la camioneta Mazda;- Resp; Avanzamos unos dos kilómetros, avanzamos un buen momento;- Preg;- Usted se dio cuenta y escuchó que la policía se identificó y haciéndole la voz de alto que detengan la marcha y el conductor la detuvo enseguida o posteriormente hizo la detención;-Resp;-No, nunca no, no se identificaron que eran policías ya a lo que nosotros escuchamos el disparo la camioneta roja ahí fue que nosotros y veníamos despacio y ahí a lo que paramos yo cojo y me bajo de la camioneta como yo venía en la cabina adentro yo miro para el balde de la camioneta ya mi amigo ya no estaba y miro el balde de la camioneta ya con el tiro que le había pegado, ya estaba muerto;- Preg;- O sea que la policía nunca dio la voz de alto, se identificó como policía;-Resp;-No; Preg;- Usted en que parte de la camioneta iba ese día;- Resp;- Iba en la cabina;-Preg;- Junto con quien andaba;- Resp;- Xavier Silva Alvarado, Pedro Murillo y el señor Milton Vásquez;- Preg.;- EIIos iban en el interior de la camioneta con usted;- Resp;- No, no iban ahí mismo Milton y Xavier Murillo iban en el balde;- Preg; Usted al momento que pasaban por Mapán, usted dice que escuchó un solo disparo que hicieron al aire; Resp;- Si;- Preg;- Y el señor que disparó no manifestó nada porque disparaba;- Resp;-No solamente nosotros lo escuchamos que el cogió y grito;- Preg;- Que grito;- Resp;- “Vivan las Putas ";-Preg;- Cual es él;- Resp;- El grito " vivan las putas ";- Preg;- En el momento que iba siendo perseguido por la policía con la camioneta, usted escuchó dos disparos que se dieron en ese instante;- Resp;- Uno;- Preg;- Un disparo;- Resp;- Y Usted vio quien disparó;-

Resp;- No, porque yo iba adentro de la camioneta;- Preg;- Usted iba en el interior de la camioneta;-Resp;-Si;- Preg;- Pero usted tampoco vio si el señor Milton Vásquez Aguilar, apuntó con el arma y disparó;- Resp;-No, si no se escuchó un disparo más, fue uno solo;- Preg;- Usted qué grado de amistad tenía con el señor Milton;- Resp;- Mi amigo porque yo trabajo ahí;- El señor Ab. Miguel Costaín, Juez del Tribunal, solicita una explicación y dice;-Señor Murillo, podría indicar por favor si en la camioneta que ustedes iban quien iba conduciendo, quien estaba alado del conductor, quien estaba en el asiento trasero, camioneta doble cabina o una sola cabina;- Resp;- Una sola cabina, una mazda;- Explique;-Quien estaba conduciendo, quien estaba alado del conductor y quienes estaban en el balde de la camioneta;- Resp;- Édison Silva, el conductor, en medio iba mi hermano Pedro Murillo y yo iba alado de la puerta del lado derecho y atrás en el balde;- Explique;- O sea que iban tres en la cabina;- Resp;- Claro que íbamos tres en la cabina;- Explique;-Y alado de la ventana quien venía;-Resp;- Yo Julio Murillo;- Explique;- Atrás quien iba;- Resp;- Milton Vásquez y Darwin Xavier;- El señor Ab. Marco Litardo, Juez del tribunal, solicita una explicación y dice;-Aclárenos al tribunal, señor Murillo, luego del disparo ustedes se detuvieron verdad;- Resp;- Sí;- Explique;-Que pasó con el señor Edison y su hermano;- Resp;-A Edison lo apuntaron con el arma y a Xavier, lo tenían atrás por el estribo que lo apuntaban sentado en el suelo, atrás en la camioneta sentado por las guías de la parte de atrás;- Explique;- Y de ahí que pasó;- Resp;- De ahí lo apuntaban con el arma, los apuntaban, los apuntaban y que no que van detenidos y porque vamos a ir detenido si yo y por eso me les alzo la camisa si no cargamos ninguna arma, ninguna esta, que llamaron la ambulancia y nunca llegó la ambulancia de ahí dieron la vuelta a la camioneta y se llevaron la camioneta con el difunto y mi amigo Darwin Xavier y José Silva Alvarado y a nosotros nos dejaron ahí votados en el lugar de los hechos, de ahí al ratito ni al minuto llegó el hermano Polo Vásquez, que yo lo llame y le digo ven que lo mataron a Milton, por el cruce de ganado, yo lo llame por teléfono y al ratito él estuvo ahí y con él estuvimos aquí en Babahoyo, aquí en el hospital;- Explique;- A quienes dejaron votados;- Resp;- A pedro Murillo y a mi Julio Murillo, los dos quedamos votados en el lugar de los hechos;- El señor Ab. Miguel Costaín, Juez del Tribunal, solicita una explicación y dice;-Usted había indicado que no había escuchado que la policía se había identificado como tal, yo quisiera que aclare en el término de identificación, una cosa es que le enseñen la placa y otra cosa es que le griten, alto policía, quiero saber que exactamente sucedió, usted escuchó que dijeron alto policía;- Resp;- No nada, nada, ellos se escuchó el disparo nomas y nosotros paramos la camioneta nomas ellos apuntándonos con las armas a nosotros; g) Testimonio de PEDRO JACINTO MURILLO SANTUR, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido y domiciliado en el recinto Tinaco del cantón Baba, de 41 años de edad, de instrucción primaria, de ocupación agricultor, de estado civil unión libre y de religión católica; quien al responder al interrogatorio de las partes, iniciando con el señor Fiscal indica: Preg;-Señor Pedro Jacinto Murillo Santur, usted ha sido llamado por la fiscalía para que venga a testificar respecto a este hecho respecto a este hecho ya que de las investigaciones aparece que usted ha ido a la fiscalía y ha rendido una versión; Resp;- Si:- Preg;- Entonces queremos que usted explique aquí al tribunal, que es lo que usted conoce, que es lo que usted sabe, que es lo que usted ha presenciado, para que nos ilustre;- Resp;- Bueno yo estaba en el recinto Mapán, tomándome unos tragos con el señor Milton Vásquez, salimos de Mapán, bajando el puente de Mapán, él pegó dos tiros al aire y él dijo viva, grito "vivan las putas", dijo cuándo adelante se nos presenta una camioneta plateada, color plata, nos interceptó y nos paró ahí nos encañonaron, nos tenían encañonados ahí, a lo que él dice, yo los policías me pone las esposas en las manos y no, no me dejaba la otra y a lo que yo digo lo mataron a Milton Vásquez, ellos se asustaron y un policía moreno le dijo que hiciste, que hiciste, y ellos ahí estaban asustados y de ahí ellos habían dicho que nosotros nos habíamos ido huyendo, nosotros nunca nos fuimos de ahí del lugar, yo me quedé ahí hasta que llegó el hermano Polo Vásquez y me trasladé aquí a Babahoyo, otra vez llegamos a Babahoyo mismo y ellos dicen que nosotros nos hemos ido del lugar esposados huyendo, mentira eso nunca huimos nosotros, tuvimos ahí;- Preg;- Algo más que quiera expresar; Resp;- Ahí que dijeron el policía que hiciste, que hiciste porque lo tiraron al difunto y lo mataron a Milton Vásquez;- Preg;- Usted venía adelante;- Resp;- Si yo venía adelante, sino que ellos nos tenían encañonados a mí y a Julio Murillo, a un hermano mío, nos tenían encañonado y viene y me pone en la mano la esposa dura ahí y yo no le daba la otra, a lo que me le voy al

balde de la camioneta y veo le digo lo mataron a Milton Vásquez y un policía moreno le dijo que hiciste, que hiciste y se asustaron ellos y me sacaron la esposa y ahí me dejaron votado y se vinieron en la camioneta, la Mazda roja, se trasladaron en la misma camioneta y lo trasladaron al difunto como un animal, porque él ya venía muerto ya, porque ellos tenían que cogerlo en una ambulancia y nunca vinieron ellos;- Preg;- Cuantos disparos usted escuchó que hizo;- Resp;- Ellos hicieron un disparo;- El señor Ab. Acusador, Preg;-Dígame señor Murillo, aclararle al tribunal, los hechos que usted acaba de relatar presenció, sucedieron de día o todavía estaba de noche;- Resp;-Eran como las seis y media nomás;- Preg;- Se podía ver todavía;- Resp;- Claro ya estaba entre oscuro y claro, no ya no se veía bien; Preg;- Los señores Agentes que dicen que eran Agentes de Policía, andaban uniformados;- Resp;- No, no andaban uniformados;- Preg;- El carro que se les acercó y los cerró era un patrullero policial;- Resp;- No, era una camioneta plateada;- Preg;- Ya ustedes dicen iban de la dirección Mapán -Baba, por el carril derecho; Resp;- Si íbamos por el carril de nosotros;- Preg;-La camioneta que los cerró se les acerca por el lado del chofer;- Resp;- Si;- Preg;- Usted escuchó un solo disparo;- Resp;- Si un solo disparo escuché yo;- Preg;- Y no escuchó que antes del disparo existiera pelea, insultos entre el difunto y el hechor;- Resp;- No, nada nada, nada no hubo de pelea ahí ya el difunto estaba tirado en la camioneta del balde ahí, a lo que yo salgo de adentro de la cabina de adelante yo lo vi y lo vi que estaba hecho ya no se movía nada;- El señor Ab. de la defensa, Preg;-Señor Pedro Murillo Santur, a qué hora llegó usted al recinto Mapán, señor Murillo;- Resp;- Yo llegué como a las cuatro de la tarde;- Preg;-En compañía de quien llegó;- Resp;- En compañía de Julio Murillo, un hermano mío;- Preg;- Ustedes llegaron en algún transporte público o en alguna camioneta;- Resp;- En la camioneta misma que, en la Mazda;- Preg;- Y la Mazda de quien era;- Resp;- De este de Sirva, Edison Sirva(-Sic), de la mamá es la camioneta;- Preg;- Usted donde laboró últimamente;- Resp;- Yo trabajo en la agricultura nomás en terreno propio de uno mismo;- Preg;- Usted tenía conocimiento que el señor Milton Vásquez Aguilar, portaba armas;- Resp;- No;- Preg;- En qué lugar exactamente, indíquele al tribunal, usted iba sentado en la camioneta Mazda, color rojo, cuando ya se dirigían a Baba;- Resp;-Yo iba adentro en la cabina;- Preg;- En que puesto;- Resp;-Yo alado de la ventana;- Preg;- Esa es la ventana del costado derecho, una sola cabina no;- Resp;-Si;- Preg;- Usted pudo percatarse o darse cuenta si el señor Milton Vásquez Aguilar, disparó en contra de la policía;- Resp;- No, nunca disparó en contra de la policía;- Preg;- Y porque dice usted nunca, si usted estaba en la cabina, usted estaba adelante;- Resp;- Es que uno viene y el vidrio atrás no es muy oscuro, se ve todo yo todavía no venía mareado tanto;- Preg;- Usted puede indicar en qué lugar venía sentado el señor Milton Vásquez Aguilar, supuestamente en el balde de la camioneta, en el sector en que sitió;- Resp;- Venía atrás al último, venía sentado alado de la compuerta del carro, venía al último;- Preg:- Al último en la compuerta;- Resp;- Si al lado izquierdo;- Preg;-Entonces él venía sentado;- Resp;- Si;- Preg;- En el lugar donde sucedieron los hechos es un lugar sólido o es poblado;-Resp;- Es sólido;- Preg;- Sólido;- Resp; Si;- Preg;- Usted se percató o escuchó si los señores miembros de la policía se identificaron como miembros de la policía judicial;- Resp;- No ellos no se identificaron nunca, ellos no se identificaron que eran de la policía;- Preg;- Nunca se identificaron;- Resp;- No;- Preg;- O sea que jamás la policía se identificó ni tampoco les dijo que detengan la marcha del vehículo;- Resp;- No, porque ellos no cargaban para como para identificarse ahí, sino que ellos tas interceptaron el carro adelante;- Preg;-0 sea que ahí atravesaron directamente el vehículo;- Resp;- Si y nosotros tuvimos que parar ahí;- Preg;- Por lo que se atravesó detuvo la marcha del vehículo;- Resp;- Si;- Preg;- Nunca escuchó usted de que ellos se hayan identificado como miembros de la policía;- Resp;- No;- Preg;- Usted dice que escuchó dos disparos en el puente de Mapán, que realizó Milton Vásquez Aguilar;- Resp;- Si dos tiros que pegó al aire;- Preg;-Y ustedes que iban en la cabina del lado derecho no les dijo nada algún comentario al conductor de la camioneta con el ánimo de prevenir que en algún momento podría ser objeto de detención por portar arma;- Resp;- No;- Preg;- Después de que tiempo más o menos trasladaron al herido con dirección a esta ciudad de Babahoyo;- Resp;- Como media hora si como a las siete más o menos lo trasladaron porque estaban esperando ambulancia y nunca les llevó;- Preg; En ese instante todavía estaba claro o estaba oscuro el sitio;- Resp;- Todavía si se alcanzaba a ver todavía; Preg;- Estaba claro;- Resp;- Si;- Preg;- Usted con quien se trasladó a esta ciudad;- Resp;-Yo me trasladé con el hermano Polo Vásquez, aquí a Babahoyo;- Preg;- Ya después de que tiempo;- Resp;- Como a la

media hora también, él estaba en Baba y llegó ahí;- Preg;- Usted a la contestación de la pregunta del señor fiscal, usted dijo que ellos se regresaron y ustedes los dejaron, que la policía los dejó dicen;- Resp;- Si, pues ahí nos dejó y de ahí me trasladé a Babahoyo, con él porque lo llamaron a Polo Vásquez, y de ahí nos trasladamos acá;- Preg;- Y después de que tiempo llegó el señor Polo Vásquez;- Resp;- Pasadito de media hora llegó así, llegó al lugar donde nos dejaron ahí;- Preg;-Usted se dio cuenta si la policía reportó la novedad a alguna institución, pidió apoyo o auxilio pidiendo alguna ambulancia;- Resp;- Sí que habían pedido ambulancia, pero a ellos nunca les llegó la ambulancia ahí donde estaban, en la misma camioneta lo trajeron a él;- Preg;-Y usted solito se quedó ahí en ese sector;- Resp;- Me quedé con mi hermano, con Julio Murillo, los dos nos quedamos ahí, porque ellos para llevarnos tenían que llevarnos a todos los que andábamos y a nosotros nos dejaron ahí, se llevaron dos de los compañeros que andábamos ahí;- Preg;- Y a usted no lo llevaron;-Resp.; No a dos no, nos llevaron nos dejaron ahí a mí y a Julio nos dejaron votados ahí mismo;- Preg;- Su hermano en qué lugar trabaja;- Resp;- Trabaja en la piladora con Polo Vásquez;- Preg;- Usted qué relación de amistad tiene con la familia Vásquez;- Resp;- Ellos son cuñado Polo;- Preg,- Cuñado suyo;- Resp;- Si;- Preg;- Quien es cuñado suyo;- Resp;- Polo Vásquez;- Preg;- Y él quien es, quien es Polo Vásquez;- Resp;- Polo Vásquez, es un amigo mío;- Preg;- El que es para el señor Milton Vásquez Aguilar; Resp;- Hermano; h) Testimonio de la menor KARLA CECILIA PAREDES SUÑIGA (Sic), ecuatoriana, portadora de la cédula de ciudadanía No. XX, nacida en el cantón Baba, domiciliada en el recinto "Mapán", de 17 años de edad, de estado civil soltera, de instrucción básica, de ocupación quehaceres domésticos y de religión católica; a quien por su condición de menor de edad y de acuerdo a lo previsto en el art. 127 del Código de Procedimiento Penal, se designó como su CURADORA a su señora madre ANA ARACELY ZÚÑIGA MURILLO, ecuatoriana, portadora de la cédula de ciudadanía No. XX, nacida y domiciliada en Babahoyo, de 42 años de edad, de estado civil viuda, de ocupación quehaceres domésticos, de instrucción secundaria y de religión católica;, luego de las formalidades de ley la compareciente responde a las preguntas de los litigantes iniciando con el señor Abogado de la acusación particular Preg;-Señorita Karla Cecilia Paredes Zúñiga, podría indicarle usted al tribunal, si el día 3 de marzo del 2012, en que ocurrieron los hechos que son materia de esta causa pudo observar usted momentos antes de que ocurra los hechos que se investigan a los señores Agentes de Policías, que participaron en el hecho, tomando en algún sitio, cerca del sector donde ocurrieron;-Resp;-Si; Preg;- A quien exactamente usted vio tomando;- Resp;-A él (señala al acusado);-Preg;-AI señor procesado; Resp;- Si;- Preg;-Que hora más o menos;-Resp;-Más o menos como las tres de la tarde;- Preg;-Desde las tres usted los vio tomando;-Resp;-Si;-Preg;-Que hay algún sitio donde expenden bebidas por ahí cerca;- Resp;-Si cerca de mi casa;-Preg;-Estaba en compañía de quien;-Resp;-Con otros hombres también que estaban tomando y no sé, él estaba yo lo vi, pero los otros señores no recuerdo, pero a él si lo recuerdo;-Preg;-Ya él andaba en algún patrullero policial o andaba en algún carro;-Resp;-La verdad es que no me fije porque yo lo vi cuando él estaba bebiendo, yo lo vi;-Preg;-Hasta que hora lo vio bebiendo;-Resp;- Hasta como a las cinco y media a seis;-Preg;-Seis de la tarde;- Resp;-Si;-EI señor Ab. De la defensa, Preg;-Señorita Karla Cecilia Zúñiga, puede indicarle al tribunal, a donde tiene usted su residencia;-Resp;- Vivo ahí en Mapán, donde yo lo vi al señor que estaba tomando, mi casa está a media cuadra y él estaba tomando;-Preg;-Con quien vive ahí; Resp.;- Con mi abuelita y mis hermanas;-Preg;-Cómo se llama su abuela;-Resp. ;-Cecilia Cepeda;-Preg;-Usted puede recordar cómo se encontraba vestido el señor Gabriel Rivas Valencia, el día que lo vio que dice que estaba bebiendo;-Resp;-No, porque solamente lo vi una vez sino como dos a tres veces, entonces no puedo decir exactamente, no me recuerdo porque ya pasó el tiempo;-Preg;-No recuerda como estaba vestido; Resp.;-Pero si lo vi a él, recuerdo su cara;-Preg.;-Quien le pidió que venga a rendir su testimonio en esta audiencia;-Resp.;-Yo, porque yo lo vi a él y yo vine por eso porque yo lo vi;-Preg;-Y a quien más vio pues; Resp.;- A los señores que estaban con él pero, yo lo vi a él y yo recuerdo su cara también;-Preg;- A que distancia queda su domicilio con la tienda que supuestamente dice que existe;-Resp;-A media cuadra;-Preg;-Y en el recinto Mapán, que actividades se realizaron ese día;- Resp;-este campeonatos de juego de pelotas y yo vivo ahí al frente donde eran los campeonatos y yo salía y yo lo vi;-Preg;-Y estando usted a medias cuadra de distancia usted lo vio que estaba bebiendo no;- Resp;- No, yo salí a

comprar y yo lo vi a él. **SÉPTIMO.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO:** El art. 449 del Código Penal (tipo penal con el cual acusa el señor Fiscal en calidad de autor al acusado), indica: "El homicidio cometido con la intención de dar muerte, pero sin ninguna de la circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años". De la descripción del tipo penal invocado, podemos obtener los siguientes elementos objetivos. 1) Ocasionar la muerte de una persona sin las circunstancias del art. 450 del Código Penal. 2) Materialización del hecho. Por su parte, el citado injusto penal goza de un elemento subjetivo en particular, este es: La intención acompañada del acto, es decir voluntad manifiesta revelada en el resultado criminoso. El homicidio se diferencia del asesinato por su carencia de alevosía, ensañamiento u otras circunstancias, y generalmente por no matar con motivos miserables o vacuos, como la promesa remuneratoria o recompensa, o en general, el ánimo de obtener lucro de la actividad homicida. La figura penal del homicidio simple se configura cuando un ser humano, con dolo o intención pone fin a la vida de otro ser humano, sin que se configuren las circunstancias que la ley prevé para atenuar la figura, o agravarla. Es un delito que requiere un resultado material: la muerte de una persona ya nacida, distinta del autor del hecho, pues de lo contrario se trataría de un suicidio, salvo que se lo haga mediando coacción por parte de un tercero, que sería el homicida. Puede ser ocasionada por acción, por ejemplo dispararle a alguien con un arma de fuego, u omisión, no darle de comer a un niño a su cuidado. Los modos no son relevantes, se constituye la figura penal por cualquier modo que ocurra la muerte, salvo aquellos que se configuran como agravantes, creando la figura de homicidio agravado. El Estado en la Constitución actual, garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida, nadie puede atentar contra la vida, está expresado en el Art. 66, numeral 3, literal b), propende una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, el Estado, adoptará la medida necesaria para prevenir eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres y niños y toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad. Los jueces estamos en la obligación de garantizar y aplicar en forma inmediata los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, tal como consta en el título 2, de los derechos, en el art. 11, numeral 3 de la Constitución del Ecuador, además en el art. 4 del Código Penal, restringe la interpretación extensiva de la Ley, el Juez debe atenerse estrictamente a la letra de la Ley. **OCTAVO.- ADECUACION TÍPICA Y ANTIJURICIDAD:** El delito, desde su concepción clásica, técnica o casualista, con Franz Von Liszt y Ernst Von Beling a la cabeza, se consideró como un acto, tipifico, antijurídico y culpable, la misión de un Tribunal de Garantías Penales, previo al exponer su decisión, es verificar el cumplimiento de cada una de las partes de dicha teoría, es decir, la existencia de un comportamiento humano, un nexo causal físico y un resultado; así como también la verificación de que el delito invocado, esto es el art. 449 del Código Penal, encaje milimétricamente en los supuestos de hecho invocados por parte del señor representante de la sociedad; utilizando las palabras de Jiménez de Asua, el acto debe de encajar como "el marco a la puerta o el tornillo a la tuerca", todo esto a más de la ausencia de causas de justificación que puedan actuar como elementos de destrucción de la antijuridicidad, para finalmente poder juzgar la conducta del acusado GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA, por lo cual, este Tribunal analizando la prueba practicada en esta audiencia arriba a la certeza que: Que, el día 03 de Marzo del 2012, a eso de las 18H30, en el Recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, el hoy fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, cuando se encontraba circulando en un vehículo Mazda 2200, color rojo con cuatro compañeros de trabajo, con quienes se dirigían al cantón Baba fueron interceptados por un vehículo color plata tipo camioneta en la cual se transportaban miembros de la policía nacional, quienes iniciaron persecución al vehículo en el que se transportaba el ahora difunto Milton Vásquez con sus compañeros quienes minutos antes habían realizado disparos al aire, por lo que al parar la marcha de los automotores, el acusado Gabriel Alberto Rivas Valencia sacando a relucir su arma de fuego impactó un disparo en la humanidad de Milton Oswaldo Vásquez Aguilar a la altura de la región superior derecha del pectoral el cual le causó la muerte inmediata al haberle comprometido órganos vitales…" **NOVENO.- ARGUMENTOS DEL ACUSADO:** La defensa del acusado, sostuvo durante la audiencia de juzgamiento, como elemento esencial, que GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA, actúo haciendo uso de su arma de dotación

en forma progresiva, que fue provocado y atacado por el hoy fallecido quien habría realizado disparos de arma de arma de fuego contra el acusado y sus compañeros, en definitiva actúo en legítima defensa de su vida, es decir, invoca una causa de justificación al acto que se juzga. Para ello, presenta como prueba como testigos a los señores miembros de la policía nacional Sargento HUGO VICENTE RODRÍGUEZ BUSTAMANTE, Cabo JUNIOR FRANCISCO REASCO ORTIZ, Cabo CARLOS ALBERTO TENORIO TORRES, quienes indican que el operativo en el cual participaron en conjunto con el acusado obedeció a información reservada para determinar identidades de una presunta banda de asaltantes, que la persecución que iniciaron a la camioneta Mazda 2200 en la que se transportaba el hoy fallecido acusado en compañía de otras personas fue el resultado de que Milton Vásquez Aguilar realizará disparos al aire en el puente de Mapán, que el ahora occiso y sus acompañantes no obedecieron la orden de parar el vehículo en que se conducían y que Milton Vásquez Aguilar realizó disparos al vehículo en que se transportaban los miembros de la policía, pero procesalmente no se encuentra prueba alguna que determine que el ahora fallecido Milton Vásquez Aguilar haya disparado arma de fuego alguna, los casquillos recogidos en la escena del crimen, que según el Informe de Inspección Ocular Técnica aportado como prueba documental y suscrito por el CBOP. Edison Chulde Ortiz y CBOS. Juan Daniel Bautista Pallo son de calibre 32, lo que entra en clara contradicción con el calibre del arma que según el testimonio del SGTOS. Hugo Rodríguez Bustamante se encontró en poder del hoy fallecido calibre 38 o nueve milímetros corto; así como el hecho de que si se produjeron disparos a corta distancia por parte de Miltón Vásquez Aguilar contra el carro de los gendarmes, no existe tampoco prueba que permita demostrar que impactaron en dicho automotor o en la humanidad de los servidores públicos policías nacionales. De igual manera adjunta como prueba documental, certificaciones de antecedentes penales de los que se desprende que a más de ésta causa penal no registra antecedentes de carácter judicial; acuerdos de felicitación entregados por la Policía Nacional por su eficiente labor en la lucha contra la delincuencia organizada; Diplomas de Honor al Valor por ejemplar responsabilidad demostrada en cumplimiento de su deber de policía. Es decir, en virtud de la inconsistencia dada y las contradicciones manifiestas, el Tribunal considera que el argumento del acusado, no desvirtúa los elementos probatorios aportados por la fiscalía. **DÉCIMO.- ATENUANTES:** De las atenuantes que el acusado demuestra en la audiencia del juicio que obra a su favor el no tener antecedentes penales por otra causa, haberse presentado voluntariamente a la justicia, reconocimientos de parte de la institución policial a la cual se pertenece realizados, acorde con lo previsto en los numerales 5, 6 y 7 del art. 29 del Código Penal, las que han sido consideradas para la modificación que contiene el art. 72 *Ibídem*. **DÉCIMO PRIMERO.- SENTENCIA CONDENATORIA:** Luego de analizar al tenor de la sana crítica las exposiciones hechas las partes procesales en la Audiencia de juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, consagrados en los arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana crítica, ajustados a la conciencia, con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio, el Tribunal de Garantías penales arriba a la certeza de que el acusado GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA tiene participación como autor en el hecho materia de éste enjuiciamiento; y **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** Declara la culpabilidad del acusado, GABRIEL ALBERTO RIVAS VALENCIA, con cédula de ciudadanía No. XX, nacido en Esmeraldas, de 31 años de edad, estado civil soltero, instrucción superior, ocupación Cabo Primero de la Policía Nacional, religión mormón como AUTOR del delito tipificado y reprimido en el art. 449 del Código Penal, imponiéndose la pena modificada de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, la misma que deberá cumplir en el Centro de Privación de libertad de Personas Adultas en Babahoyo, a la que se les deberá descontar todo el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta causa.- Se declara con lugar la acusación particular y se condena al sentenciado al pago de daños y perjuicios.- En el presente caso no existe indebida actuación de parte del Fiscal actuante ni del Defensor del procesado. Ejecutoriada esta sentencia se declara al sentenciado en Interdicción Política, de conformidad a lo determinado en el art. 64.2 de la Carta Magna, ordenándose su interdicción mientras dure la con-

dena impuesta por este Tribunal, en concordancia con lo estatuido en el art. 60 del Código Penal.; y, se le suspenden los derechos de ciudadanía, por todo el tiempo que dure la condena.- La norma sancionadora es el art. 449 del Código Penal: "... El homicidio cometido con la intención de dar muerte, pero sin ninguna de la circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años" . Art. 29 Código Penal.- Circunstancias atenuantes: "...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 posteridad a la infracción. 7.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso...". Art. 64 de la Constitución de la República del Ecuador "El goce de los derechos políticos se suspenderá por las razones siguientes: 2. Sentencia que condene a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista, salvo el caso de contravención". Art. 60: "interdicción Política".- Toda sentencia que condene a reclusión o prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena, pero en los casos que determina expresamente este código.- los Jueces y Tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un término de tres a cinco años aunque la prisión no pase de seis meses" Cópiese en el libro de sentencias.- **Léase y notifíquese.**

f) Jueces Abg. Jhovany Gonzalez Valero, Presidente del Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos; Abg. Miguel Eduardo Costain Vásquez y Abg. Marco Antonio Litardo Caicedo, en sus calidades de Jueces Titular y temporal en su orden.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 12103-2014-0029

Juez Ponente: Ab. Richard Adolfo Gaibor Gaibor

SALA MULTICOMPETENTE DE BABAHOYO CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS. 27 de marzo de 2014; las 14:48.

VISTOS: En razón de la Resolución No. 012-2012, que dictó el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, en la ciudad de Santiago de Guayaquil, el 14 de febrero del 2012, por la que transformó las dos Salas existentes en la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, en Multicompetentes, creándose la Primera Sala con sede en esta ciudad, y con competencia, por el territorio, en los cantones Babahoyo, Baba, Montalvo, San Francisco de Puebloviejo, Urdaneta, Vinces y Palenque; y la Segunda Sala con sede en Quevedo, con competencia, por el territorio, en ese y los demás cantones de la provincia; en armonía con la Resolución 106-2013 que cambió de denominación a dichas Salas, por mandato de Ley, los infrascritos Jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en Babahoyo, avocamos conocimiento y entramos a resolver la presente causa penal, incoada en contra de Gabriel Alberto Rivas Valencia, por presunto delito de HOMICIDIO misma que ha venido a esta instancia por los Recursos de APELACIÓN deducido por la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes madre del fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, representada por su abogado Enrique lván Avilés Morán y procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia representado el abogado Muniber Obaco Jumbo, respecto de la Sentencia emitida por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, con sede en Babahoyo, el día martes 13 de agosto del 2013, las 09h58; mediante el cual se declaró la culpabilidad del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, como autores del delito tipificado y reprimido en el artículo 449 del Código Penal; imponiéndole la pena modificada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.- Radicada la competencia en esta Sala según se conoce de la razón actuarial a fs. 13 del cuaderno de esta instancia; **PRIMERO.-** No se observa en la tramitación procesal, causas de las establecidas en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, que influyan en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez; **SEGUNDO.-** En la audiencia oral, pública y contradictoria de apelación cumplida en esta instancia como lo prescribe el art. 345 del Código de Procedimiento Penal, en la que el señor abogado Enrique Avilés Moran acusador particular, expuso que fundamenta su recurso de apelación, considerando que en la sentencia los señores Jueces del

Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, han violentado el contenido de lo que determina el artículo 72 del Código Penal, puesto que en audiencia de juzgamiento la Fiscalía y la acusación particular dejaron plenamente demostrado tanto la existencia del delito así como la responsabilidad del procesado y de los acompañantes que participaron como coautores y sin embargo se presentaron en la audiencia de juzgamiento como testigos, cuando ellos estuvieron cuando se cometió el crimen y actuaron en el mismo, lo que de manera inentendible el Tribunal no supo valorar y solo sentencio a uno y todavía más aplica lo que dice el artículo 72 del Código Penal reduciéndole la pena que merecía pena de ocho a dieciséis años bajándola a cuatro años de reclusión cuando no era lo correcto; en la sentencia concluyen los señores Jueces del Tribunal manifestando de que no se encuentra prueba alguna que determine que el ahora fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar haya disparado arma de fuego alguna, eso quiere decir que el procesado que disparo al hoy occiso actuó con alevosía, desde ese punto - de vista queda- demostrado de que no existe ninguna circunstancia que modifique la pena que se ha impuesto al procesado, el procesado le disparo con ensañamiento y alevosía buscando el despoblado, porque de los mismos testimonios de ellos que dicen que los vieron cuando pasaron por el puente de Mapán que es un sector poblado, porque supuestamente disparó al aire pero pudieron interceptarlo ahí, pero no lo hicieron, lo dejaron que avance hasta un sitio despoblado a donde ahí si lo interceptaron y fue ahí paso lo que sucedió, todas estas son circunstancias agravantes que lo establece el artículo 450 del Código Penal; por cuanto solicito que se revise la sentencia y se le aplique al procesado la pena que se merece, sin perjuicio de que se observe la conducta de los demás acompañantes que en ningún caso se los puede catalogar como testigos, sino como coautores del hecho, por cuanto se sirvan aceptar el recurso de apelación propuesto y se le aplique al sentenciado la pena que merece de acuerdo al crimen que cometió de conformidad con lo que establece el artículo 449 del Código Penal. En la réplica el señor Muniber Obaco Jumbo abogado del procesado manifestó que en ningún momento ha esgrimido una norma jurídica establecida, violentada por el Tribunal de Garantías Penales, el artículo 1 de la Constitución de la República establece principios básicos y fundamentales, el acusador particular establece y quiere que la pena se la modifique en razón de que supuestamente no se toma en consideración las atenuantes establecidas dentro de la Ley, mi defendido de conformidad con el artículo 76 numeral 2 goza del principio de inocencia, el Tribunal de Garantías Penales haciendo eco a las pruebas existentes dentro de la investigación procesal y dentro de la audiencia de juzgamiento, sin tomar en consideración las pruebas testimoniales y documentales de mi defendido y se lo sentencia, el recurrente acusador particular no ha podido demostrar y mucho menos probar que mi defendido haya infringido las normas jurídicas para poder determinar en qué fallo el Tribunal, el Tribunal quizás sin aplicar la sana critica lo hizo en forma parcializada violatoria a todos los principios constitucionales y legales dictó una sentencia sin considerar la prueba de descargo como lo determina el artículo 65, sin embargo es potestad de mi defendido en su condición de funcionario público cumplir con lo que dice la ley, hacer uso de lo que determina el reglamento en los momentos difíciles que estaba atravesando su vida es por ello que solicito se rechace el recurso planteado por la parte acusadora porque no se puede agravar la pena, la ley determina el *indubio* pro reo, tiene que ser la menos peligrosa y la más favorable al reo. El Fiscal Abogado Héctor Carvajal Villalba haciendo uso de la réplica indicó que la Fiscalía a través de quien habla como representante de la sociedad realizó en este caso una investigación exhaustiva, clara, precisa y objetiva, a tal punto que en la audiencia de juicio la Fiscalía probo con los elementos de convicción, que en ese momento procesal se convirtieron en prueba, la existencia del delito en primer lugar, y en segundo lugar la participación y la responsabilidad incriminatoria del acusado; lo que llevo al Tribunal de Garantías Penales declarar la culpabilidad del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, es decir que la Fiscalía cumplió con su rol de investigar, de presentar las pruebas, de lograr la sentencia, por lo que estoy totalmente de acuerdo con la exposición de la parte acusadora a través del abogado Avilés y la Fiscalía se ratifica en su dictamen acusatorio, solicitando la pena que contempla el artículo 449 del Código Penal. El Acusador Particular Abogado Enrique Avilés Moran haciendo uso de su derecho a la contra réplica expuso que la defensa del procesado dice que el acusador particular no ha mencionado la norma infringida por el Tribunal, cuando fui claro en indicarle que fue el artículo 72 del Código Penal que lo aplicaron indebidamente (da lectura al artículo en mención),

en este caso no existe eso que dice que no haya ninguna circunstancia agravante, porque si lo hay, debió haberse tomado en cuenta las agravantes que establece el artículo 30 del Código Penal, por lo tanto impugno y rechazo las expresiones vertidas por la defensa del procesado, porque está claramente demostrado que los Jueces del Tribunal aplicaron indebidamente lo que establece el artículo 72 del Código Penal, por lo tanto me ratifico en mi solicitud de que se declare procedente el recurso de apelación y que se aplique la pena que merece el sentenciado, esto es de ocho a doce años conforme lo establece el 449 del Código Penal; una vez concluido los debates en cuanto a la fundamentación del recurso de apelación propuesto por el acusador particular, por lo que acto seguido se le concedió la palabra al Abogado Muniber Obaco Jumbo defensor del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia para que fundamente su recurso de apelación mismo que expresó: Que presenta el recurso de apelación de conformidad con lo que establece la norma jurídica, el artículo 343 numeral 2 del Código Adjetivo Penal, le faculta en virtud de que han sido vulnerados los principios fundamentales del artículo 76 numeral 2 que habla del principio de inocencia, dentro de la Constitución vigente establece que el Ecuador es un estado de derecho artículo 1, en el numeral 1 del artículo 76, en el 169 garantizan a las partes hacer uso cuando se encuentran aludidos ante vuestras autoridades; mi defendido dando cumplimiento a lo que establece la disposición del Comandante General de Policía, ellos se trasladan en un patrullero de la policía, con dirección a cumplir un trabajo ordenado por el Comandante de la Policía de esta Provincia, hacer una revisión de las personas que circulaban en el sector, porque habían hecho una investigación de que por ahí habían personas armadas que disparaban y robaban, pero que resulta que el 3 de marzo del 2012, aproximadamente a las 18h00, cuando estaban estacionados en el recinto Mapán con dirección a Baba, a esa hora sale una camioneta color roja en el cual iba en el balde el señor Milton Oswaldo Vásquez Aguilar y empieza a disparar al aire, y al percatarse de eso ellos inician la persecución con el ánimo de que detengan la marcha identificándose como policías y así lo dicen en sus versiones, pero el conductor de la camioneta roja no detiene la marcha por varias ocasiones, pero cuando detienen la marcha de la camioneta el hoy occiso saca un arma de fuego y lo dispara al señor agente de policía, lamentablemente no existen las huellas, porque si le habría dado en el cuerpo, él iba inclinado en la camioneta a la final no hubiera muerto, tampoco existen huellas en la camioneta, pero existen testigos como los únicos que estuvieron presente en el acto, versiones que constan en el proceso a (fs. 163 a la 164), consta de la (fs. 165), que son el Cabo Carlos Tenorio, el Sargento Hugo Rodríguez y el señor Reasco son los testigos presenciales del hecho, ellos iban en el interior de la camioneta, no iban en el balde, pero pudieron darse cuenta de que Milton Oswaldo Vásquez Aguilar tenía un arma de fuego y eso lo dice en el parte policial, el arma la encontraron en la mano del hoy occiso, y encontraron también un arma en el interior de la camioneta y también enjuiciaron a las dos personas que lo detuvieron, le dieron el auxilio necesario al occiso lamentablemente, lo único que hizo fue cumplir con lo que dice la norma y nosotros tenemos el manual de derechos humanos aplicado a la función de la policía judicial, en donde dice en que momento puede hacer uso el arma de fuego (da lectura), no hubo la premeditación la voluntad, no hubo la voluntad de causar daño, el artículo 18 habla de la antijuridicidad, que no hay delito ni hay pena cuando alguien lo hace en estos hechos, en estos casos, el artículo 15 del Código Penal habla de que no hay delito sin conciencia y voluntad, el artículo 18 dice que no hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, el Tribunal de Garantías Penales lamentablemente no valoro las prueba presentadas en la audiencia de juzgamiento, pruebas sumamente importantes porque la misma Constitución en el artículo 68 y 69 en concordancia con el artículo 91, artículo 83 del Código de Procedimiento Penal habla sobre la prueba material, testimonial y documental y se ha presentado tanto prueba documental, testimonial en la que se ha determinado de que el procesado es primera vez que se encuentra involucrado en esta clase de hechos, el Tribunal no tomo en consideración estas pruebas y las normas jurídicas que vengo indicando, el artículo 30 de Código Civil habla cuando es el caso fortuito y fuerza mayor, es el imprevisto que es imposible de resistir, por lo tanto solicitamos de conformidad con el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que habla del principio de inocencia, artículo 76, 79 en concordancia con el artículo 18, artículo 86 y 83 del Código de Procedimiento Penal, previa revisión declaren la inocencia del procesado, declarando desde luego con lugar el recurso y así mismo aplicando la inocencia en virtud de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

que se ha actuado en base directamente al Manual de Procedimiento de Derechos Humanos y ha dado cumplimiento con lo que establece la norma jurídica ya que en ningún momento ha habido premeditación, voluntad, conciencia o dolo para que exista el delito. El Acusador Particular Abogado Enrique lván Avilés Moran haciendo uso de su derecho a la réplica en cuanto a la fundamentación del recurso de apelación propuesto por el Abogado Muniber Obaco Jumbo defensor del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia expuso que impugna y rechaza la fundamentación del recurso de apelación por considerarlo apartado totalmente de la realidad procesal, conforme ante la aclaración de uno de ustedes señores Magistrados, quedó claro que está sustentado en falacias insostenibles y aquellas argumentaciones, testimonios y demás pruebas que ha mencionado la defensa del procesado el Tribunal ya lo valoró, y en la partes final del considerando noveno de la sentencia dice (lectura al considerando en mención), por lo tanto aquella argumentación queda desvirtuada, no obstante dice la defensa del procesado que los Policías estaban en el sitio dando cumplimiento a órdenes del Comandante de la Zona, pero del proceso no existe esa orden, tampoco quedó probado que la camioneta que andaban era de la policía; dice la defensa que al occiso se le encontró una arma en la mano, hecho totalmente falso porque nunca se demostró dentro del proceso ni siquiera que exista constancia de que cargaba arma alguna, no existe constancia que el hijo de mi defendida haya disparado ni que haya impactado al Policía u objeto alguno, lo único que consta del proceso es que el disparo es en una parte mortal del cuerpo que por ningún concepto se puede considerar que es un disparo disuasivo; solicito que se deseche el recurso propuesto por el señor procesado y se acepte el recurso propuesto por mi defendida; la Fiscalía por su parte manifestó que la Fiscalía en su momento oportuno realizó una investigación exhaustiva, transparente, clara y objetiva a tal punto que en la audiencia de juicio probó lo que indica el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal esto es el nexo causal entre la infracción y el responsable de la misma, tanto pruebas testimoniales, documentales que obran en el expediente, pruebas que fueron valoradas por el Tribunal, por lo que la Fiscalía se allana al pronunciamiento de la acusación particular y rechaza lo manifestado por la defensa del procesado por no tener asidero legal, en consecuencia me ratifico en mi pronunciamiento y en mi acusación; En la contra réplica la defensa del procesado manifestó que la acusación particular a manifestado que los policías han estado por gusto en ese sector, en la fs. 168, 169 y 170 del proceso consta precisamente la disposición del Coronel de Policía Licenciado Mario Acosta Játiva Comandante Provincial de Policía Nacional de Los Ríos, consta el informe del servicio de inteligencia de lo que suscitaba en el sitio, en memorándum disponiendo para que los señores agentes el Cabo Rivas, el Policía Junior Tenorio Torres y el Sargento que estaba a cargo del mando Hugo Vicente Rodríguez, consta la autorización en las páginas indicadas para que los policías vayan a ese sector a cumplir con su función; no consta la pericia del arma que fue disparada, no existe en el proceso, tampoco existe la pericia de la otra arma, ni siquiera el proyectil; El abogado Acusador Particular en la contra replica expuso se ha presenciado como la defensa del procesado como a cada momento va cambiando sus argumentaciones, ahora dice porque aparentemente no estaría el arma homicida, cuando del proceso existe suficientemente probado tanto en la fase de instrucción fiscal en la versión rendida por el propio procesado y de su testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento que el realizo el disparo que acabó con la vida del hoy occiso hijo de mi defendida, razón por la cual rechazando las alegaciones de la parte acusada sentenciada, solicito se desestime el recurso propuesto y declaren procedente el recurso propuesto por la acusadora particular; en estos términos se llevó a efecto la audiencia oral pública y contradictoria. **TERCERO.-** De la relación circunstanciada expuesta en la sentencia se conoce que el día 03 de marzo del 2012, a eso de las 18h30 aproximadamente en el recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, el hoy fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, cuando se encontraba circulando en un vehículo Mazda 2200, color rojo con cuatro compañeros de trabajo, con quienes se dirigía al cantón Baba, fueron interceptados por un vehículo color plata tipo camioneta en la cual se transportaban miembros de la Policía Nacional, quienes iniciaron persecución al vehículo en el que se transportaba el ahora occiso Milton Oswaldo Vásquez Aguilar con sus compañeros quienes minutos antes habían realizado disparos al aire, por lo que al parar la marcha de los automotores, el acusado Gabriel Alberto Rivas Valencia haciendo uso de su arma de fuego realiza un disparo el mismo que impactó en la humanidad de Milton Oswaldo Vásquez Aguilar a la altura de

la región superior derecha del pectoral el cual le causó la muerte inmediata al haberle comprometido órganos vitales, se realizó el levantamiento del cadáver de quien en vida se llamó Milton Oswaldo Vásquez Aguilar; por lo que se dio inicio a una investigación pre procesal, para luego formular cargos contra éste último y luego de agotarse el trámite procesal, se lo llamó a juicio, se cumplió la audiencia oral de juzgamiento, y se dicta la sentencia condenatoria, materia de esta apelación. **CUARTO.-** Dentro de la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de junio de 2010, Exp. No. 00012-2008- PI/TC-LIMA, Fundamentos 16 y 18, Gaceta penal y procesal penal, t. 13, Gaceta Jurídica, Lima, Julio, 201, p. 40. En el literal h) que establece la Causación de muerte o lesiones en cumplimiento de su deber por parte de militares y policías.- Establece que en todo caso, se advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la Ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc.

Esta legislación no puede ser entendida que está dirigida a impedir la investigación y procesamiento de malos policías o militares que delinquen- según se trate de delitos de función, comunes o de grave violación de derechos humanos-, por ello, cuando a dichos servidores públicos se les impone la comisión de un ilícito, deben ser denunciados, investigados caso por caso, como es el caso que nos ocupa que la madre del hoy occiso denunció la muerte de su hijo. Dentro del proceso penal, con todas las garantías constitucionales, corresponderá al Juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad, y corresponderá a dicho funcionario a través de una sentencia motivada, imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ello, en determinados supuestos, no corresponde esto es, y en lo que importa al dispositivo impugnado, si la actuación del efectivo de la Institución Policial ha sido en cumplimiento de su deber y, además, si su arma ha sido usada de manera reglamentaria. En la audiencia de juzgamiento, el fiscal actuante expuso la teoría del caso manifestando que "el 3 de marzo del 2012, las 18h00 aproximadamente en el recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, de la Provincia de Los Ríos, cuando el señor quien en vida fue Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, se encontraba circulando en un vehículo Mazda 2200, de color rojo, con cuatro acompañantes de trabajo, quienes se dirigían hacia el cantón Baba a su domicilio, fueron interceptados por un vehículo color plata, tipo camioneta en la cual había salido de ella cuatro sujetos que se identificaron como policías judiciales, y sin mediar motivo alguno emitieron un disparo en contra del antes mencionado el que impactó en la región superior derecha del pectoral, el cual le causó la muerte inmediata, toda vez que le comprometió órganos vitales, posteriormente estos individuos procedieron a tomar como supuesta evidencia al vehículo en el que se encontraba mi hermano y sus compañeros, la policía llamó inmediatamente a una ambulancia para que lo llevaran al hospital "Martín lcaza", donde se comprobó su deceso; lo que quedo comprobado con el testimonio del Doctor Arnaldo Romero perito médico quien fue el encargado de realizar la diligencia de reconocimiento exterior y autopsia de ley en el cuerpo del hoy fallecido quien manifestó que el occiso tenía un orificio anterior a nivel del tórax derecho, orificio de entrada por disparo de arma de fuego, pero no tenía orificio de salida, esta bala produce lesión a nivel interior en los músculos anteriores, tanto pectoral mayor, menor y tejido vascular, tejido tanto de sangre venosa como arterial que produjo a nivel pulmonar una gran hemorragia aguda que lo llevó a un edema pulmonar y un paro cardio respiratorio, manifiesta muy claramente el señor doctor Romero que la muerte fue violenta por disparo de arma de fuego, con este testimonio quedó corroborado la cusa de la muerte violenta producto de un impacto de bala, por lo que la Sala colige que dentro del proceso no existe ninguna experticia del arma de fuego y mucho menos de la bala extraída del señor Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, El señor Fiscal presentó también como pruebas de cargo para demostrar la infracción acusada y la culpabilidad del acusado, los siguientes testimonios de la señora Carmen Lidia Aguilar Montes quien manifiesto que es cierto que su hijo portaba un arma de fuego, que tiene conocimiento que es ilegal cargar una arma de fuego, también reconoce y acepta que el hijo de ella el hoy occiso Milton Oswaldo Vásquez Aguilar disparó al aire y producto de ese disparo es que los policías que estaban tomando según manifestó la señora porque eso comentaban las personas que vieron lo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

que sucedió que por temor a represalias no comparecen a rendir su testimonio le disparan y matan a mi hijo; el señor Astolfo Isaac Vásquez Aguilar al rendir su testimonio también fue concordante al exponer que si es verdad de que el hermano portaba un arma de fuego que también es cierto que disparó por el puente Mapán, pero que no es cierto que el haya disparado en contra de los policías si recién cuando lo llevaban al hospital cuando lo cambian del balde de la camioneta a la camilla es que se le cae el arma de fuego de atrás del cinturón, que no es cierto como dicen los policías que estaban con el arma en la mano; El señor Darwin Xavier Murillo Aguirre testigo presencial del hecho fáctico que causó la muerte del señor Milton Oswaldo Vásquez Aguilar manifestó que ellos estaban viendo un juego de pelota que eso de las seis de la tarde se regresaban a Baba, que el señor Milton disparo al aire pasando el puente Mapán pero que se guardó la pistola en la parte de atrás de la cintura, que se movilizaban en una camioneta que iban despacio porque el camino estaba feo puro hueco, que más adelante lo intercepta una camioneta color plateada, se bajan los policías de la camioneta y uno de ellos dispara hacia el difunto con una distancia de unos tres metros de distancia, que el occiso nunca disparó ni hizo el intento de disparar porque todos venían tranquilos del juego; El señor Édison José Silva Alvarado al rendir sus testimonio lo hizo de una manera concatenada en cuanto a los demás testimonios rendidos manifestando que el conducía la camioneta que venían de ver un juego de pelota en el recinto Mapán, que pasando el puente Mapán el hoy occiso disparó su arma de fuego y que posteriormente la guardó, que él siguió la marcha y que cuando se dio cuenta llegó una camioneta color plateada donde se bajaron los policías y al bajarse el del vehículo que conducía escucho un solo disparo y cuando se dio cuenta vio a Milton Oswaldo Vásquez Aguilar acostado en el balde de la camioneta con un disparo, testimonio concordantes y coherentes a los rendidos por los señores Julio Alberto y Pedro Jacinto Murillo Santur quienes iban en la camioneta; testimonios rendidos y que esta Sala considera de que gozan de credibilidad y de todo asidero legal, mismos que dan luces a este Tribunal de Alzada para comprobar la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado del cometimiento del hecho fáctico antijurídico, de fs. 66 a la 75 consta el informe de preliminar elevado al sr. Policía Judicial Baba elaborado por el sargento de policía Washington Velasco Ramos Agente investigador de la Policía Judicial de Baba, donde consta el reconocimiento del lugar de los hechos, entrevistas realizadas a los involucrados y fotografías tomadas en el lugar de los hechos; **QUINTO.-** El defensor del sentenciado expuso que actuó haciendo uso de su arma de dotación en forma progresiva, que fue provocado y a su vez atacado por el hoy occiso, quien habría realizado disparos de arma de fuego en contra de su humanidad y de sus compañeros, actuando en legítima defensa, presentado como prueba de descargo del acto imputado en su contra como es el Homicidio a los testigos señores policía nacional Sargento Hugo Vicente Rodríguez Bustamante, Cabo Junior Francisco Reasco Ortiz, Cabo Carlos Alberto Tenorio Torres, quienes indicaron que actuaron de manera conjunta en el operativo cumpliendo una orden de una información reservada para determinar las identidades de una presunta banda de asaltantes, que el occiso Milton Oswaldo Vásquez Aguilar realizó un disparos motivo por el cual iniciaron la persecución logrando alcanzarlos y manifestarles que detuvieran el vehículo tipo camioneta marca Mazda 2200 color roja, no lo hicieron por lo que el ahora occiso Milton Oswaldo Vásquez Aguilar realizó disparos al vehículo en cual se movilizaban los miembros de la policía; dentro del proceso existe el informe Ocular Técnico realizado por el Cabo Edison Chulde Ortiz y Cabo Juan Daniel Bautista Palio de fs. 60 a 65 de los autos, en el cual se colige que recogieron los casquillos en la escena del crimen calibre 32, casquillos que no constan dentro del proceso como prueba, y según lo manifestado por el Sargento Hugo Rodríguez Bustamante que se le encontró en poder del occiso una pistola calibre 38 o nueve milímetros la cual tampoco aparece dentro del proceso ni el arma ni los casquillos ni mucho menos un informe que indique el lugar donde se encuentran dichas pruebas fácticas para el esclarecimiento de este delito punible, tampoco existe prueba alguna según lo manifestado por los agentes de policía que el occiso disparó en contra de sus humanidades y en contra del vehículo patrullero; **SEXTO.-** El homicidio es un término que procede del latín *homicidium* y que refiere a la muerte de un ser humano causada por otra persona. El término, por lo tanto, puede utilizarse como sinónimo de asesinato o crimen. El homicidio es una acción condenada por la sociedad que resulta contraria a lo jurídico. Por lo tanto, quien es encontrado culpable de haber cometido un homicidio es condenado de acuerdo a

lo establecido por la ley. Las penas varían de acuerdo a la calificación del homicidio, ya que se considera que ciertos homicidios son más graves que otros (cuando la víctima es familiar o tiene un vínculo con el asesino, etc.). De las pruebas aportadas por la fiscalía y de la Acusación Particular se las considera legales al habérselo hecho cumpliendo lo dispuesto en el Art. 79 y 83 del Código de Procedimiento Penal; **SÉPTIMO.-** La acción investigativa en el campo de la instancia pública oficial corresponde al Fiscal, quien investido de las atribuciones del Art. 195 de la Constitución de la República, si encontrare méritos para acusar, en cualquiera de los grados de participación establecidos en el art. 42, 43 o 44 del Código Penal, siempre que, establecida la existencia material del delito, se llegaren a obtener los elementos probatorios necesarios de que existe un NEXO CAUSAL entre el delito probado y la responsabilidad del procesado ya que así lo afirma el art. 250 del Código de Procedimiento Penal vigente.- La sentencia debe decidir los puntos a los que se contrajo la investigación fiscal, siempre que se hubiera cumplido en el Juicio, con los elementos del Art. 79 *Ibídem*; esto es, que el Fiscal entrega su investigación al Juez de Garantías Penales, al momento de la sustentación del Dictamen; y, en la precitada sustentación del dictamen, el Fiscal tipifica la inconducta por la que acusa al procesado, para que sea llamado a Juicio.- El artículo 449 establece el Homicidio Simple que dice que 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, conducta atípica antijurídica a que ha incurrido el hoy procesado motivo por el cual se lo sentencio, encajando dentro de este marco jurídico como es el Homicidio simple; no es menos cierto que el hecho ocurrió mientras cumplía sus funciones, pero tampoco se puede dejar de considerar que se causó la muerte a un ser humano, causas que no han podido ser esclarecidas porque dentro del proceso no existe pruebas contundentes como es el arma homicida como la supuesta arma de fuego que alegan los gendarmes que disparo el hoy occiso Milton Oswaldo Vásquez Aguilar motivo por el cual se realizó la persecución y luego el hecho de muerte; Por otro lado, no podemos hablar de una víctima indefensa, cuando a decir de los testigos presentados por la Acusación Particular conjuntamente con la Fiscalía, afirman que el occiso estaba armado y que disparó previamente al aire, hecho que no ha podido ser esclarecido por cuanto no existe dentro del proceso el arma, menos aún una cadena de custodia por lo que no se puede esclarecer un hecho con supuestos porque lo que no existe dentro del proceso no existe en el universo del derecho.- Por lo afirmado, la Sala llega a la íntima convicción que de lo que se trató es de un delito de homicidio simple y que bien hizo la Fiscalía en solicitar la imputación en lo presupuestado en el artículo 449 del Código Penal y a su vez el Primer Tribunal de Garantías Penales en acoger dicho petitorio hecho por parte del representante de la sociedad, y sancionar al procesado con una pena modificada acogiéndose en lo que establece el artículo 72 del Código Penal en relación a la modificación de las penas por cuanto bien hizo el Tribunal en considerar las atenuantes presentadas por la defensa del procesado aplicándole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.- Por las consideraciones que anteceden, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en esta ciudad de Babahoyo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, RESUELVE** por unanimidad, negar los recursos de apelación deducidos por el sentenciado Gabriel Alberto Rivas Valencia y la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes madre del fallecido Milton Oswaldo Vásquez Aguilar por consiguiente, se CONFIRMA en todas sus partes la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, el día martes 13 de agosto del 2013, las 09h58. Incorpórese a los autos los escritos presentados por la señora Carmen Lidia Aguilar Montes y el abogado William Vera León Mayor de Policía de Justicia, al atender los mismos, se dispone que se le confieran las copias debidamente certificadas de todo el proceso como lo solicita la señora Carmen Lidia Aguilar Montes a sus costas; y, en cuanto a la petición hecha por parte del Abogado William Vera León, se le hace saber al mismo que el proceso subió a este Tribunal de Alzada por recurso de apelación más no de nulidad como lo suscribe en su escrito de petición, de igual forma se le concede por secretaria las copias debidamente certificadas a sus costas solicitadas.- **Léase y notifíquese. f) Ab. Richart Adolfo Gaibor Gaibor, Juez Ponente; Dr. Horacio Manuel Vásconez Bustamante; y, Ab. Carlos Alberto González Abad.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 725-2014

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 12 de junio de 2015. A las 10H37.

VISTOS: Agréguese los escritos, presentados por el señor Gabriel Alberto Rivas Valencia, para el efecto tómese en cuenta la autorización realizada al doctor Lenin Pérez Medina, así como la casilla Judicial N° 5460 y el correo electrónico: leninperezm@yahoo.es, que señala para recibir futuras notificaciones. En lo principal.- La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en Babahoyo, el 27 de marzo de 2014, a las 14h48, desecha los recursos de apelación interpuestos por el procesado Gabriel Rivas Valencia y la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes, confirmando la sentencia venida en grado dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, que declara al procesado autor del delito tipificado en el artículo 449 del Código Penal, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria. Inconforme con la sentencia el procesado y la acusadora particular interponen recursos de casación.

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: Ab. Lenin Pérez Medina, en representación del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, el Ab. Luis Agustín Rosado Medina en representación de la señora Carmen Lidia Aguilar, acusadora particular, la Dra. Paulina Garcés Cevallos, en calidad de delegada del señor Fiscal General del Estado, 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 Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución nro. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura, posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 183 sustituido por 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.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento con lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la Resolución Nro. 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal de casación, integrado por el Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad-a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional y el Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, en reemplazo de la Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, encargo realizado con oficio Nro. 618-SG-CNJ-GNC, de 5 de mayo del 2015, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación penal planteado.

SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.

Analizado el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear nulidad procesal, al habérselo tramitado conforme las normas del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 76.3 y 77 de la Constitución de la República, en consecuencia, este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO. ANTECEDENTES.

El 3 de marzo de 2012, a las 18h30, en el recinto Mapán, parroquia Pimocha, cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, circulaba Milton Oswaldo Vásquez Aguilar, en un vehículo Mazda 2200 color rojo, con cuatro personas más, con quienes realizó varios disparos al aire; en dicho lugar se

encontraban varios miembros de la Policía Nacional, quienes iniciaron una persecución al vehículo en el que se transportaba Milton Vásquez, Gabriel y el procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, miembro de la Policía Nacional disparó su arma de fuego, impactando a Milton Vásquez, en la región superior derecha del pectoral, causándole la muerte.

El Primer Tribunal de Garantías Penales de Babahoyo el 13 de agosto de 2013, a las 09h58, declaró a Gabriel Alberto Rivas Valencia, autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, imponiéndole la cuatro años de reclusión mayor ordinaria y el pago de daños y perjuicios.

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en el Cantón Babahoyo, el 27 de marzo del 2014, a las 14h48, conoció el recurso de apelación planteado por la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes, madre del fallecido y del procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia y resolvió por unanimidad negar los recursos deducidos, confirmando en todas sus partes la sentencia de la que los sujetos procesales interpusieron recurso de casación.

CUARTO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURRENTE:

El procesado Gabriel Alberto Rivas Valencia, a través de su abogado defensor Dr. Lenin Pérez Medina, en síntesis manifestó:

Fundamenta el recurso, en lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida el 27 de marzo del 2014, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en Babahoyo, porque considera que viola expresamente su texto; considerando que adolece de motivación de conformidad a lo que establece el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, en razón de que no menciona los hechos en el numeral 4, ni tampoco existe materialidad de la infracción.

Que no se analiza la prueba de descargo, ya que los policías estaban en cumplimiento de sus funciones, y fue el accionar del ahora occiso, quien al disparar ocasionó la reacción de los miembros de la policía por la defensa ejercida frente al acto ejecutoriado por el ciudadano y que además no existió cadena de custodia, respecto del arma ni del proyectil, viciándose lo dispuesto en el artículo 304-A y 309 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita se case la sentencia y se tome en cuenta que el procesado se encontraba en cumplimiento de su deber y que la acción realizada fue en legítima defensa, debiendo ser considerado inocente.

CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR:

El Dr. Luis Augusto Rosado Medina, en representación de la agraviada Carmen Lidia Aguilar Montes, quien en síntesis manifestó:

Que los miembros de la Policía Nacional estaban en estado de embriaguez al momento que sucedieron los hechos, que debieron también estar procesados los otros miembros de la policía.

La sentencia atacada es la emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, en la que no debía considerarse atenuantes al momento de sancionar la conducta del procesado, por la existencia de agravantes.

El uso progresivo de la fuerza no se dio en virtud de que eran un grupo policial y por lo tanto no debía disparar directamente al ahora occiso en una distancia de tres metros.

Que existen agravantes en el cometimiento de la infracción las establecidas en el artículo 30 del Código Penal numerales 1, 3 y 4.

Solicita se case la sentencia, se modifique la sentencia y no se aplique atenuantes.

CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA FISCALÍA.

La Dra. Paulina Garcés Cevallos, en representación del Señor Fiscal General del Estado, en síntesis manifestó:

Sobre la contravención expresa que indica el recurrente en su fundamentación, señalando que no se ha cumplido lo que dispone el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República, referente a la falta de motivación, considera la Fiscalía que la sentencia está debidamente motivada y se relaciona en forma correcta los hechos con el derecho.

En relación a que existió legítima defensa, no es válida tal impugnación, en razón de que no se cumplió los requisitos que establece el artículo 19 del Código Penal porque no existió la agresión previa ni la racionalidad del medio empleado ni la provocación suficiente, en virtud de que el autor, reconoció el cometimiento de la infracción, por lo que la materialidad y la responsabilidad.

La defensa en su fundamentación, no ha demostrado ninguna causal que demuestre la violación de la ley, de conformidad con lo que establece el artículo 349 del Código Penal y la sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada; de igual manera existe el reglamento sobre el uso progresivo de la

fuerza, lo que en este caso no se aplicó; solicitando se deseche el recurso de casación interpuesto por falta de fundamentación.

FUNDAMENTACIÓN AL RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

La señora Carmen Lidia Aguilar Montes, a través de su defensor el abogado Luis Augusto Rosado Medina, en síntesis manifestó:

Fundamenta su recurso en lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en Babahoyo, señalando que en el cometimiento de la infracción, existieron circunstancias agravantes como la alevosía y el ensañamiento, en razón de que los señores miembros de la Policía Nacional, nunca fueron atacados; y que para la realización del hecho se buscó el despoblado; debiendo tomarse en consideración que la víctima tenía su arma en el cinturón sin desenfundarla, por lo que no se puede considerar que el accionar del procesado, lo haya ejecutado en legítima defensa; señalando que las circunstancias atenuantes, no podían ser consideradas, en virtud de la existencia de agravantes, que impedían su aplicación para modificar la pena.

Solicita la acusación particular, que se case la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en Babahoyo.

INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA.

La Dra. Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado en síntesis manifestó:

Que en la fundamentación del recurso no deja claro de qué tipo de circunstancias se refiere.

Fiscalía considera que en virtud de que no ha demostrado que causal de las que están presentes en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es la que se ha violado, se deseche el recurso presentado.

RÉPLICA Y CONTRADICCIÓN POR PARTE DEL PROCESADO.

El Dr. Lenin Pérez Medina, en representación de Gabriel Rivas Valencia, en síntesis manifestó:

Los testigos presentados no son presenciales no estuvieron en el lugar de los hechos y no pueden dar una versión exacta de lo sucedido.

Que existe falta de motivación en la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Que no existió preservación de la cadena de custodia y que es un delito el portar armas sin permiso.

Solicita se ratifique el estado de inocencia de Gabriel Rivas.

QUINTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

El recurso de casación es técnico y extraordinario, no constituye una tercera instancia; por lo que el recurrente, debe expresar en la 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.

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:

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 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

[1] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemente del Registro Oficial 602, de 01 de junio del 2009.
[2] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, 01 de junio del 2009.

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 no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados (...)"[3]

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], por lo expuesto y revisada la sentencia recurrida se observa que ha respetado el debido proceso y que es responsabilidad de los procesados demostrar cómo y de qué manera se ha violado el debido proceso.

Al referirnos sobre el debido proceso doctrinariamente según Fernando Velásquez, dice: "En un sentido más restringido, en cambio el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanan todo y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado"[6] El proceso penal no es sólo una sucesión continuada y progresiva de actos provenientes de diverso origen (juez, sujetos procesales) sino un revivir de conductas lesivas de causas francas o solapadas de reacciones insospechables.

Señala la doctrina, que el recurso de casación, está por fuera de las instancias, en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue materia de debate en las sentencias de instancia, siendo una institución establecida con el fin de garantizar la legalidad formal del juicio previo, exigido por lo dispuesto en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República, con el objetivo primordial de asegurar el respeto a los derechos individuales y garantías de igualdad formal y material, determinado en el artículo 66.4 de la Constitución de la República, así como la inviolabilidad de la defensa en juicio, la eficacia del mantenimiento del orden jurídico penal, en base a una uniforme y correcta aplicación e interpretación a la ley, para corregir los errores que pudiera contener la sentencia atacada, de todo lo expuesto sobre la motivación y una vez que este Tribunal de Casación ha analizado la sentencia recurrida considera que la misma se encuentra debidamente motivada, porque los jueces de instancia cumplen con relacionar en forma correcta y coherente los hechos con la norma aplicada, por lo que no existe la falta de motivación alegada, cumpliéndose con lo dispuesto por la norma constitucional en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República.

En este tipo de delitos, el bien jurídico protegido es la vida, esto es desde la gestación hasta la muerte del ser humano; en tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias sentencias ha reconocido el derecho a la vida, señalando en la sentencia Zambrano Vélez vs. Ecuador, lo siguiente:

"78. La Corte ha considerado reiteradamente que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos[7], en razón de lo cual, no son admisibles enfoques

[3] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 01 03-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.
[4] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.
[5] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero del 2011.
[6] SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Constitución, Derechos humanos y Proceso Penal, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
[7] Corte IDH caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C número 63, pár. 144. Ver también caso del penal Miguel Castro Castro, supranota 14 párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63.
[8] CORTE IDH Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros}, supra nota 59, párr.144. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catía), supra nota 31, párr. 63, y Caso Ximenes López. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C número 149, par. 124.

restrictivos del mismo[8]. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes[9]".

"80. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción[10]"; la protección al derecho a la vida, se realiza mediante normas jurídicas independientes, con bienes jurídicos autónomos, de ahí las denominaciones que adoptan las diferentes conductas atentatorias a la vida humana, como lo es el homicidio, por el hecho de causar la muerte, deben ser debidamente reprimidas de conformidad a lo que establece el artículo en este caso el 449 del Código Penal por el cometimiento de la infracción.

El delito de homicidio se encuentra tipificado y sancionado en nuestra legislación penal, el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la vida humana, nuestro Código Penal tipifica como delito "el Homicidio cometido con intención de dar la muerte..." y en este caso el resultado de la materialidad de la infracción tuvo como resultado el fallecimiento de Milton Oswaldo Vásquez Aguilar.

El procesado recurrente en su fundamentación señala que existió legítima defensa, a lo que este Tribunal expone que "la necesidad" es un verdadero requisito de la legitimación del acto, que sin necesidad no cabe aceptar como lícito el acto de la defensa, como bien lo analiza el tratadista Edgardo Alberto Donna cuando dice: "Como principio básico se debe afirma que la acción defensiva es legitima en la medida en que se corresponda con la agresión ilegítima como una especie de círculo, en el cual la agresión conforma una parte la defensa conforma la otra, de modo que más allá del semicírculo la defensa deja de ser necesaria y por ende legítima y menos, aunque sea legitima es insuficiente a los efectos prácticos. De esta forma y más allá de las precisiones que se puedan hacer, no hay otra forma de interpretar la legítima defensa, si no es desde la agresión ilegítima y la forma en que el sujeto agredido puede rechazar esa agresión"[11], al respecto luego de analizada la sentencia recurrida consideramos que la acción realizada por el procesado no se enmarca dentro de los parámetros de la legítima defensa, en razón de que el procesado al ser miembro de la policía nacional tenía conocimiento del uso progresivo de la fuerza, para estos casos y según los hechos en los que se cometió la infracción hubo una reacción inmediata, cuando el ahora occiso no había causado una acción que obligue el realizar del procesado, por lo que no procede lo alegado.

La defensa de la acusación particular en la fundamentación de su recurso de casación señala que en el presente caso no se debía aplicar atenuantes por cuanto el procesado actuó con alevosía y ensañamiento contra la víctima, al igual que actúo en pandilla y en despoblado; al respecto sobre las circunstancias atenuantes y agravantes señalamos que el Código Penal, en el Capítulo II, del Título II, del Libro 1, en los artículos 18 al 31, norma respecto de las "circunstancias de· la infracción" indica que en el caso de las "circunstancias atenuantes", el artículo 29 señala que son aquellas que disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor; circunstancias

[9] CORTE IDH Caso Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de2006. Serie C nro. 140 párr. 119. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63, y Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

[10] CORTE IDH Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144 Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Vargas Areco Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 14.

[11] DONNA, Edgar Alberto, "DERECHO PENAL", Tomo 11, parte General, Argentina, Rubinzai-Culzoni Editores, 2008, p. 201.

que están relacionadas con las causas impulsivas de la infracción, con el estado y capacidad física e intelectual del delincuente, con su conducta con respecto al acto, y sus consecuencias; pero en el presente caso, la Sala confirmó en todas sus partes la sentencia emitida por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Los Ríos, a lo que este Tribunal considera que está debidamente aplicadas las atenuantes 5, 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal.

Además, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, señala que las causales para interponer el recurso de casación para que sea procedente ante la Corte Nacional de Justicia, son: "(...) cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación". Lo que en este caso en la fundamentación de ninguno de los recursos, en ninguno porque no se ha podido demostrar por parte de los recurrentes, quienes no indicaron, en forma técnica, como se violó la ley y de qué manera la supuesta infracción, produjo el error de derecho, por lo que no procede lo alegado.

Este Tribunal en forma unánime, ha confrontado la sentencia atacada que es la emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos y la exposición realizada por el procesado recurrente y la acusación particular recurrente, estableciendo que ambos recursos no se han sujetado ni señala ninguna de las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, como violadas por lo que analizada la sentencia, este Tribunal establece, que efectivamente está justificada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado como autor del delito de homicidio, esto es lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal con las atenuantes 5,6 y 7 del artículo 29 ibídem; por lo que no procede los recursos planteados.

SEXTO.- RESOLUCIÓN.

En tal virtud, 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 DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** por unanimidad y en razón de que no se ha demostrado la violación a la ley, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente los recursos planteados por Gabriel Alberto Rivas Valencia y la acusadora particular Carmen Lidia Aguilar Montes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 ibídem, de oficio se casa la sentencia en el sentido de que a más de la pena impuesta al procesado por el Tribunal de instancia, deberá también cumplir con la reparación integral de conformidad a lo que establece el artículo 78 de la Constitución de la República para el cumplimiento. Actúe la Dra. Ivonne Guamaní León, Secretaria Relatora.- **Notifíquese devuélvase y cumplase.-**

f) Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución nro. 921-2015
Juicio nro. 1662-2014

Juicio penal por uso doloso de documento falso propuesto por Manuel Chimbo Cutiopala, en contra de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez

SÍNTESIS

El señor Manuel Chimbo Cutiopala, en el mes de abril de 2008, solicitó un contrato para la realización de una obra, consistente en la construcción de baterías sanitarias, como no era profesional de la construcción buscó al señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, de profesión arquitecto, para que le de la firma y suscriba el contrato, por esta gestión le cobraría ochocientos dólares. El anticipo del contrato fue entregado al arquitecto Caicedo, quien se lo devuelve al señor Manuel Chimbo a través de un cheque por cuatro mil dólares pero a contraprestación le hace firmar una letra de cambio por la misma cantidad. Con posterioridad el arquitecto Caicedo sigue un juicio ejecutivo en contra del señor Chimbo con una letra de cambio. En sentencia se determina que la letra es falsa. Con éste antecedente sigue juicio penal por uso doloso de documento falso. El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar resuelve confirmar el estado de inocencia de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, por el delito acusado, manifestando que existen inconsistencias dentro del caso que no les conduce a una verdad indiscutible, esto es, que se haya utilizado un instrumento falso. La Fiscalía General del Estado y el acusador particular, presentan recurso de apelación. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por los referidos recurrentes, confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida. De éste fallo, el señor Manuel Chimbo interpone recurso de casación. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara la nulidad constitucional por falta de motivación, de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, toda vez que considera que dicha sentencia viola el principio de congruencia.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 1662-2014-JBC

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR.- TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE BOLÍVAR. Guaranda, jueves 19 de junio del 2014, las 09h46. VISTOS: La Secretaría del Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, ha recibido el auto de llamamiento a juicio, conjuntamente con el acta de audiencia y los anticipos probatorios correspondientes al caso No. 2010-0142, remitido por el Juez Primero de Garantías Penales de Bolívar, seguido en contra de GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, por considerar que existe presunciones graves y fundadas en contra del acusado en el grado de autor del delito tipificado en los arts. 340 en concordancia con el 341 del Código Penal, cumpliéndose así con lo dispuesto en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal. Una vez recibido el caso, el Presidente del Tribunal, en cumplimiento a lo dispuesto por el art. 262 del Código citado, puso en conocimiento de las partes procesales y de los Jueces del Tribunal; habiendo transcurrido el plazo previsto se convocó a audiencia pública de juzgamiento; en la que, el Tribunal procedió a examinar la conducta del acusado GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, en cuanto a la realidad de su participación en el hecho imputado por la Fiscalía, para finalmente, luego de haber analizado la prueba de cargo y de descargo aportada por las partes procesales en

la audiencia de juicio, el Tribunal, luego de la deliberación correspondiente, siguiendo el procedimiento determinado en el art. 305 del Código de Procedimiento Penal, tomó la decisión de declarar por unanimidad, el estado de inocencia del acusado, fallo que lo fundamentamos en los siguientes términos: **PRIMERO.-** El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra investido de autoridad suficiente para conocer, tramitar y resolver el presente juicio, en concordancia con los arts. 16, 17, 21, 28 del Código de Procedimiento Penal 220 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** En la sustanciación de la presente causa no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que influya en su decisión, como tampoco aparece que se haya violentado ningún principio constitucional, legal o internacional recogidos en los convenios e instrumentos de los que establece los arts. 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador. **TERCERO.-** Según el art. 250 del Código de Procedimiento Penal, la base del juicio penal es la comprobación conforme a derecho de la existencia de alguna acción u omisión punible y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo, siempre y cuando esos presupuestos se obtengan de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en el juicio y que sean ratificadas en la forma y en el modo señalado en el art. 79 y 119 del Código de Procedimiento Penal **CUARTO.- 4.1.-** La fiscalía, en base a las evidencias recogidas durante la investigación, en la audiencia de juicio, presentó su teoría del caso sobre el supuesto delito, mediante la cual indica: El señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, realizó la utilización dolosa de un documento falso, teniendo como precedente que el señor Manuel Chimbo Cutiopala en el mes de abril del 2008, solicitó un contrato para la realización de una obra consistente en la construcción de baterías higiénicas en el sector de Cachisagua, pero dado que el señor Chimbo no era un profesional ni en la rama de arquitectura, ni ingeniería, no estaba habilitado por sus propios derechos a firmar el contrato que le concedía dicha obra, para tal efecto refiere haber tomado contacto con el señor Fafo Gavilánez quien le había manifestado de este particular y que consiguiese en todo caso la firma de un profesional para poder realizar el contrato, de este modo el señor Manuel Chimbo concurre hasta la Universidad Estatal a tomar contacto con el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, le explica la situación y el señor Caicedo Gutiérrez accede a concederle la firma para poder tratar el proceso para la adjudicación del contrato y le indica que por aquello le va a cobrar la cantidad de ochocientos dólares, pero además le advierte que todos los trámites que debieran realizarse para la adjudicación del contrato deberán ser cubiertos por el señor Manuel Chimbo, el señor Chimbo procede a realizar todas las diligencias necesarias, presenta a trámite y en el mes de junio del 2008, se le informa al señor Chimbo que el anticipo del setenta por ciento del valor del contrato ya había sido depositado a la cuenta del señor Geoffre Caicedo Gutiérrez, consiguiente el señor Manuel Chimbo Cutiupala acude a donde el referido señor y le manifiesta que el dinero ya se encuentra depositado en su cuenta, ante aquello señor Caicedo indica que él no tenía constancia de aquello, que tenía que verificar, y ese momento no acuerdan la entrega del dinero, posteriormente el señor Chimbo regresa y el señor Geoffre Caicedo Gutiérrez le entrega un cheque por el valor de cuatro mil dólares. y le hace firmar una letra de cambio por esa suma de dinero, según lo que manifiesta él señor Manuel Chimbo, inicialmente según el señor denunciante la primera letra de cambio que firma realizó un trazo incorrecto por lo que, el señor Geoffre Caicedo se molestó y le pidió firmar una segunda letra de cambio, en la segunda letra de cambio en la que constaba también el valor de cuatro mil dólares el señor Chimbo firma y pone su número de cédula, para su sorpresa posteriormente en el mes de diciembre del 2008, específicamente el 9 de diciembre del 2008, se había presentado una demanda ejecutiva y él es citado con la misma el 16 de enero del 2009, pero cuando concurre al juzgado para verificar la letra de cambio, al revisar la misma puede constatar que la firma obrante en dicha letra de cambio no corresponde a su autoría, por consiguiente dentro de las: excepciones planteadas en el juicio ejecutivo se hace esta argumentación de que la firma no le pertenece y en sentencia emitida por la señora Juez Tercero de lo Civil de Bolívar una vez que fueron practicadas las experticias documentológicas se llega a la conclusión de que la firma obrante en la letra de cambio que se atribuía a la autoría del señor Manuel Chimbo Cutiupala no corresponde a su persona, de hecho en la sentencia indicada que fue expedida el 22 de marzo del 2011, la señora Juez conocedora de la causa manifiesta que se ha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

comprobado la falsedad del documento y por lo tanto se rechaza la demanda, consiguientemente el señor Chimbo continúo con el proceso que había iniciado en la fiscalía y dentro de la tramitación de la causa se practica también los peritajes correspondientes, con los que se establece y confirma que la firma obrante en la letra de cambio no corresponden al señor Manuel Chimbo Cutiupala, por lo tanto la fiscalía probará en esta mañana que el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez con pleno conocimiento de causa, utilizó un documento que estaba adulterado para presentar una demanda ejecutiva y dolosamente dio impulso a dicho trámite. **4.2.-** A su vez el abogado representante de la acusación particular, efectúa su exposición inicial indicando que: Adhiriéndome a la teoría del caso formulada por la fiscalía, en esta audiencia se va a justificar que el acusado de manera dolosa, utilizó un documento falso en el que consta una firma que no corresponde a Manuel Chimbo Cutiupala, con el objetivo de afectar el patrimonio del acusador particular y obtener un beneficio ilícito, se plantearán algunas cuestiones, entre ellas que la sentencia dictada en el juicio civil dispuso el pago de esa cantidad de dinero, se discutirá si existió o no prejudicialidad, el hecho concreto señores Jueces, es que este proceso se inicia con una nota *criminis* constante en la denuncia formulada por Manuel Chimbo, una vez notificado con la citación del auto de pago del juicio ejecutivo mencionado por la fiscalía, en consecuencia la conducta del acusado se encuadra en lo señalado en el art. 341 y 340 del Código Penal, cuya sanción y máximo de la pena solicita la acusación particular como pretensión punitiva, la acusación particular consta dentro del proceso y hoy en esta audiencia se justificará la autoría Y responsabilidad del acusado como autor del delito de uso doloso de documento falso. 4.3. Por su parte el acusado por intermedio de su Abogado Defensor realiza su exposición inicial manifestando que: el año 2008, sin poderse fijar el día, por el mes de agosto, me visita en la Universidad Estatal de Bolívar el señor Manuel Chimbo Cutiopala, quien n me supo manifestar que en el Municipio de la ciudad de Guaranda, le habían concedido un contrato por la cantidad de doce mil dólares, al mismo que le exigían que necesitaba la firma de un profesional para la construcción, razón por la cual me fue a ver a mí, y manifestarme de que yo hiciera dicho contrato por así exigirlo la Ley, a lo que nos pusimos de acuerdo y le decía que tenía que firmarme una letra de cambio en garantía para que realice la construcción en vista de que el responsable el Arq. Geoffre Caicedo era quien iba a estar al frente de dicha obra, el señor me firmó dos letras de cambio en verdad la una estuvo mal firmada, después procedió a firmarle otra letra de cambio por la cantidad de seis mil dólares, alguna vez el señor Alcalde me llamó la atención en vista de la obra no se había realizado, procedí a llamarle al señor Manuel Cutiupala a quien le manifesté de que porque no construye la obra y me dijo que no tenía el dinero, de la misma manera el señor al no cumplir con la obra y al haberme firmado el documento por seis mil dólares, yo efectivicé mediante un trámite ejecutivo que se instauró el Juzgado Tercero de lo Civil, una vez que se le citó a este señor Manuel Cutiupala, en momento como excepción planteó falsificación de documento, la señora Jueza Tercera al dictar la sentencia correspondiente rechaza mi demanda, pero hoy se le olvidó a la fiscalía de que existe una sentencia de segundo grado dictada por la Sala de la Corte de Justicia, en la que revoca la sentencia y acepta mi demanda obligando que el pague la cantidad de seis mil dólares, indudablemente más los intereses y los que se llegaren a vencer. **QUINTO.-** Con el afán de demostrar la existencia la infracción y la responsabilidad de acusado, la Fiscalía, en la audiencia de juicio presenta las siguientes pruebas: **5.1.-** Testimonio de MANUEL CHIMBO CUTIUPALA, quien en lo principal, manifiesta: Yo trabajaba con el Ing. Fafo Gavilánez y me dijo que me daría un trabajo de doce mil quinientos dólares, que es en Cachisagua para la construcción de un baño, manifestándome que tengo que ver un profesional para que firme , como trabajé por un tiempo en la Universidad de Bolívar y ahí conocí al arquitecto Geoffre, le pedí la firma para hacer ese contrato, el arquitecto me dijo sí pero que vale ochocientos dólares y que además él no va a gastar en nada, yo realice todos el trámite en el municipio, incluso pagué las pólizas en Ambato porque el mismo arquitecto me mandó indicando y anotando en una hoja que pague en el Centro Caracol, finalmente se hizo el contrato y le depositan en la cuenta del arquitecto el setenta por ciento del valor total, solicitando me entregue para empezar el día lunes a trabajar a lo que me dice que no, el lunes asómate abajo en la ferretería El Maestro y no llegó, nuevamente acudí a la Universidad y le digo arquitecto deme el dinero y él me dice -no te voy a dar la plata, te voy a dar un cheque pero tienes que firmar una letra, eso es como garantía

porque yo te doy la plata y después quien es el responsable si no cumples, soy yo, firmo la letra de cambio y porque dice que está mal firmado me hace firmar otra, en la segunda letra le pongo mi número de cédula quedándose con las dos letras el arquitecto, yo no recibí dinero alguno por ningún concepto, más bien ha mandado a trabajar a la gente de él, en el lugar de la obra yo ya hice botar mil ladrillos y ripio, material que no ha pagado, por eso cuando ya ha falsificado la firma en la letra le dije al abogado del arquitecto vea doctor yo no quiero tener problemas, no quiero seguir juicio, que vaya a pagar de los materiales y que se coja la obra, el contrato me parece que es en el 2008, el dinero que me depositaron por el anticipo no me recuerdo la fecha pero es también en el año 2008, firmé dos letras de cambio la segunda letra estuvo por cuatro mil dólares en números, el resto estaba en blanco y estaba mi firma con el número de cédula. **5.2.-** Testimonio de Cbos. FRANKLIN DAVID VARGAS MELENA, quien en lo principal, manifiesta: En este caso yo fui designado a realizar el reconocimiento del lugar de los hechos, el reconocimiento se dio en la Universidad Estatal de Bolívar el día lunes 9 de marzo del 2009, a eso de las 15h00, específicamente fue el reconocimiento en el Departamento de Planificación Físico y Construcción de la Universidad, así mismo en el lugar se pudo apreciar que se trataba de una escena cerrada, se encontraba un mueble de madera de color café de atención al público, donde manifestó el señor Manuel Chimbo que ahí se habría producido la falsificación de dicho documento: 3.- Testimonio de Sgos. WILIAN FABRICIO LÓPEZ SANTANA, quien en lo principal, manifiesta: El día y la hora señalada por fiscalía para que se lleve a efecto la diligencia, primeramente revisamos el documento dubitado, esto es la letra de cambio, seguidamente se continuó las operaciones técnicas receptando muestras de escritura al señor Manuel Chimbo que fue la persona que había negado en la emisión de la firma que constaba en el referido documento, nosotros como Policía Nacional nos basamos nuestros estudios en el sistema escopométrico la cual tiene una serie de parámetros tales como el análisis extrínseco que es el estudio general de la firma, un análisis intrínseco que se trata de la parte íntima de cada escribiente, como resultado de los estudios y las confrontaciones técnicas había muchas incongruencias gráficas, muchas variaciones gráficas, todo ello en su conjunto permitió establecer que la firma que consta en el espacio destinado para el deudor de la letra de cambio no le correspondía al señor Manuel Chimbo, en la situación del análisis extrínseco en la manera general de la firma como está detallado en el informe hay una serie de parámetros que se estudia tanto la espontaneidad, la firma dubitada la que está en la letra de cambio era lenta con temblores con vacilaciones, mientras que las firmas que se obtuvo como muestras era un tanto más sobrias, pese al mediano manejo del elemento, más fluidas en la irradiación, en Los espaciamientos, en la distribución de trazos y rasgos dentro de un mismo campo gráfico era distinto con la firma que está en la letra de cambio con las que se obtuvo como muestras, en este caso como se contó con documentos originales es una pericia determinante, para mi criterio personal ésta pericia es de un setenta y cinco por de fiabilidad, es mi firma la que consta en ese informe, la que la utilizo en todos mis actos públicos y privados, me ratifico en todo el contenido del informe; en su ampliación dice:
El examen grafotécnico jamás puede practicarse en copias, el análisis únicamente se practica sobre los documentos originales y la técnica prohíbe hacerlo en copias. **5.4.-** La Fiscalía solicita se incorpore al expediente: el Informe de .reconocimiento del lugar de los Hechos elaborado por el Cbos. Franklin David Vargas Melena, así el Informe Pericial Documentológico elaborado por los Cbop. William López Santana Cbos. Juan Carlos Cruz, así como la Copia Certificada de la Sentencia emitida dentro del juicio ejecutivo No. 370-2008 tramitado por el Juzgado Primero de lo Civil de Bolívar. **SEXTO.-** En lo relacionado a la prueba testimonial presentada por el acusador MANUEL CHIMBO CUTIOPALA, Se adhiere a la prueba presentada por la fiscalía y solo solicita el siguiente testimonio: **6.1.-** Del Cbop. JUAN CARLOS CRUZ ESPINOZA quien en lo principal manifiesta: Es mi firma la que consta en el informe, la verdad no recuerdo muy bien, pero me parece que se trata de una letra de cambio, no cuento con un ejemplar del informe en este momento, se trata de una letra de cambio por la cantidad de seis mil dólares, esa letra de cambio recuerdo que nos mandó a realizar la grafotécnica de una firma que se encuentra en el reverso a nombre del señor Manuel Chimbo Cutiupala, esa firma se la realizó con cuerpos de escritura y en la cédula de ciudadanía, en la cual dio como resultado luego del análisis que no se corresponde gráfica y morfológicamente, si realicé este peritaje con el señor Wiliam López

Santana, me ratifico en el contenido íntegro del informe. **6.2.-** Como prueba documental la acusación particular: se adhiere a toda la prueba documental que presentó fiscalía. **SÉPTIMO.-** En relacionado a la prueba presentada por el acusado GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, en primer término por mandato legal se mandó a recibir su testimonio quien en lo. principal, manifiesta: en el año 2008 el señor Chimbo me fue a ver en oficina en la que trabajaba en la Universidad de Bolívar, me manifestó que necesita que yo le dé una firma, yo le dije encantado no hay ningún problema pero tú tienes que todos los gastos que conlleva la contratación esto es pólizas y un poco de cosas más que se debe pagar, aceptando el señor Chimbo y fue quien realizó todo el trámite, luego recibo la visita de Manuel Chimbo otra vez en la oficina manifestándome que se ha enterado ya me han depositado el dinero del anticipo, ocho mil doscientos dólares más o menos, lo que le contestó sabes que yo tengo que irme al banco y verificar si ya me han depositado para entregarte, entonces me fui al banco y verifiqué que era verdad, pidiéndole que regrese luego hasta traer la chequera, una vez que le entrego el cheque le digo lo único que le digo es que cambies una letra de cambio por el valor que te voy a dar para que comiences a trabajar, como le vi que firmó en son de burla le digo que te pasa enséñame tu cédula para verificar la firma y esta estaba mal por lo que le pido que primeramente saque la copia de la cédula a colores y luego me firme bien la otra letra de cambio, diciéndole que solo le iba a dar cuatro mil dólares, pero como me insistió porque necesitaba según él para pagar los materiales le entregué dos mil dólares más, cuatro mil dólares en cheque que incluso él cobró enseguida, y dos mil dólares en efectivo, en el lugar de la obra ha botado media volquetada de ripio, arrimado trescientos ladrillos, cinco fundas de cemento que como era un mes ya estaban duros, ya no se podía utilizar y cuatro varillas le llamo al señor Chimbo para que me devuelva la plata si no va a trabajar, sabe que ya no tengo la plata, además yo le tengo que descontar del material mil dólares, insistiéndole me devuelva el dinero pero como no me dio contraté al abogado y le manifesté a Manuel Chimbo que se arregle con mi abogado y yo voy a terminar la obra, lo único que digo es que yo no he falsificado la firma de nadie, él me firmó una letra de cambio por seis mil dólares, yo seguí un juicio ejecutivo y la sentencia de segunda instancia fue a mi favor. **7.1.-** Testimonio de Sgos. JAIME RODRIGO LEÓN CEALLOS, quien en lo principal, manifiesta: Es mi firma y rúbrica la que consta en el informe la que la utilizó en todos mis actos públicos y privados, estas son copias de un informe elaborado por mi persona y presentado a la fiscalía, ha pedido de la fiscalía de la provincia de Bolívar, por el señor fiscal Aucatoma, con fecha 5 de agosto del 2011 se procedió a realizar una experticia documentológica a un documento que reposa en uno de Juzgados de la Provincia, se procedió al análisis respectivo del documento que es una letra de cambio, se hizo el análisis del texto manuscrito obrante en el anverso del documento por letra de cambio y de una firma que obra en el reverso, con las muestra obtenidas del señor Chimbo, se llega en este tipo de análisis a saber sobre las personalidades gráficas, hecho el análisis respectivo esto es del documento o letra de cambio lado anverso con los textos manuscritos indubitados y tomados como muestras escriturales al señor Geoffre Caicedo, se llegó a la conclusión que éstos efectivamente provenían de la misma personalidad gráfica, es decir, que fueron realizados por señor del texto manuscrito y de la firma obrante en el lado anverso, en el espacio medio dice la palabra deudor se lo analizó con las muestras escriturales y firmas del señor Chimbo Cutiupala concluyendo que provenían de diferente personalidad gráfica, es decir que fueron realizados por distinta persona, así mismo también analizado esta firma con las muestras escriturales o firmas del señor Geoffre Caicedo, no interviene su puño en la elaboración de esta firma. **7.2.-** Testimonio de la Dra. NORA BEATRIZ CULQUI GARCÍA, quien en lo principal, manifiesta: Las técnicas científicas practicadas dentro de esta pericia fueron varios puntos, en este caso en lo que es grafotécnica se hizo un análisis comparativo en cuanto a la firma y como técnica de soporte se aplicó varias de grafo psicología de las que se tiende a determinar el perfil de la persona que elaboró esta firma, en este caso, en cuanto a lo que es grafotécnica se puede determinar que existe algún tipo de similitud, pero la técnica de soporte en base a mi formación académica es grafo psicología, en lo que es grafo psicología se puede determinar el perfil de la personalidad en base a los rasgos gráficos que él va dejando, en lo que es el análisis de texto, de letra podemos determinar que el arranque es exactamente el mismo, al momento de arranque es de izquierda a derecha, entonces podemos determinar que tanto el autor como la firma cuestionada testigo presentan el mismo grado de

determinación que es la barra de la T, entonces es imposible que dos personas tengan el mismo grado de determinación al igual que los puntos de pastosidad, el óvulo significa, que la persona depende demasiado emocionalmente de la madre, si dividimos las inclinaciones en cuatro, la inclinación es la misma entonces es imposible que dos personas en el país tengan el mismo grado de Inclinación, estas pastosidades en lo que es grafo Sicología nos representa el grado de fantasía sexual en este caso ambas presentan la misma pastosidad, existe una variación en lo que es grafotécnica a mi criterio como perito llegué a la conclusión de que Manuel Chimbo intentó alterar sus propios rasgos gráficos pero que la firma en la letra de cambio analizada, si le corresponde, este informe es 99.9 %, el 1% me reservo porque puede haber una falla humana. 7.3.- El acusado solicita se inserten al expediente el Informe Técnico Documentológico elaborado por el Cbop. Jaime Rodrigo León Cevallos; así como copias certificadas del juicio· ejecutivo No. 370-2008 tramitado en el Primero de lo Civil de Bolívar en tres cuerpos; así como el informe técnico grafológico realizado por la Dra. Nora Culqui García. **OCTAVO.-** Enunciada la teoría del caso presentada por la Fiscalía, la Acusación Particular y por la defensa del acusado presentadas las pruebas por las partes procesales, corresponde a este Tribunal determinaba cuales hechos y circunstancias de interés han sido probados en relación a este caso, conforme lo determina el artículo 84 del Código Adjetivo Penal a fin de establecer si existe la materialidad de la infracción acusada, así como la responsabilidad del acusado, de conformidad al art. 85 *ibídem*. Como quedare anotado la Fiscalía y la acusación Particular, acusan la existencia del delito de uso doloso de título falso, tipificado por el art. 340 del Código Penal, en relación con el art. 341 *ibídem*, haciendo recaer la responsabilidad según el órgano acusador, sobre Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez por lo que en este punto es apremiante traer a colación lo prescrito en dichas disposiciones legales: art. 340.- El que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques será reprimido con dos a cinco años de prisión. Art. 341.- En los casos expresados precedentes artículos, el que hubiere hecho uso, dolosamente, del documento falso, será reprimido como si fuere autor de la falsedad". Para efectos del análisis, debemos básicamente de las declaraciones de los Peritos Criminalísticos de la Policía Nacional William Fabricio López Santana y Juan Carlos Cruz Espinoza, quienes efectuaron exámenes grafotécnico a la grafía impresa en la letra de cambio, materia de este juicio determinándose en dicha pericia que: "La firma dubitada, atribuida al Sr. Manuel Chimbo Cutiopala, obrante al reverso de la letra de cambio que obra dentro del juicio ejecutivo No. 2008-370, del Juzgado Primero de lo Civil de Bolívar, no guarda similitud grafica las firmas indubitadas uno y dos del mencionado ciudadano, constante en su cédula de identidad y cuerpos de escritura, es decir provienen de distinta personalidad gráfica", mientras que la defensa del acusado presenta el testimonio del perito Jaime Rodrigo Cevallos, quien básicamente llega a la misma conclusión de los peritos mencionados en líneas anteriores, sin embargo se presenta además la Dra. Nora Culqui García, también realiza una pericia grafotécnica del documento en mención, concluyendo contrariamente "Que la firma de Manuel Chimbo Cutiopala, constante en la letra de cambio si guarda un estrecha relación morfológica con las firmas legítimas de Manuel Chimbo Cutiopala, y de igual manera presenta que es la misma contextura del texto que consta en la mencionada letra de cambio con la firma del señor Manuel Chimbo motivo de la pericia.". Pericias que ciertamente en estas circunstancias, no podrían ser por si solas para llegar a una certeza de la existencia de la infracción, por ser estas contradictorias, lo que genera duda en este Tribunal, duda que se acrecienta si se tiene en cuenta que el acusador particular en su declaración había mencionado que nunca recibió dinero alguno de parte del acusado, por ningún concepto, lo cual ha quedado entre dicho, pues del juicio ejecutivo No. 0370-2008, tramitado en el Juzgado Primero de lo Civil de Bolívar, en el cual se persiguió el cobro de la letra de cambio materia de este juicio, que fue presentado como prueba de la defensa del acusado, sin objeción de las partes, se verifica a fojas 226 la existencia de la copia del cheque No. 430, del Banco Pichincha, la cuenta corriente No. XX, perteneciente al acusado, por la cantidad de cuatro mil dólares, girado el 09 de octubre del 2008, cobrado el mismo día, en el que consta como beneficiario Manuel Chimbo Cutiupala, lo cual es concordante más bien con manifestado por el mismo acusado, que indicó que la letra de cambio había servido en garantía por el dinero que le entregó al acusador, para que efectuare la obra adjudicada formalmente al acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez por parte del

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Municipio Guaranda, entregándole seis mil dólares: cuatro mil mediante cheque y dos mil en efectivo, lo que sin ser el tema de fondo en discusión del presente juicio, si genera falta de credibilidad en la declaración del acusador Manuel Chimbo Cutiupala, quien además no reconoce su firma en el escrito de contestación a la demanda del juicio ejecutivo y que le consiguieron y le fue puesto a su vista en la Audiencia de Juicio, lo que nos hace pensar que si no reconoció su firma, dicha contestación pudo ser forjada si aceptamos aquella negación, sin olvidar que más allá de las cuestiones administrativas y civiles que se derivar de este caso, acusado y acusador dieron a entender como hecho cierto, que cuando se iba a suscribir la letra de cambio se lo hizo dos veces, porque en la primera vez, se advirtió que la firma que hizo el acusador en la letra de cambio, no era igual a la que constaba en su cédula, aspectos todos estos que en realidad como se ha anotado no nos permiten arribar a una conclusión inequívoca de la existencia de la infracción y por obvias razones de la responsabilidad del acusado. Dejándose entrever definitivamente para criterio de este Tribunal, que existen inconsistencias dentro del caso y que no nos conduce a una verdad indiscutible, esto es, que se haya utilizado un instrumento falso, como asevera fiscalía y la acusación particular, pero no se ha llegado a la certeza de que haya existido la falsificación mentada, por las consideraciones expuestas, más bien esta duda sobre la responsabilidad del acusado nos conlleva al análisis del artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que 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 ... 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 ... " el que reconoce el Estado de Presunción de Inocencia, recogido también en el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal y del que se deriva el hecho de que la carga de la prueba no le corresponde al imputado sino a la Fiscalía, lo que no impide naturalmente que el imputado, si así lo estima necesario, pueda presentar los descargos y los alegatos que sean convenientes a su defensa, como se observa en este caso, la razón de ser del Derecho de Presunción de Inocencia es la Seguridad Jurídica y la necesidad de garantizarle a todo acusado que no sea condenado sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad, soslayando que la Presunción de Inocencia es una presunción Juris Tamtuh, esto es, una presunción que admite prueba en contrario; y, respaldados igualmente en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata-sobre el Principio de Verdad Procesal, que dice: "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". En concordancia con el artículo innumerado segundo después del art. 5 y art. 304-A del Código de Procedimiento Penal y art. 4 del Código Penal, en tal virtud, de después de haber analizado y valorado la prueba introducida a juicio por los sujetos procesales con sujeción a las reglas de la sana crítica de acuerdo a lo determinado en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que en su conjunto no vislumbran que se haya comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la culpabilidad del acusado; con observancia a las garantías consagradas en el literal h) numeral 7 del art. 76; y, numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador, el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** confirma el estado de inocencia de GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía XX, de 37 años de edad, estado civil casado, nacido y residente en la ciudad de Guaranda, provincia de Bolívar, de instrucción superior, profesión Arquitecto, por lo que al amparo de los arts. 311 y 319 del Código de Procedimiento Penal se ordena la cesación de todas las medidas cautelares de parte del personal y real dictadas con motivo de este proceso en contra del acusado. Se declara sin lugar la Acusación Particular deducida por Manuel Chimbo Cutiupala en contra del acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez misma que no se advierte que sea temeraria o maliciosa; sin costas y honorarios que regular. No se observa indebida actuación de fiscalía, de la acusación particular, así como del abogado del acusado. La presente sentencia se ejecutará una vez que haya causado disposiciones legales y constitucionales se encuentran citadas. El Secretario del Tribunal dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 306 del

Código de Procedimiento Penal. Continúe actuando, el Ab. Marco Obando, Secretario Titular del Tribunal de Garantías Penales. Notifíquese al Ab. Hugo Arregui Núñez, patrocinador del acusador particular en el casillero judicial No. 61 y hágase conocer a su anterior patrocinador que ha sido sustituido en la defensa para que haga valer sus derechos. **Cúmplase y notifíquese.**

f) Dr. Luis Eduardo Ganán Paucar, Juez Ponente; Dr. Vladimir Salazar Betancour, Presidente; y, Dr. Edison Albán Monard, Juez.

RECURSO DE APELACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR. SALA ESPECIALIZADA DE GARANTÍAS PENALES. Guaranda, viernes 19 de septiembre del 2014, las 14h30.

VISTOS

ANTECEDENTES

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, mediante sentencia dictada el día 19 de junio de 2014, ratifica el estado de inocencia de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, la misma que en la parte resolutiva, textualmente dice: "dejándose entrever definitivamente para criterio de este Tribunal, que existen inconsistencias dentro del caso y que no nos conduce a una verdad indiscutible, esto es que se haya utilizado un instrumento falso, como asevera fiscalía y la acusación particular, pero no se ha llegado a la certeza de que haya existido la falsificación mentada, con las consideraciones expuestas, más bien esta duda para la responsabilidad del acusado nos conlleva al análisis del artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: ..." En todo proceso en que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas... 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..." el que reconoce el estado de presunción de inocencia, recogido también en el artículo 4 del Código de Procedimiento penal y del que se derriba el hecho de que la carga de la prueba no le corresponde al imputado sino a la Fiscalía, lo que no impide naturalmente que el imputado, si así lo estima necesario, pueda presentar los descargos y los alegatos que sean convenientes a su defensa, como se observa en este caso, la razón de ser del Derecho de Presunción de Inocencia es la Seguridad Jurídica y la necesidad de garantizarle a todo acusado que no sea condenado sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad, soslayando que la Presunción de Inocencia es una presunción *Juris Tamtum,* esto es, una presunción que admite prueba en contrario; y, respaldados igualmente en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata sobre el Principio de Verdad Procesal, que dice: ..."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" en concordancia con el artículo innumerado segundo después del art. 5 y art. 304-A del Código de Procedimiento Penal y art. 4 del Código Penal en tal virtud, después de haber analizado y valorado la prueba introducida a juicio por los sujetos procesales con sujeción a las reglas de la sana crítica de acuerdo a lo determinado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que en su conjunto no vislumbran que se haya comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la culpabilidad del acusado; con observancia a las garantías conservadas en el literal h) numeral 7 del artículo 76; y, numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, confirma el estado de inocencia de GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía XX, de 37 años de edad, estado civil casado, nacido y residente en la ciudad de Guaranda, Provincia de Bolívar, de instrucción superior, profesión arquitecto, por lo que al amparo de los artículos 311 y 319 del Código de Procedimiento Penal, se ordena la cesación de todas las medidas cautelares de orden personal y real dictadas con motivo de este proceso en contra del acusado.- Se declara sin lugar la acusación particular deducida por Manuel Chimbo Cutiupala, en

contra del acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, misma que no se advierte que sea temeraria o maliciosa.- Sin costas ni honorario que regular.- No se observa indebida actuación de fiscalía, de la acusación particular así como del abogado de la acusada.- La presente sentencia se ejecutará una vez que haya causado estado" fojas 125 a 127 vta. Esta sentencia es impugnada por el acusador particular Manuel Chimbo Cuitiupala, y por el fiscal Dr. Rommel Gustavo Haro, mediante la interposición del recurso de apelación (406 a 407 y 408 a 408 vta; respectivamente). Recurso que es concedido por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, mediante auto dictado el 25 de junio de 2014 (409 vta.). Una vez recibido el recurso la Sala convocó a los sujetos procesales a una audiencia oral, pública y contradictoria, la misma que tuvo lugar en el jueves 18 de septiembre de 2014, en la cual los sujetos procesales expusieron sus pretensiones; tuvo lugar a la réplica, finalizado el debate la sala procedió a la deliberación; y, en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, pronunció su resolución en la misma audiencia, considerándose que la decisión quedó notificada legalmente a los sujetos procesales asistentes; por lo que estando dentro del plazo de tres días que determine el artículo 345 inciso tercero, del Código de Procedimiento Penal. Encontrándose el trámite del recurso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La potestad jurisdiccional y competencia de esta Sala para sustanciar el recurso de apelación y dictar el fallo que en derecho corresponde, previene de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 76.7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 29.1, 343.2 del Código de Procedimiento Penal.

SEGUNDO.- VALIDÉZ PROCESAL

El trámite del presente recurso se los ha realizado conforme a las normas del debido proceso, la Sala no encuentra vicio u omisión sustancial alguna que pudiere invalidar o acarrear su nulidad; por lo que, se declara su validez, la misma que es inobjetable.

TERCERO.- IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, ecuatoriano, casado, arquitecto, de 37 años de edad, nacido y residente en la ciudad de Guaranda Provincia Bolívar, portador de la cédula de ciudadanía, XX.

CURTO.- ANTECEDENTE DERIVADO DE LA AUDIENCIA PÚBLICA, ORAL, CONTRADICTORIA Y DE JUZGAMIENTO, DESARROLLADO EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE BOLÍVAR

Exposiciones iniciales (teoría de los casos) de los sujetos procesales, realizadas el 29 de mayo de 2014.

4.1.- EXPOSICIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

La Fiscalía dice: "El señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, realizó la utilización dolosa de un documento falso, teniendo como precedente que el señor Manuel Chimbo Cutiupala, en el mes de abril del 2008, solicitó un contrato para la realización de una obra consistente en la construcción de baterías higiénicas en el sector de Cachisagua, pero dado que el señor Chimbo no era un profesional ni en la rama de arquitectura, ni ingeniería, no estaba habilitado por sus propios derechos a firmar el contrato que le concedía dicha obra para tal efecto, refiere haber tomado contrato con el señor Fafo Gavilánez que le había manifestado de este particular y que consiguiese en todo caso la firma de un profesional para poder realizar el contrato, de este modo el señor Manuel Chimbo concurre hasta la Universidad Estatal a tomar contacto con el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, le explica la situación y el señor Caicedo Gutiérrez accede a concederle la firma para poder tramitar el proceso para la adjudicación del contrato y le indica que por aquello le va a cobrar la cantidad de 800 dólares, pero además le advierte que todos los trámites que debieran realizarse para la adjudicación del contrato deberán ser cubiertos por el señor Manuel Chimbo, el señor Chimbo procede a realizar las diligencias necesarias, presenta a trámite y en el mes de junio del 2008 se le informa al señor Chimbo que el anticipo del 70% del valor del contrato ya había sido depositado a la cuenta del señor Geoffre Caicedo Gutiérrez, por consiguiente el señor Manuel Chimbo Cuctiupala, acude donde el referido señor Caicedo y le manifiesta que el dinero ya se encuentra manifestado en su cuenta, ante aquello el señor Caicedo indica que él no tenía constancia de aquello, que tenía que verificar, y en ese momento no acuerdan la entrega del dinero, posteriormente el señor Chimbo regresa y el señor Geoffre Caicedo Gutiérrez le entrega un cheque por el valor de cuatro mil dólares y le hace firmar una letra de cambio por esa suma de dinero, según lo que manifiesta el señor Manuel

Chimbo, inicialmente según el señor denunciante la primera letra de cambio que firma realizó un trazo incorrecto por lo que, el señor Geoffre Caicedo le molestó y le pidió firmar una segunda letra de cambio, en la segunda letra de cambio en la que constaba también el valor de cuatro mil dólares, el señor Chimbo firma y pone su número de cédula, para su sorpresa posteriormente en el mes de diciembre del 2008, específicamente el 9 de diciembre de 2008, se había presentado una demanda ejecutiva y él citado con la misma el 16 de enero del 2009, pero cuando concurre el juzgado para verificar la letra de cambio, al revisar la misma puede constatar que la firma obrante en dicha letra, de cambio no corresponde a su autoría, por consiguiente dentro de las excepciones planteadas en el juicio ejecutivo se hace esta argumentación de que la firma no le pertenece y en sentencia emitida por la señora Juez Tercero de lo Civil de Bolívar una vez que fueron practicadas las experticias documentológicas se llega a la conclusión de que la firma obrante en la letra de cambio que se atribuía a la autoría del señor Manuel Chimbo Cutiupala no corresponde a su persona, de hecho en la sentencia indicada que fue expedida el 22 de marzo del 2011, la señora Juez conocedora de la causa manifiesta que se ha comprobado la falsedad del documento y por lo tanto se rechaza la demanda, consiguientemente el señor Chimbo continúo con el proceso que había iniciado en la fiscalía y dentro de la tramitación de la causa se practica también los peritajes correspondientes, con los que se establece y confirma que la firma obrante en la letra de cambio no corresponden al señor Manuel Chimbo Cutiupala, por lo tanto la fiscalía probará en esta mañana que el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez con pleno conocimiento de la causa, utilizó un documento que estaba adulterado para presentar una demanda ejecutiva y dolosamente dio impulso a dicho trámite".

4.2.- EXPOSICIÓN DEL ACUSADOR PARTICULAR

El acusador particular a través de su defensor: "Adhiriéndome a la teoría del caso formulada por la fiscalía, esta audiencia se vas a justificar que el acusado de manera dolosa utilizó un documento falso, en el que consta una firma que no corresponde a Manuel Chimbo Cutiupala, con el objetivo de afectar el patrimonio del acusador particular y obtener un beneficio ilícito, se plantearán algunas cuestiones, entre ellas la sentencia dictada en el juicio civil dispuesto el pago de esa cantidad de dinero, se discutirá si existió o no perjudicialidad, el hecho concreto señores jueces, es que este proceso se inicia con una nota *críminis* constante en la denuncia formulada por Manuel Chimbo, una vez notificado con el auto de pago del juicio ejecutivo mencionado por la fiscalía, en consecuencia la conducta del acusado se encuadra en lo señalado en el artículo 341 y 340 del código penal, cuya sanción y máximo de la pena solicita la acusación particular como pretensión punitiva, la acusación particular consta dentro del proceso y hoy en esta audiencia se justificará la autoría y responsabilidad del acusado como autor del delito de uso doloso de documento falso".

4.3.- EXPOSICIÓN DEL ACUSADO

El acusado, a través de su defensor, dice: "Por su parte el acusado por intermedio de su Abogado Defensor realiza su exposición inicial manifestando que: el año 2008 sin poderse fijar el día por el mes de agosto, me visita en la Universidad Estatal de Bolívar el señor Manuel Chimbo Cutiupala, quien me supo manifestar que en el Municipio de la ciudad de Guaranda le habían concedido un contrato por la cantidad de doce mil dólares, al mismo que le exigían que necesitaban la firma de un procesional para la construcción, razón por la cual me fue a ver a mí y manifestarme que yo hiciera dicho contrato por así exigirlo la ley, a lo que nos pusimos de acuerdo y decía que tenía que firmarme una letra de cambio en garantía para que realice la construcción en vista de que el responsable el Arq. Geoffre Caicedo era quien iba a estar al frente de dicha obra, el señor me firmó dos letras de cambio en verdad la una estuvo mal firmada, después procedió a firmarle otra letra de cambio por la cantidad de seis mil dólares, alguna vez el señor alcalde me llamó la atención, en vista de que la obra no se había realizado, procedí a llamarle a señor Manuel Chimbo Cutiupala, a quien le manifesté de que por qué no construye la obra, y me dijo que no tenía el dinero, de la misma manera el señor a no cumplir con la obra y al haberme firmado el documento ejecutivo por seis mil dólares yo efectivicé mediante un trámite ejecutivo que se instauró en el juzgado tercero de lo civil, una vez que se le citó al señor Manuel Cutiupala, en ningún momento como excepción planteó falsificación de documento, la señora Jueza Tercero al dictar la sentencia correspondiente rechaza mi demanda, pero hoy se le olvidó a fiscalía que existe una sentencia de segundo grado dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia, en la que revoca

la sentencia y acepta mi demanda obligando que el demandado pague la cantidad de seis mil dólares, indudablemente más los intereses vencidos y los que se llegaren a vencer".

QUINTO.- ANÁLISIS DE LA SALA

5.1.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

5.1.1.- El término aprobación provienen del latina *appeliare*, que significa pedir auxilio.

Es el medio de impugnación ordinario, a través del cual los sujetos procesales de una relación jurídica, sean estos procesado, ofendido, fiscal (apelante) solicitan que un tribunal de segundo grado (*ad quem*) examine una resolución dictada dentro del proceso, por el juez que conoce de la primera instancia (ad quo), expresando sus inconformidades al momento de ponerlo (agravios), con la finalidad de que el superior jerárquico, una vez de que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias corrija sus defectos (errores *in procedendo* modificándola o revocándola).

5.1.2.- El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo 10, pág. 7, textualmente, dice: "...es un recurso ordinario porque debe manifestarse dentro de los primeros días posteriores a la fecha que se notificó la providencia recurrida. Es suspensivo por cuanto normalmente la interposición del recurso tiene como consecuencia suspender los recursos jurídicos de la providencia impugnada, esto es la ejecución de dicha providencia hasta cuando el recurso sea resuelto definitivamente, es devolutivo porque como se ha estudiado, el recurso tiene el efecto de remitir el proceso en el que incide la providencia recurrida, al superior jerárquico que debe pronunciarse sobre el recurso. Y finalmente es extensivo por cuanto permite a cualquier otra parte procesal adherirse al recurso interpuesto oportunamente por el recurrente..."

5.1.3.- El artículo 343.2 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la procedencia del recurso de apelación, dice: "2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado, y las que declaren la culpabilidad, o confirmen la inocencia del acusado".

5.1.4.- El recurso de apelación es un medio de carácter procesal que la ley confiere a los intervinientes agraviados por una resolución judicial para solicitar ante el Tribunal que la dictó, dentro del plazo y fundamento escrito, que su superior jerárquico que queda facultado para revisar los hechos y el derecho para decidir la cuestión en alzada en aquello que concretamente se coloca bajo la esfera de su competencia, según el acto de su interposición la revoque o enmiende. El proceso Penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico y legal que el de la prueba en virtud de ella el juez va formando su convicción a cerca del acontecimiento sometido a su investigación. La prueba va impactando en su conciencia generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances; sin embargo, la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien solo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Según el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba tiene por finalidad establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, por tanto la actividad probatoria en el proceso penal está encaminada al establecimiento de la verdad material, histórica, acerca de un suceso de la vida con relevancia jurídica, presuntamente constitutivo de un ilícito penal, como presupuesto indeclinable para la realización de la justicia. La determinación de los hechos objeto del proceso pasa por la demostración de su certeza, única vía para desvirtuar la presunción de inocencia que protege al individuo como verdad interina, frente al poder coercitivo estatal delegado en los órganos de investigación y decisión; de ahí que la responsabilidad de probar recae en el portador de la acusación y excluye cualquier exigencia probatoria que pretendiera acercarse al encausado.

SEXTO.- PRUEBAS

El representante de la Fiscalía, y en la audiencia oral pública, contradictoria y de juzgamiento de juicio para justificar la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, ha presentado la siguiente prueba:

6.1.- El testimonio del ofendido Manuel Chimbo Cutiupala, quien, dice: "Yo trabajaba con el Ing. Fafo Gavilánez y me dijo que me daría un trabajo de doce mil quinientos dólares, que es en Cachisagua para la construcción de un baño manifestándome que tengo que ver un profesional para que firme como trabajé por un tiempo en la Universidad de Bolívar y ahí conoció al arquitecto Geoffre, le pedí la firma para hacer ese contrato, el Arq. me dijo si pero que vale ochocientos dólares y que además él no va a gastar en nada yo realice todos el trámite en el Municipio, incluso pagué las pólizas en Ambato porque el mismo arquitecto me mandó indicando y anotando en una hoja que

pague en el Centro Caracol, finalmente se hizo el contrato y le depositan en la cuenta del arquitecto el setenta por ciento del valor total, solicitando me entregue para empezar el día lunes a trabajar a lo que me dice que no, el lunes asómate abajo en la ferretería, El Maestro y no llegó, nuevamente acudí a la Universidad y le digo arquitecto deme el dinero y él me dice no te voy a dar la plata, te voy a dar un cheque pero tienes que firmar una letra, eso es como garantía porque yo te doy la plata y quién es el responsable, sino cumples soy yo, firmó la letra de cambio y porque dice que está mal firmada, me hace firmar otra, en la segunda letra le pongo mi número de cédula, quedándose con las dos letras el arquitecto, yo no recibí dinero alguno por ningún concepto, más bien ha mandado a trabajar a la gente de él, en el lugar de la obra yo ya hice botar mil ladrillos y ripio, material que no ha pagado, por eso cuando ya ha falsificado ya la firma en la letra le dije al abogado del arquitecto vea doctor yo no quiero tener problemas, no quiero seguir juicio que vaya a pagar de los materiales y que se coja la obra, el contrato me parece que es en el 2008, el dinero que me depositaron por el anticipo no me recuerdo, la fecha pero es también en el año 2008, el dinero que depositaron por el anticipo no me recuerdo la fecha, pero es también en el año 2008, firmé dos letras de cambio la segunda letra estuvo por cuatro mil dólares en números, el resto estaba en blanco y estaba mi firma con el número de cédula.".

6.2.- El testimonio del Cabo de Policía Franklin David Varga Melena, quien, dice: "en este caso yo fue designado a realizar el reconocimiento del lugar de los hechos el reconocimiento se dio en la Universidad Estatal de Bolívar el día lunes 09 de marzo de 2009, a eso de las 15h00, específicamente fue reconocimiento en el Departamento Físico y Construcción de la Universidad, así mismo en el lugar se pudo apreciar que se trataba de una escena cerrada, se encontraba un mueble de madera de color café, en atención al público, donde manifestó el señor Manuel Chimbo que ahí se había producido la falsificación de dicho documento".

6.3.- El testimonio del Sargento de Policía William Fabricio López Santana, quien dice: "El día y la hora señalada por fiscalía para que se lleve a efecto la diligencia primeramente revisamos el documento dubitado, esto es la letra de cambio, seguidamente se continuó las operaciones técnicas receptando muestras de escritura al señor Manuel Chimbo que fue la persona que había negado la emisión de la firma que constaba en el referido documento, nosotros como Policía Nacional nos basamos nuestros estudios en el sistema escopométricos, la cual tiene una serie de parámetros tales como el análisis extrínseco que es el estudio general de la firma, el análisis intrínseco que se trata de la parte íntima de cada escribiente, como resultado de los estudios y las confrontaciones técnicas habían muchas incongruencias, gráficas muchas variaciones gráficas todo ello en su conjunto permitió establecer que la firma que consta en el espacio destinado para el deudor de la letra de cambio no le correspondía al señor Manuel Chimbo, en la situación del análisis extrínseco en la manera general de la firma como está detallada en el informe hay una serie de parámetros que se estudia tanto la espontaneidad, la firma dubitada la que está en la letra de cambio era lenta con temblores y vacilaciones, mientras que las firmas que se obtuvo como muestras era un tanto más sobrias, pese al mediano manejo del elemento, más fluidas en la irradiación, en los espaciamientos, en la distribución de trazos y rasgos dentro de un mismo campo gráfico era distinto que está en la letra de cambio con las que se obtuvo como muestras, en este caso como se contó con documentos originales es una pericia determinante, para mi criterio personal ésta pericia es de un setenta y cinco por ciento de fiabilidad, es mi firma la que consta en ese informe, la que la utilizo en todos mis actos públicos y privados, me ratifico en todo el contenido del informe; en su ampliación dice: el examen grafotécnico jamás puede practicarse en copias, el análisis grafotécnico únicamente se practica sobre los documentos originales y la técnica prohíbe hacerlo en copias".

6.4.- Como prueba documental, Fiscalía presenta el Informe de Reconocimiento del lugar de los hechos, elaborado por el Cabo de Policía Franklin David Vargas Melena; informe pericial documentológico, elaborado por los Cabos de Policía William López Santana y Juan Carlos Cruz; copia certificada de la sentencia dictada dentro del juicio ejecutivo nro. 370-2008, sustanciado en el Juzgado Primero de lo Civil de Bolívar.

SÉPTIMO.- PRUEBA PRESENTADA POR EL ACUSADOR PARTICULAR MANUEL CHIMBO CUTIOPALA

7.1.- El testimonio del Cabo de Policía Juan Carlos Cruz Espinoza quien, dice: "Es mi firma la que consta en el informe, la verdad que no recuerdo muy bien, pero me parece que se trata de una letra de cambio, no cuento con un ejemplar del informe

en este momento, se trata de una letra de cambio por la cantidad de seis mil dólares, esa letra de cambio recuerdo que nos mandó a realizar la experticia grafotécnica de una firma que se encuentra en el reverso a nombre del señor Manuel Chimbo Cutiupala, esa firma se la realizó con cuerpos de escritura y en la cédula de ciudadanía, en la cual dio como resultada luego del análisis que no se corresponde gráfica y morfológicamente, si realicé este peritaje con el señor William López Santana, me ratifico en el contenido íntegro del informe".

7.2.- Como prueba documental, se adhiere a toda la prueba documental presentada por Fiscalía.

OCTAVO.- GEOFFRE ORLANDO CAICEDO GUTIÉRREZ, PARA DESVIRTUAR LA ACUSACIÓN REALIZADA POR EL REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, HA PRESENTADO LA SIGUIENTE PRUEBA

8.1.- El testimonio del indicado acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, quien refiere: "En el año 2008 el señor Chimbo me fue a ver en la oficina en la que trabajaba en la Universidad de Bolívar, me manifestó que necesitaba que yo le dé una firma, yo le dije encantado no hay ningún problema pero tú tienes que hacer todos los gastos que conlleva la contratación esto es pólizas y un poco de cosas más que se debe pagar, aceptando el señor Chimbo y fue quien realizó todo el trámite, luego recibió la visita de Manuel Chimbo otra vez en la oficina manifestándome que se ha enterado que ya me han depositado el dinero del anticipo, ocho mil doscientos dólares más o menos, a lo que le contesto sabes que yo tengo que irme al banco y verificar si ya me han depositado para entregarte, entonces me fui al banco y verifiqué que era verdad, pidiéndole que regrese luego hasta traer la chequera, una vez que le entrego el cheque le digo lo único que te pido es que me firmes una letra de cambio por el valor que te voy a dar para que comiences a trabajar, como le vi que firmó en son de burla le digo que te pasa enséñame tu cédula para verificar la firma y esta estaba mal, por lo que le pido que primeramente saque la copia de la cédula a colores y luego me firme bien la otra letra de cambio, diciéndole que solo le iba a dar cuatro mil dólares, pero como me insistió porque necesitaba según él para pagar los materiales le entregué dos mil dólares más, cuatro mil dólares en cheque que incluso él cobró enseguida, y dos mil dólares en efectivo, en el lugar de la obra ha botado media volquetada de ripio, arrimado trescientos ladrillos, cinco fundas de cemento que como era un mes ya estaban duros, ya no se podía utilizar y cuatro varillas, le llamo al señor Chimbo para que me devuelva la plata si no va a trabajar, y me dice sabe que ya no tengo la plata, además yo le tengo que descontar del material mil dólares, insistiéndole me devuelva el dinero pero como no me dio contraté a abogado y le manifesté a Manuel Chimbo que se arregle con mi abogado y yo voy a terminar la obra, yo lo único que digo es que yo no he falsificado la firma de nadie, él me firmó una letra de cambio por seis mil dólares, yo seguí un juicio ejecutivo y la sentencia de segunda instancia fue a mi favor".

8.2.- El testimonio del Sargento de Policía Jaime Rodrigo León Cevallos, quien, dice: "Es mi firma y rúbrica la que consta en el informe la que la utilizo en todos mis actos públicos y privados, estas son copias de un informe elaborado por mi persona y presentado a la fiscalía, ha pedido de la fiscalía de la Provincia de Bolívar, por el señor fiscal Aucatoma, con fecha 5 de agosto del 2011 se procedió a realizar una experticia documentológica a un documento que reposa en uno de los Juzgados de la Provincia, se procedió al análisis respectivo del documento que es una letra de cambio, se hizo el análisis del texto manuscrito obrante en el anverso del documento o letra de cambio y de una firma que obra en el reverso, con las muestras obtenidas del señor Chimbo, se llega en este tipo de análisis a saber sobre las personalidades gráficas, hecho el análisis respectivo esto es del documento o letra de cambio lado anverso con los textos manuscritos indubitados y tomados como muestras escriturales al señor Geoffre Caicedo, se llegó a la conclusión que éstos efectivamente provenían de la misma personalidad gráfica, es decir, que fueron realizados por este señor, del texto manuscrito y de la firma obrante en el lado anverso, en el espacio medio donde dice la palabra deudor se lo analizó con las muestras escriturales y firmas del señor Chimbo Cutiupala concluyendo que provenían de diferente personalidad gráfica, es decir que fueron realizados por distinta persona, así mismo también analizado esta firma con las muestras escriturales o firmas del señor Geoffre Caicedo, no interviene su puño en la elaboración de esta firma".

8.3.- El testimonio de la doctora Nora Beatriz Culqui García, quien, dice: "Las técnicas científicas practicadas dentro de esta pericia fueron varios puntos, en caso en lo que es grafotécnica se hizo un análisis comparativo en cuanto a la firma y como técnica de soporte se aplicó varias de grafo

psicología de las se tiende a determinar el perfil de la persona que elaboró esta firma, en caso, en cuanto a lo que es grafotécnica se puede determinar que existe algún tipo de similitud, pero la técnica de soporte en base a mi formación académica es grafo psicología, en lo que es grafo psicología se puede determinar el perfil de la personalidad en base a los rasgos gráficos que él va dejando, en lo que es el análisis de texto, de letra podemos determinar que el arranque es exactamente el mismo, al momento de arranque es de izquierda a derecha, entonces podemos determinar que tanto el autor como la firma cuestionada testigo presentan el mismo grado de determinación que es la barra de la T, entonces es imposible que dos personas tengan el mismo grado de determinación al igual que los puntos de pastosidad, el óvulo significa que la persona depende demasiado emocionalmente de la madre, si dividimos las inclinaciones en cuatro, la inclinación es la misma, entonces es imposible que dos personas en el país tengan el mismo grado de inclinación, estas pastosidades en lo que es grafo psicología nos representa el grado de fantasía sexual en este caso ambas presentan la misma pastosidad, existe una variación en lo que es grafotécnica a mi criterio como perito llegué a la conclusión de que Manuel Chimbo intentó alterar sus propios rasgos gráficos pero que la firma en la letra de cambio analizada, si le corresponde, este informe es 99.9% el 1% me reservo porque puede haber una falla humana".

8.4.- Presenta como prueba documental el informe técnico documentológico elaborado por el Cabo de Policía Jaime Rodrigo León Cevallos; copias certificadas del juicio ejecutivo No. 370-2008, sustanciado en el Juzgado Primero de lo Civil de Bolívar; informe técnico grafológico realizado por la doctora Nora Culqui García.

NOVENO.- 9.1.- En la etapa de juicio, el representante de la Fiscalía General Estado, no ha dado cumplimiento a lo que dispone el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal; es decir, practicar todos los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, para condenarlo, por el delito acusado; esto es, por uso doloso de documento señalado en el artículo 341 del Código Penal, en concordancia con el art. 340 Ibídem. Para el doctor Ernesto Albán Gómez, en su libro Derecho Penal Ecuatoriano, en la página 137, referente al uso de uso de documento falso, dice: "En algunos casos será una persona la que realiza la falsedad, y otra la que usa el documento falso. El art. 341 prevé esta situación y establece quien hace un uso doloso de un documento falso será reprimido como si fuere autor de la falsedad. En el caso de que sea la misma persona la que cometió falsedad y que, luego, utiliza el documento falso, habría un solo delito: la falsedad absorbería al uso, que sería la forma de agotar el delito. Al parecer esta norma prevé el caso de que el usuario del documento sea una persona que nada tuvo que ver con la falsedad; pues de lo contrario los dos deberían ser considerados coautores del delito, para cuya ejecución y agotamiento sé dividieron los actos a realizar. La norma exige que el uso sea doloso, lo cual sin duda quiere decir con conocimiento de la falsedad del documento". En la especie, en la audiencia de juicio, el representante de la Fiscalía General de Estado, para tratar de justificar la materialidad de la infracción y al responsabilidad del acusado, ha solicitado se recepte el testimonio del Sargento de Policía William Fabricio López, quien realizó el informe grafotécnico de la firma constante en la letra de cambio (por el valor de USD. 6.000), testimonio con el cual, no se ha demostrado la teoría del caso planteada por Fiscalía, ni la enunciada p por el acusador particular; motivo por el cual esta Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, no tiene certeza sobre la existencia material de la infracción, así como también la certeza de que el acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, sea el responsable del delito acusado.

9.2 .- Por el contrario, del modo como constan las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, ante el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, se ha justificado plenamente la teoría del caso, planteada por el acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez; esto es, que en el mes de agosto del ·año 2008, en circunstancias que se encontraba en la Universidad Estatal de Bolívar, recibió la visita de Manuel Chimbo Cutiopala, quien le manifestó que en el Municipio de Guaranda, le habían otorgado un contrato por la cantidad de USD. 12.000 y que necesitaba la firma de un profesional de la construcción, existiendo un acuerdo mutuo entre las dos personas, para la ejecución de la obra; motivo por el cual, Geoffre Caicedo Gutiérrez, a su cuenta se le acreditó el 70 % de valor del contrato; a su vez, Manuel Chimbo Cutiopala, firmó dos letras de cambio a favor de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, como garantía para la realización de la obra, ya que él era el responsable; la una letra de

cambio estaba mal firmada; por lo que, Manuel Chimbo Cutiopala, procedió a firmar otra letra de cambio, por la cantidad de USD. 6.000; posterior a lo cual recibió un llamado de atención del Alcalde, sobre la no realización de la obra, circunstancia por la cual conversó con Manuel Cutiupala, quien le indicó que no construye la obra ya que no tenía el dinero; motivo por el cual, con la letra de cambio por el valor de USD. 6000, procedió a demandar a través de un juicio ejecutivo a Manuel Chimbo Cutiopala, en el Juzgado Tercero de lo Civil donde se rechaza la demanda; y, en la Corte Provincial de Justicia, se revoca la sentencia y se acepta la demanda, mediante la cual, se obliga al demandado (Manuel Chimbo Cutiopala) pague la cantidad de USD. 6.000, más los intereses respectivos. Lo indicado, es corroborado con el testimonio rendido por el acusador particular Manuel Chimbo Cutiopala, quien manifiesta que efectivamente firmó una letra de cambio la que se encontraba mal firmada, razón por la cual, le hizo firmar otra (Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez), en la segunda letra puso su número de cédula, quedándose con las dos letras el arquitecto (Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez); a lo precedente se suma, lo manifestado por la doctora Nora Beatriz Culqui García, quien concluye que Manuel Chimbo intentó alterar sus propios rasgos gráficos pero que la firma en la letra de cambio analizada, si le corresponde, este informe es 99.9 %. Por otro lado, es necesario señalar que a fs. 357 a 357 vta.; consta copia certificada la sentencia dictada el 31 de agosto de 2012, por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, mediante la cual, se revoca la sentencia materia de la apelación y aceptan el recurso interpuesto por el actor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez y ordenan que el demandado Manuel Chimbo Cutiopala, pague la cantidad de $ 6.000 más intereses. De lo dicho, se establece incuestionablemente que el acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, no tiene ninguna participación en el presente hecho, materia de esta causa, ya que con la letra de cambio por Manuel Chimbo Cutiopala, a su favor, concurrió ante los jueces civiles y demandó ejecutivamente el pago del valor constante en el título de crédito, por la entrega del 70 % del valor del contrato, que fuera acreditado por el Municipio de Guaranda, para la ejecución de una obra. Lo señalado por el señor Fiscal y el acusador particular, ante esta Sala, en cuanto a que con los estudios grafológicos, se determinó que la firma y rúbrica, no le atribuye a Manuel Chimbo, ya que no guardan similitud gráfica, que existen cuatro informes a favor de Manuel Chimbo y uno a favor de Geoffre Orlando Caicedo, que consta una sentencia de primera instancia dictada por la Jueza abogada Dolly Dávila, la misma que fue revocada, por la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar y que la Sala no se ha pronunciado sobre la falsificación, se indicó que la firma falsa se utilizó dentro del juicio ejecutivo, para tratar de perjudicar en el patrimonio de Manuel Chimbo, sobre estas argumentaciones, es menester indicar que en la audiencia de juicio celebrada ante el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, concurrió como testigo de cargo de la Fiscalía General del Estado, el Sargento de Policía William Fabricio López Santana, quien realizó un estudio grafológico; y, que los otros dos peritajes se los presentó como prueba documental, sobe este particular, se debe señalar que al no concurrir los dos peritos a la audiencia de juicio, a efecto de autenticar o judicializar sus experticias, se viola el principio de inmediación, señalado en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal; por el contrario, el acusado, a través de su testimonio, así como del testimonio rendido por la perito Nora Beatriz Culqui García; y, la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, señalado en líneas anteriores, se concluye que no se ha comprobado conforme a derecho, la materialidad de la infracción; pero aún que el acusado Geoffre Orlando Caicedo, sea responsable del mismo.

9.3.- La valoración de la prueba, se lo ha realizado, a la luz de la sana crítica, confrontando los testimonios rendidos en la etapa del juicio, entendiéndose la valoración de la prueba como: "la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y en ocasiones puede dar uno para formar la convicción del Juez, pero lo ordinario es que se requiera varios, de la misma o distinta clase para llegar a la certeza de los hechos discutidos en el proceso. De ahí que cuando se habla de la valoración de la prueba se comprende un estudio crítico del conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus afirmaciones de hecho (fiscalía), como de las que la otra adujo para desvirtuar u oponer otros hechos (acusado). También se define a la sana crítica como la fórmula legal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas

ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de probanzas, evita también la arbitrariedad de que el juzgador puede hacer uso para absolver a un delincuente o para condenar a un inocente", según señala el Prontuario de Resoluciones No. 3 de la ex Corte Suprema, página 360. Si los aspectos de la jurisdicción y competencia son básicos para que el proceso penal tenga validez, si las formas de iniciar los procedimientos juegan papel preponderante para la procedencia del enjuiciamiento y para determinar las responsabilidades derivadas de la acusación: de parte del fiscal o de acusación particular (debido proceso), no podemos desconocer que la prueba es lo verdaderamente fundamental en un proceso penal más aun cuando el juez no ha hecho una correcta subsunción de la prueba con el tipo penal vulnerando las reglas de la sana critica. Para ello el legislador ha liberado al juez de la prueba legal predeterminada, al establecer que la prueba será apreciada por el Juez de acuerdo a la sana crítica, sobre este particular, el doctor Andrés F. Córdova, en su obra Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, página 140, dice: "El juez en estos casos libera, su conciencia en relación con las responsabilidades de la sentencia, si solo ha de aplicar las reglas señaladas por la ley, a las que el juez debe obediencia; pero, si consideramos que el fin del juicio no es la tranquilidad de la conciencia del juez, sino el descubrimiento de la verdad para aplicar a ella sí, las reglas establecidas en la ley, y reprimir el delito, o absolver al delincuente, y el sistema legalista tan definido en tiempos pasados, no llena con este objetivo primordial y único en esta clase de enjuiciamiento veremos que el criterio judicial es más justo y más razonable". De ahí que el Juez ha de tener presente ante todo, la lógica, el criterio sano y razonable, no una apreciación arbitraria, sino teniendo en cuenta la responsabilidad que el sistema de la sana crítica como método para la valoración de la prueba. Conocemos que la prueba se desarrolla en la audiencia de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, ante quien se debe probar los actos que son considerados delitos.

9.4.- Por último, para condenar, no basta que haya prueba, en el proceso de cualquier cantidad o calidad. Es preciso como requisito ineludible, que esa prueba tenga una calificación, que sea apta para producir certeza del hecho punible y de la responsabilidad de acusado, tal como lo exige el artículo 304- A del Código de Procedimiento Penal. La noción de certeza, en el proceso de conocimiento existen grados subjetivos de conocimiento respecto de la correspondencia entre el objeto y la idea que de él se tiene. Estos grados oscilan entre dos extremos irreconciliables que son la duda y la certeza. La duda es la incertidumbre o la falta de convencimiento de la correspondencia entre el objeto y la idea. Mientras que la certeza es la adhesión indubitada y plena al c convencimiento de que la idea que se tiene del objeto conocido corresponde integral y perfectamente con dicho objeto; en el presente caso, se ha llegado a la certeza de que se encuentra comprobada la existencia del delito y de que el acusado, es el responsable del mismo, en el grado de autor conforme el análisis realizado con anterioridad. Hay que recordar que el proceso penal, persigue el descubrimiento de la verdad real y que el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la prueba, deviene sencillo deducir la necesidad de la actividad probatoria, concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba; la valoración, es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos; esto es, qué "prueba", la prueba.

DÉCIMO.- DECISIÓN

De la argumentación jurídica desarrollada y por las consideraciones –desplegadas en la motivación realizada acorde al artículo 76, numeral 7, 1) de la Constitución de la República, esta Sala, sin entrar en mayor análisis, por unanimidad.-

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.- 1.- Rechaza los recursos de apelación interpuestos por el representante de la Fiscalía General del Estado; y, acusador particular Manuel Chimbo Cutiopala; consecuentemente, se ratifica la sentencia venida en grado, en todas sus partes, en la que se confirma el estado de inocencia de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez – 2.- Ejecutoriada que sea la presente, sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen, para los fines de Ley.- **Notifíquese.**

f) Dr. Álvaro Ballesteros Viteri, Juez Provincial; Dr. Washington Basantes Escobar, Juez Provincial; y, Dr. Hernán Chérrez Andagoya, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio Penal No. 1662-2014-*Falsificación de Documentos*

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 23 de junio de 2015.- las 08h25.-

VISTOS: Manuel Chimbo Cutiopala, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, el 19 de septiembre de 2014, a las 14h30, que rechaza la apelación planteada por la Fiscalía General del Estado y del acusador particular, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, que reconoce el estado de inocencia del ciudadano Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez.

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 todas las partes y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

1.1. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, -por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341 -2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

1.2. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por 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.

1.3. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015 , dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, mediante sorteo el presente Tribunal quedó integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional , doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial .

1.4. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia 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 del Código Orgánico de la Función Judicial y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 38 de 17 de julio de 2013, que sustituye al artículo 183 ibídem, relativo a la conformación de Salas.

SEGUNDO.- ANTECEDENTES:

La Fiscalía, hizo conocer que el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, utilizó dolosamente un documento falso, teniendo como antecedente que el señor Manuel Chimbo Cutiopala, en el mes de abril de 2008, solicitó un contrato para la realización de una obra, consistente en la construcción de baterías sanitarias en el sector de Cachisagua, pero dado que el señor Chimbo no era un profesional , ni en la rama de arquitectura, ni en la ingeniería , no estaba habilitado por sus propios derechos a firmar el contrato que le concedía dicha obra; para tal efecto refiere haber tomado contacto con el señor Fafo Gavilánez, a quien le había manifestado este particular y que consiguiese en todo caso la firma de un profesional para poder realizar el contrato; de este modo el señor Manuel Chimbo concurre hasta la Universidad Estatal a tomar contacto con el señor Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, a quien le explica la situación, accediendo a concederle la firma para poder tramitar el proceso para la adjudicación del contrato y le indicó, que por aquello le iba a cobrar la cantidad de ochocientos

dólares, pero además le advierte que todos los trámites que debieran realizarse para la adjudicación del contrato deberán ser cubiertos por el señor Manuel Chimbo, por lo que el señor Chimbo procede a realizar todas las diligencias necesarias, presenta el trámite y en el mes de junio de 2008, se le informa al señor Chimbo que el anticipo del setenta por ciento del valor del contrato ya había sido depositado a la cuenta del señor Geoffre Caicedo Gutiérrez, por consiguiente el señor Manuel Chimbo Cutiopala acude a donde el referido señor Caicedo y le manifiesta que el dinero ya se encuentra depositado en su cuenta, ante aquello el señor Caicedo indica que él no tenía constancia de aquello, que tenía que verificar, y en ese momento no acuerdan la entrega del dinero.

Posteriormente el señor Chimbo regresa y Geoffre Caicedo le entrega un cheque por el valor de cuatro mil dólares y le hace firmar una letra de cambio por esa suma de dinero; pero según lo que manifiesta el señor Chimbo, inicialmente según el señor denunciante la primera letra de cambio que firma realizó un trazo incorrecto por lo que, el señor Geoffre Caicedo se molestó y le pidió firmar una segunda letra de cambio, en la segunda letra de cambio en la que constaba también el valor de cuatro mil dólares el señor Chimbo firma y pone su número de cédula; pero para su sorpresa, posteriormente en el mes de Diciembre de 2008, específicamente el 9 de diciembre de 2008, se había presentado una demanda ejecutiva y él es citado con la misma el 16 de enero del 2009, pero cuando concurre al juzgado para verificar la letra de cambio, al revisar la misma, pudo constatar, que la firma obrante en dicha letra de cambio no corresponde a su autoría, por consiguiente dentro de las excepciones planteadas en el juicio ejecutivo se hace esta argumentación de que la firma no le pertenece y en sentencia emitida por la señora Jueza Tercero de lo Civil de Bolívar una vez que fueron practicadas las experticias documentológicas se llega a la conclusión de que la firma obrante en la letra de cambio que se atribuía a la autoría del señor Manuel Chimbo Cutiupala no corresponde a su persona, de hecho en la sentencia indicada que fue expedida el 22 de marzo de 2011 , la señora Juez manifiesta que se ha comprobado la falsedad del documento y por lo tanto se rechaza la demanda, consiguientemente el señor Chimbo continuó con el proceso que había iniciado en la fiscalía y dentro de la tramitación de la causa se practicaron también los peritajes correspondientes, con los que se establece y confirma que la firma obrante en la letra de cambio no corresponden al señor Manuel Chimbo Cutiupala.

El Juez Primero de Garantías Penales de Bolívar, luego de haber tramitado la etapa intermedia y del análisis de los elementos de convicción referidos en la audiencia preparatoria del juicio y sustanciación del dictamen fiscal, ha dictado auto de llamamiento a juicio, en contra de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, por considerar que existe presunciones graves y fundadas en contra del acusado, en el grado de autor, del delito tipificado en los artículos 340 en concordancia con el 341 del Código Penal.

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, en sentencia dictada el 19 de junio del 2014, las 09h46, manifiesta que: *"(...) después de haber analizado y valorado la prueba introducida a juicio, por los sujetos procesales, con sujeción a las reglas de la sana crítica de acuerdo a lo determinado en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que en su conjunto no vislumbran que se hayan comprobado conforme a derecho la responsabilidad del acusado(...)"*, resuelve conformar el -estado de inocencia de Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, por el delito acusado.

El representante de la Fiscalía General del Estado y el acusador particular Manuel Chimbo Cutiopala, presentan el respectivo recurso de apelación a la sentencia, dictada por el Tribunal, por lo que, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, el 19 de septiembre del 2014, a las 14h30, resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por los referidos recurrentes, confirmando en todos sus partes la sentencia venida en apelación.

Inconforme con la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Bolívar, el acusador particular Manuel Chimbo Cutiopala, interpone recurso de Casación.

TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:

El recurrente Manuel Chimbo Cutiopala, a través de su abogado defensor doctor Hugo Arregui Núñez, en síntesis manifestó:

- Interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, del 19 de septiembre de 2014, a las 14h30, que confirma la dictada por el Tribunal de Sexto de Garantías Penales de la misma provincia, que declara la inocencia del acusado , considerando que contraviene y vulnera expresamente las disposiciones constitucionales del artículo 76.7.1 de la Constitución de la República, porque carece de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

la debida motivación; como también del artículo 78 de la misma norma suprema, referente a la reparación integral
- Que se viola los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, vigente al momento de la tramitación procesal y artículo 341 del Código Penal, normas que han sido contravenidas expresamente a su texto es decir existiendo una violación directa en contra de ellas.
- Existe una errónea interpretación del artículo 86 del Código Adjetivo Penal, relacionado a la sana crítica, ya que se hace por parte de los de instancia un análisis referencial y no se centran a lo fundamental del hecho que se denunció por el acusador particular y luego por la Fiscalía, esto es por el tipo penal del artículo 341 del Código Penal, vigente al momento de los hechos.
- Que en el considerando noveno, en el numeral 9.3 de la sentencia impugnada dictada por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justica de Bolívar, arriba a una conclusión sin haber detallado anteriormente la forma o los hechos de los cuales, llegó a esa conclusión; en el mismo numeral también alega, que al haberse seguido un juicio civil o un juicio ejecutivo para el cobro de una letra de cambio y al verse revocado la sentencia de primera instancia que declaró sin lugar la demanda, bastaba para sembrar duda de la autoría o participación del procesado en el presente proceso.
- Que la Sala omitió realizar un análisis valorativo respectivo de las pruebas incorporadas al expediente, quedando demostrada la inmotivación del fallo; dicha motivación no requiere que sea extensa o necesariamente tenga que abarcar folios y folios, requiere un análisis debidamente centrado y esto exige el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- La Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, lo que hizo fue analizar un juicio civil que se siguió y se tramitó en la esfera civil, y en ese juicio se practicaron una serie de experticias que demostraron la falsedad instrumental que se cometió en la letra de cambio, falsificando la firma de Manuel Chimbo Cutiopala y después con la falsificación de esa letra, se la utilizó en un juicio ejecutivo, que se tramitó y terminó con sentencia en la que se aceptó la demanda, condenando al señor Chimbo por el título demandado.
- Que a los juzgadores casacionista no le está vedado controlar el proceso intelectivo que usó el Juez, para arribar a la conclusión a la que llegó.
- Que el argumento que utiliza la Sala es parcial, es decir toma una parte de un todo, que debería ser analizado íntegramente y dice que bastaba con la incorporación al proceso del juicio ejecutivo y de la sentencia de segunda instancia de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, para demostrar de que los hechos no estaban debidamente justificados.
- La Sala hace un análisis doctrinario de la prueba, lo que es la valoración probatoria y cita a Cafferata Noris y llega a concluir que no existe la existencia de la infracción y la responsabilidad del infractor supuestamente porque hay duda y para ello usa el juicio ejecutivo al que ya se refirió.
- La Sala dice que se demuestra que en el proceso se presentaron dos experticias de manera documental, pero no declararon dichos peritos, es un error porque nunca se presentó como prueba documental en el proceso, eso consta en el juicio ejecutivo, es decir la Sala valoró una parte del juico ejecutivo y no valoró lo demás, tomó solo lo que le beneficiaba a una parte, dejándole en indefensión a su defendido.
- En esta sentencia, se vulneró el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, se contravino expresamente a su texto, porque se receptó la declaración de una perito que fue nombrado por la parte procesada y esa perito jamás presentó su informe en la etapa de la instrucción Fiscal, sino en un juicio ejecutivo y pese a ello se le receptó su testimonio en la audiencia de juicio, cuando jamás presentó, alguna experticia frente al fiscal de la causa, consecuentemente señores jueces se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal.
- Esta sentencia es inmotivada y vulnera el derecho de la reparación integral que tiene su cliente por el delito de que fue víctima, consecuentemente con esas transgresiones constitucionales y procesales, porque también se contraviene el artículo 341 del Código Penal, que sanciona la falsedad y el uso doloso del documento privado
- Concluye solicitando, que casen la sentencia venida en grado y se dicte sentencia condenatoria imponiéndole la correspondiente sanción al procesado, sin olvidar el principio de favorabilidad una vez se encuentra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, en el que la pena es menor a la que establecía el Código Penal vigente a la época de los hechos.

CUARTO.- CONTRADICCIÓN FISCAL:

El doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscal General del Estado, quien en síntesis manifiesta:

- Fiscalía señala que existe contravención expresa de su texto, en lo que tiene relación en el artículo 76 .7.1) de la Constitución de la República, en tanto y en cuanto la sentencia no ha sido debidamente motivada; también habido una contravención expresa del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la Sala no tomó en consideración todas las pruebas presentadas por Fiscalía y no hizo uso de la sana critica, para dictar sentencia.
- También hay una contravención expresa de los artículos 89, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, no ha existido seguridad jurídica con informe lo estipula el artículo 82 de la Constitución de la República. En tal virtud solicita se case la sentencia y se dicte lo que en derecho corresponde.

QUINTO.- CONTRADICCIÓN POR PARTE DEL PROCESADO:

El procesado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, a través de su abogado defensor doctor Marco Naranjo Escobar, en síntesis manifestó:
- Que por parte del acusador particular, a través de su defensa pretende de que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, quede sin efecto, aduciendo que se han violentado normas legales y constitucionales e incluso haciendo referencia a la sana critica,· pues solamente cabe revisar la sentencia para darse cuenta que la Sala ha hecho un análisis minucioso y detenido de todo este conflicto legal.
- Que en ningún momento ha existido violación alguna de norma legal, peor constitucional, dice el recurrente que se han omitido pruebas y no estamos en una etapa de juicio, pero en el momento de enjuiciamiento, la Sala llegó a determinar la inocencia de su defendido, fue en base a las pruebas practicadas durante la etapa pre procesal y procesal, y practicadas en el Tribunal de Garantías Penales.
- De la misma manera, ha hecho un análisis correcto y minucioso, se ha ratificado la sentencia que fue dictada por dicho Tribunal; se hace referencia a un juicio ejecutivo y se habla de una sola sentencia, existen dos sentencias en el ámbito civil, una sentencia que no acepta el juicio ejecutivo y la de segunda instancia que rechaza la del primer nivel y aceptan el planteamiento del juicio ejecutivo, cayendo el juicio en lo que establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, cuando habla de la prejudicialidad.
- Que la prejudicialidad, es cuando a la acción penal debe antecederle una acción civil, pero se establece, de que nunca firmó una letra de cambio cuando está comprobado mediante la experticia practicada en la etapa de juicio en el Tribunal de Garantías Penales, donde se determinó fehacientemente de que las firma y rúbrica estampadas en la letra de cambio corresponden a la autoría gráfica de Manuel Chimbo Cutiopala.
- En ningún momento se ha violentado el artículo 74 que hace referencia la defensa del acusador particular y fiscalía cuando hablan del artículo 74 del Procesal Penal, que se refiere a la Defensoría Pública.
- Concluye solicitando rechazar la fundamentación de este recurso, porque no se ha violentado, ni se ha transgredido norma legal o constitucional alguna, y se ratifique la sentencia dictada tanto por el Tribunal Penal como por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, porque la sentencia es suficientemente clara, legal y constitucional .

SEXTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, apegado a los principios y normas legales que rigen el debido proceso , la seguridad jurídica y las garantías de la tutela judicial efectiva, respetando los derechos de los sujetos procesales contemplados en la ley y la Constitución expone:

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:

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 Derechos Humanos (...)"[1]

[1] Sentencia dictada en el caso 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, 01 de junio del 2009

ii. "(...) En sentido material, el debido 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 no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados (…)."[3]

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]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la motivación" es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". La Corte Europea ha señalado por su parte que él debe de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, pues "las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias".

De acuerdo a la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11 -SEP-CC, del 8 de diciembre del 2011, del caso No. 1252- 10-EP, para que una resolución se considere motivada debe presentar algunas características o elementos: "

"...Así para el tratadista Andrés lbáñez, la motivación debe cumplir ciertos requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; e) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia.

En este contexto, lo exigible en materia de motivación de la prueba, referida a los hechos, en la sentencia debe anotar: a) la eventual descalificación, por su ilicitud, de un determinado medio de prueba...b) el porqué de conferir, si fuera legalmente posible, eficacia probatoria a actividades de investigación previa al acto del juicio c) la atribución de relevancia a ciertos datos aportados por la prueba...y la razón de negársela a otros; e) las máximas de experiencia o criterios de inferencia tomados en consideración" en tanto que la motivación en derecho "tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal".

Por otro lado el debido proceso, garantizado por el artículo 76 de la Constitución de la República, es un principio elemental, siendo el conjunto de derechos propios de las personas y condiciones, de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes sean sometidos a juicio gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judicial es y administrativos un proceso justo, pronto y transparente; el artículo 304-A ibídem establece "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 dudas sobre tales hechos".

[2] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, 01 de junio del 2009.
[3] Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.
[4] Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.
[5] Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10 EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero del 2011.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas ocasiones respecto a la importancia de este recurso, así en la Sentencia No. 0003-09-SEP-CC sostuvo: "La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia, y habitualmente al de mayor jerarquía, como en nuestro país: la anterior Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia."[6]

La Casación es un recurso extraordinario, que debe sujetarse a las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y además el Tribunal debe observar si cumple con el principio de motivación según el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador que dice: *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados"*.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 130.4 entre los deberes prevé "Motivar expresamente sus resoluciones. No habrá motivación en la resolución no se anuncian normas o principios jurídicos en que se funda y no se implica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivada serán nulo"

La falta de motivación en la sentencia, es uno de los requisitos fundamentales para no violar el debido proceso, por lo que este Tribunal de casación considera que siendo la sentencia el producto final del proceso, debe contener una apropiada motivación que se toma como sinónimo de garantía. También es importante, tener presente que, la sentencia es *"La decisión más importante del juez, por medio de la cual finaliza las instancias"*[7]. Tradicionalmente se ha sostenido que la relación entre el fallo y la motivación en una sentencia, esto es, la relación entre la decisión y su justificación: *"puede ser reconstruida en términos de un razonamiento deductivo donde la parte dispositiva es la conclusión y las premisas están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso. Esta concepción, a la que se ha calificado como teoría del silogismo judicial, ha sido muchas veces asociada a una visión mecánica de la labor judicial, según la cual los jueces se limitarían a derivar una conclusión lógica a partir de premisas normativas y fácticas"*[8]. Por ello se entiende que las decisiones de los jueces deben ser fundadas y *"Las resoluciones de los casos sometidos a su juzgamiento no deben ser realizadas en forma arbitraría, sin exponer las razones que justifican la resolución adoptada. De tal modo se busca eliminar una posible fuente de injusticia en la que podrían incurrir los fallos judiciales. Esta obligación también es generalmente consagrada en las leyes procesales"*[9]

Por otro lado, referente a la motivación, tanto la Corte lnteramericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[10] han señalado que la motivación de las resoluciones judiciales en general y de las sentencias en particular, forman parte del bloque de debido proceso, y obliga al juzgador a expresar adecuadamente en sus sentencias aquellas razones en que se basa su decisión[11], y ello comprende tanto la motivación jurídica como la relacionada con los hechos (motivación fáctica). La motivación de la sentencia

[6] Sentencia No. 003-09-SEP-CC de 14 de mayo de 2009., dictada dentro del Caso No. 0064-08-EP.12 juez, por medio de la cual finaliza las instancias.

[7] CALDERON BOTERO, Fabio. Casación Revisión en materia penal. 2da edición, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1 985, p. 11

[8] RODRÍGUEZ Jorge L., Lógica de los sistemas jurídicos. Colección Derecho y justicia, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 251.

[9] RODRÍGUEZ L. Jorge, Óp. Cit., p.262 Cfr. Fix-Zamudio, Los Derechos Humanos y su Protección Internacional, Grijley Chiclayo, Primera Edición 2009.pp. 197-270

[10] Cfr. Fix-Zamudio, Los Derechos Humanos y su Protección Internacional, Grijley Chiclayo, Primera Edición, 2009. pp. 197-270.

[11] Cfr. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, art. 18, estatuye la obligación de motivar las decisiones y se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento del sistema impugnatorio, el adecuado control del poder del cual los jueces son los titulares, y, en último término la justicia de las decisiones judiciales.

está directamente relacionada con el Estado constitucional de derechos y justicia, dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República, siendo por tanto una garantía para el justiciable que conoce el motivo de la condena o observación; en tanto que para el Juez, pone de relieve los principios de imparcialidad (art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 75 de la Constitución de la República, art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial) y sujeción a la Constitución y la ley (arts. 172 , 424 - 427 de la Constitución de la República, art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial), despejando cualquier sospecha sobre una posible arbitrariedad o parcialidad, en tanto que, para la sociedad , resulta de importancia conocer la forma de aplicación de la ley en los casos justiciables, esto para afianzar la seguridad jurídica, prevista en el art. 75 de la Constitución de la República.

"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión"[12]

Luego de examinar el texto íntegro de la sentencia emitida el 19 de septiembre del 2014, a las 14h30, por los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, sobre el tipo penal acusado, es decir de "Utilización Dolosa de Documento Falso"; en la misma sentencia consta que la letra de cambio tiene una firma que ha sido falsificada y ésta ha servido como base y fue utilizada para presentar una demanda ejecutiva signada con el No. 370-08 por el Arq. Geoffre Caicedo en contra de Manuel Chimbo, este Tribunal como custodio de la justicia, establece que el contenido de dicha sentencia, no cumple con lo establecido en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República, que se refiere a que las resoluciones de los poderes públicos, deberán ser motivados, y no habrá motivación si en la resolución, no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se aplica la pertinencia a los antecedentes del hecho situación que atenta la seguridad jurídica señalada en el artículo 82 de la Constitución que 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"; así como también en los actos administrativos, resoluciones o fallos, que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos, así dice la norma constitucional.

Consecuentemente, contar con un fallo debidamente motivado, es un deber constitucional a fin de imponer decisiones procesalmente conformes a derecho, a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos, ya que no es justa una decisión judicial sin motivación, cuando más en un Estado constitucional de derechos y justicia en el que nos encontramos subordinados los operadores de justicia; de manera que los juzgadores del Tribunal *Adquem*, que elaboraron la sentencia impugnada, claramente hicieron caso omiso a las normas preexistentes con las que se tienen que motivar todas las resoluciones emanadas por los poderes públicos tornándola nula y carente de sentido, resquebrando garantías del debido proceso y del derecho a la defensa como hemos señalado, cuando dicen en su fallo, en la parte final del considerando 9.2: *"se concluye que no se ha comprobado conforme a derecho la materialidad de la infracción peor aún que el acusado Geoffre Orlando Caicedo Gutiérrez, sea responsable del mismo"*, pero en contra sentido de esta afirmación en la parte final de lo dispuesto en el considerando. **9.4.-** dice: *"en el presente caso se ha llegado a la certeza de que se encuentra comprobada la existencia del delito y que el acusado es el responsable del mismo en el grado de autor"* conforme el análisis realizado con anterioridad lo cual viola lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución por no ser una sentencia congruente.

SEXTO.- RESOLUCIÓN

Una vez analizada la sentencia recurrida, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, considera que la sentencia atacada no es coherente con lo actuado en el proceso, no ha relacionado en forma correcta los hechos, con las actuaciones de prueba, ni con el derecho, violándose la norma constitucional establecida en el artículo 76.7,1) de la República,

[12] Mellado Asencio, José María, La Prueba. Garantías constitucionales derivadas del articulo 24.2 (Constitución Española), en Revista Poder Judicial, 4/1968, p.4.

por lo que , **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** por unanimidad este Tribunal de Casación, declara la nulidad constitucional por falta de motivación de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, a fin de que se emita una sentencia que cumpla con las parámetros mínimos señalados en la Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial y Código de Procedimiento Penal entre otros, que refieren a que toda sentencia debe ser debidamente motivada; disponiéndose que, una vez ejecutoriada esta sentencia de forma inmediata se devuelva al tribunal de instancia, para que prosiga la causa, retrotrayendo el proceso hasta la audiencia que conoció el recurso de apelación, a costa de los jueces que han intervenido en dicha sentencia, debiendo además tomar en consideración el principio de celeridad.

Actué en la presente causa la doctora Ivonne Guamaní León, en calidad de secretaria relatora. **Cúmplase y notifíquese.**

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; y, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VII

Resolución nro. 1011-2015
Juicio nro. 55-2013

Jucio penal por homicidio preterintencional propuesto por Dalila Geoconda Gómez Alvarado, contra Jorge Eduardo Jarrín Díaz

SÍNTESIS

La infracción fue cometida el 27 de febrero del 2011, aproximadamente a las 20h30, en las calles Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marcos, de la ciudad de Babahoyo. En el lugar, fecha y hora indicadas, el señor Jorge Eduardo Rosero, de 64 años de edad, se encontraba sentado en las afueras de su negocio (una pequeña tienda de abastos), jugando naipe con amigos. En estas circunstancias, acude al negocio del señor Jorge Eduardo Rosero, el procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, quien molesto (porque a su hermano, más temprano ese día, no le fiaron dos jabas de cerveza) y, encontrándose en estado etílico, se dirigió directamente al señor Jorge Eduardo Rosero para atacarlo, propinándole puñetazos en el rostro que llevaron a la víctima a caer al suelo, semiconsciente, donde continuó agrediéndolo con puntapiés y golpes en la cabeza, dejándolo ensangrentado. El 24 de marzo del 2011, fallece el señor Jorge Eduardo Rosero. La causa de la muerte, conforme se desprende del informe pericial suscrito por el médico legista, fueron los golpes y puntapiés que el procesado descargó sobre la víctima y que le produjeron un grave trauma cráneo encefálico. El procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, interpone, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, el 24 de diciembre de 2014, las 11h22, que resolvió desechar los recursos de apelación interpuestos por la defensa del procesado y la Fiscalía; acogiendo la apelación interpuesta por la acusación particular, reformando la sentencia subida en grado, en cuanto a la responsabilidad del procesado y declarando a Jorge Eduardo Jarrín Díaz, culpable en el grado de autor, del delito de homicidio preterintencional tipificado y reprimido en el artículo 455, inciso segundo del Código Penal, con las circunstancias del artículo 450.4 ibídem, por lo que le impone la pena de NUEVE AÑOS de reclusión. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado, por falta de fundamentación y casa de oficio la sentencia dictada por el ad quem, por indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal; enmendando dicho error de derecho, declara al ciudadano Jorge Eduardo Jarrín Díaz, de conformidad con el artículo 42 del Código Penal, autor responsable del delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 449, del Código Penal, por lo que se le impone la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Sin embargo, en virtud de la prohibición del principio NON REFORMATIO IN PEJUS, garantizado en la Constitución de la República, en el artículo 77.14, al ser el procesado el único recurrente, se mantiene la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, que le impuso al ciudadano Jorge Eduardo Jarrín Díaz, la pena de NUEVE AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR. Se declara con lugar, el derecho a la reparación integral de la víctima.

FALLO DEL TRIBUNAL

Juicio Penal No. 2012-0031

Juez Ponente: Richard Naranjo Rodríguez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RIOS.- PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE BABAHOYO. Babahoyo, sábado 19 de mayo del 2012, las 12h37. VISTOS: Reunido en Audiencia Pública el Pleno del Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, en el auditórium de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, presidido por el Dr. RICHARD NARANJO RODRIGUEZ, en su calidad de Presidente Encargado, e integrado por el Dr. WASHINGTON ORTEGA ALARCON y Ab. Danilo Bonafont Feijoo, en sus calidades de Jueces, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil doce, a las ocho horas treinta y nueve minutos, con la finalidad de juzgar la conducta del procesado JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, teniendo como antecedente el auto de llamamiento a juicio, dictado el 27 de junio de 2011, a las 14h50, por el Ab. Milton Altamirano Medina, Juez Tercero de Garantías Penales de Los Ríos, con sede en Babahoyo, como presunto autor del delito contra la vida tipificado en el Art.455 numeral 1 del Código Penal, y remitido el proceso al Primer Tribunal de Garantías Penales, para la sustanciación de la etapa del juicio de conformidad con lo previsto en el Art. 268 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose realizado la audiencia pública de juzgamiento, el estado del proceso es el de resolver y para hacerlo se considera: PRIMERO.- Por no haberse violentado las solemnidades previstas en el Art.330 del Código de Procedimiento Penal, se declara la validez del proceso.- SEGUNDO.- El Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, es competente para conocer, y resolver, de conformidad con lo previsto en el Art. 21, Regla 1, y Art.28, numeral 1 del Código Adjetivo Penal.- TERCERO.- En el actual sistema acusatorio oral, las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales por así estar consagrado en los Arts. 79 y 250 del Código de Procedimiento Penal.- CUARTO.- Declarado abierto el juicio por el Presidente del Tribunal Penal, las partes contendientes en la audiencia pública han expuesto y defendido sus puntos de vistas sobre sus pretensiones y han ejercido a plenitud el derecho a la defensa, por lo que se ha aplicada el debido proceso, y se han evacuado las pruebas solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporada al juicio tal como lo dispone el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal y las mismas constan en el acta transcrita de la audiencia pública de juzgamiento. QUINTO: DEBATES.- el día de hoy al inicio de esta audiencia la fiscalía trajo como teoría del caso y manifestó que iba a probar que el día 27 de febrero del 2011, las 20h00 aproximadamente, en las calles Eloy Alfaro entre las calles García Moreno y Juan X Marco de esta ciudad de Babahoyo, el hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero, persona de la tercera edad fue golpeado de puño patada lo cual trajo como consecuencia que dejara de existir y además como teoría del caso la fiscalía también ofredó en esta audiencia que iba a demostrar que el acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, era la persona que propinó el golpe que dio patada en el suelo a esta persona de la tercera edad lo cual señor Presidente recientemente en el último testimonio rendido que fue específicamente el acusado muy sueltamente manifiesta de que el fue la persona que golpeo el día 27 de febrero del 2011, al hoy occiso y muy suelto el señor también dice que está en el cielo ojala que así sea, para probar tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del acusado la fiscalía en esta audiencia presentó las siguientes pruebas, se presento el Ab. Francisco Melendez Mackliff, perito acredita por la fiscalía quien practico el reconocimiento del lugar de los hechos esto es en la calle Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marco, en el local donde tenía su negocio el hoy occiso, asimismo para probar la materialidad de la infracción rindió su testimonio el Dr. Arnaldo Wilson Romero Rivera, quién practico la experticia la autopsia médico legal al hoy occiso y muy claramente luego de un debate dejó establecida señor Presidente, la causa de la muerte por el cual falleció el occiso y en lo principal dijo que la muerte se debido a trauma cráneo, muerte violenta golpe contundente manera de muerte desde el punto de vista médico legal causa de la muerte cráneo encefálico es decir señor Presidente señores Jueces, nadie más podría determinar la causa de la muerte la persona del Dr. Arnoldo Romero Rivera, la persona que practicó la autopsia el médico legal y pudo

determinar cuáles eran la causa de la muerte y dijo que observo presencia de sangrado en la región o sea izquierda como consecuencia de los golpes que había recibido el occiso, también señor Presidente para probar la materialidad de la infracción rindieron sus testimonios los señores Sargentos Fausto Almache Rocha, el cabo Marco Pinta Calle, quienes practicaron la reconstrucción de como se dieron de los hechos el día 27 de febrero del 2011, es decir lo que tiene que ver en la materialidad de la infracción se encuentra plenamente probada también se ha presentado el acta de defunción del occiso en la cual no hay duda en cuanto a la materialidad, la fiscalía para probar está muy claro la responsabilidad del acusado quien en forma muy espontanea manifestó que él La persona efectivamente que agredió al ofendido en la fecha que se indico anteriormente, también rindió su testimonio la señora Dalila Geoconda Gómez Alvarado, quien manifestó la forma el como el por qué el acusado agredió en la fecha indicada al hoy occiso solo por el hecho de no haber querido fiarle dos jabas de cerveza lo cual ha sido manifestado en la versión del acusado asimismo La fiscalía presentó los testimonios de la señora Cleotilde Concepción castillo Cadena, Luis Alfredo Pulley Andina, Alfredo Castro Peralta, Zurita Ripalda Marco Antonio, testigos presenciales del hecho no cabe la menor duda de que estas personas estuvieron el día 27 de febrero del 2011, a las 20h30 aproximadamente en el lugar donde se suscitaron el hecho testigos muy amplios que han dado los pormenores de cómo se dieron este hecho y todos estos testimonios en forma univoca, concordantes determinan que el acusado Jorge Eduardo Jarrin Díaz, en estado etílico mariado como se dice vulgarmente borracho llegó al local del hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero a fiarle cerveza y por el hecho de no haberle querido fiarle le da de puño lo tira al suelo le cae a patada sin considerar que era un apersona de la tercera edad todo esto se ha probado el día de hoy con testigos que han sabido explicar la forma el motivo porque estuvieron ahí es decir señor Presidente la materialidad y la responsabilidad del acusado se encuentra plenamente probado en esta audiencia tal como lo ofreció la fiscalía probarlo en su primer intervención hasta el momento no comprendo señor Presidente señores Jueces, cual es la teoría que nos trae la defensa porque al comienzo de su intervención lo único que dijo cuando s ele solicito por este tribunal que anuncie su teoría del caso lo único que se puede extractar de la intervención primera que manifestó que falleció por causas diferentes a lo que manifiesta la fiscalía de ahí señor Presidente nos presenta los testigos lo voy analizar uno por uno y lo presentan en primer lugar al Dr. Alfonso Proaño Jiménez, que en mi calidad de fiscal se lo designo para que haga un estudio sobre la causa de la muerte para que de una interpretación dejando establecido que el en ningún momento intervino valoro al hoy occiso señor Presidente la fiscalía ordeno esta diligencia para que no se diga en esta audiencia que se coarto el derecho a la defensa no hubiese atacado el día de hoy por ese lado entonces la fiscalía evacuo todo lo que han pedido las partes la fiscalía jamás en esta audiencia la fiscalía haya cuartado el derecho a la defensa tanto a la parte acusadora como a la parte del acusado. Que nos dice el Dr. Alfonso Proaño Jiménez, dice que el hizo su estudio en base a los dos informes tanto del Seguro como en la clínica Guayaquil, certificado médico que no coincide dicha información el uno dice que había un hematoma epidural y el otro decía que había un hematoma subdural es decir que no pudo determinar con estos exámenes que tipo de hematoma era que tenía el occiso pero si quedo claro que el occiso si tenia un hematoma lo cual trajo como consecuencia un trauma cráneo encefálico por golpes que recibió en el cráneo y nos dijo también en una de las preguntas que realizo la fiscalía dijo el Dr. Proaño que el hematoma fue producido por un golpe contundente si relacionamos señor Presidente que personas el 21 de febrero del 2011 a las 20HOO golpeo y lo dijo el hoy acusado aquí en esta audiencia que él golpeo al hoy occiso entonces el responsable de este golpe contundente es el acusado Jorge Eduardo Jarrin Díaz, el Dr. testigo presentado por la defensa también presentado al Dr. Galo Pino Icaza, Jefe de guardía del Hospital del IESS de Babahoyo, quien atendió el día 24 de marzo del 2011, al hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero, y en forma suscita que es lo que dijo el médico dicen que ellos realizaron fue una imprección diagnostica previa a una evaluación hicieron una evaluación y ellos dieron una imprección diagnostica de lo que ven al momento eso fue lo que realizaron y termino diciendo para concluir que no determino causa de la muerte por falta de elementos y que la única experticia que podría determinar la causa de la muerte del occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero, era el protocolo de autopsia que se le practico por parte del Dr. Arnoldo Romero Rivera, con esto señor Jueces queda descartado cualquier cosa que nos quiera alegar en

esta audiencia la parte de la defensa que nos quiera decir que había un paro carió respiratorio y un sinnúmero de situaciones que nos quieren atribuir otra causa de la muerte estoy ablando de testigos que presentaron por la defensa del acusado no determina causa de la muerte por falta de elementos que tenía que hacerse la autopsia para poder determinar antes las valoraciones previas si lo ponemos hacemos una ponderación hacemos una valoración cual prueba tiene mayor valor la del DR. Arnoldo Romero que practico la autopsia abrió las tres cavidades y pudo observar lo más importante lo que dijo el médico el muerto habla por sí mismo al momento que se practico la autopsia la fiscalía pudo presenciar al momento de la autopsia los coavulos de sangre que estaban dentro del cráneo del hoy occiso, aquí está señor Presidente una sangre negra verdusca que se encontraban en el momento de la experticia entonces que no se me venga que había un paro cardio respiratorio cualquier cosa que se quiera argumentar la única valoración medica que se quiera argumentar es la experticia médica realizada por el Dr. Arnoldo Romero Rivera, quien abrió las tres cavidades en presencia del fiscal hay están las fotografías en la cual me apersone muy bien para que se investigue este hecho, también nos presento la defensa al Dr. Danilo Javier Valarezo Sandoya, y dijo el Dr. Resumiendo tratando la intervención de él que el diagnostico presuntivo no puede determinar la causa de la muerte que el examen fidedigno es la necropsia, volvemos hacer la valoración cual tiene plena valides la necropsia practicada por el Dr. Arnoldo Romero Rivera, también nos presentaron en esta audiencia a la Doctora Lorena del Rosario Viejo Placencio, este testimonio respetando el principio de celeridad debió de haberse desechado porque nos hace pasar tiempo que dijo no lo valore al paciente no fue mí paciente entonces que viene hacer que dijo la Doctora Ximena Chacton, que la presunción diagnostica no solo diagnostica si no que para el paciente es para seguir el control administrativo o sea un apersona que entra se hace una valoración para llevar sus estadísticas y que ella no lo valoro tampoco fue su paciente nos hizo Paso como media hora y nos contribuyo en nada ene esta investigación, la señora argentina castro Márquez, no estamos investigando la historia clínica del occiso lo que estamos investigando el hecho del día 27 de febrero del 2011, a las 20h30, el señor Luis Alberto Cruz Pulecio, hasta que la fiscalía investigo este testigo ha tenido problema con la familia del occiso dice que en un taxi pasaba y pudo observar que ahí había problema en el local del señor Gómez Rosero, el señor Euclides Efrain Espin, amigo de los señores Jarrin Díaz, dice que el lleva a arreglar su vehículo ahí dice que un día vio por el bay paz, por un mercado al hoy occiso Gómez Rosero, todo esto son testigos de acomodo para manejar la cuartada que tiene la defensa del acusado también presenta señor Presidente un legajo de documentos copia simples que no tiene ningún valor y solicito que revisen ese legajo de documentos que son copias simples no certificadas que no tiene ningún valor y por último el acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, rinde su testimonio en el cual dice que acudió el día 27 de febrero del 2011, a las 20h30, al local del señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, donde estaba jugando con unos amigos en estado etílico a fiarle una jaba de cerveza y que el lo golpeo todo esto concuerda con lo manifestado con los testigos presenciales presentados por la fiscalía, aquí señor Presidente se ha probado la materialidad y la responsabilidad del hoy acusado tal como lo establece el Art. 88 del Código Adjetivo Penal, existe el nexo causal en cuanto a la materialidad y la responsabilidad del hoy acusado quien en forma muy espontanea, muy suelta manifestó que el fue la persona que lo agredió al hoy occiso en la fecha ya indicada, pero aquí señor Presidente, lo que se está peleando lo que se quiere demostrar es cuanto a la tipicidad del delito que la fiscalía está acusando porque la defensa lo que nos quiere llevar es que el acusado responda solo por un delito de lesiones tipificado en el Art.466 del Código Penal, que esta sancionado de una a tres años como es buen estudiante ha presentado antecedentes penales le van a poner uno contra esos le hacen la rebaja el dos por uno esta seis meses y no ha pasado nada más , él hoy occiso como lo dijo el acusado está en el cielo entonces señor Presidente la fiscalía desde ya se opone a esta situación, cuidado con tipificar el delito como lesiones como deduzco que es a dónde quiere llegar la defensa, o sino le pone un año, se va a huir un año y en un año se viene y pide la prescripción de la pena y como dice la canción en Cuba no pasa nada el occiso en el cielo el acusado en la calle y no sucedió nada, la fiscalía como así lo analizado el señor Juez Tercero de Garantías Penales, como así se lo analizado la Sala Especializada de Lo penal de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, a confirmado el auto de llamamiento a juicio por el deli to que tipifica el Art. 455 inciso primero del código Penal, es decir por homicidio

preterintencional por eso la Fiscalía como representante de la sociedad. Solicita señor Presidente señores Jueces se dicte sentencia condenatoria en contra del acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, por el delito de homicidio preterintencional, tipificado en el Art. 455 del C6digo Penal, en el grado de actor tal como lo tipifica el Art. 42 del antes mencionada disposición y además la Fiscalía le solicita que al momento de emitir su fallo en esta audiencia se confirme las responsabilidad del acusado y se de a conocer porque delito se lo va a sancionar.SE LE CONCEDIÓ LA PALABRA A LA ACUSACION PARTICULAR.- La defensa compartida vamos a dividir esta intervención en dos partes lo que dice la logística ecuatoriana primero tiene que acreditarse la existencia material de la infracción en la segunda parte será el nexo causal dentro del hecho material y el hecho causal del acusado en la segunda parte será el Dr. Vinicio Valle el que haga yo comienzo con la primera parte. Haya un interrogante contradictorio porque murió Jorge Eduardo Gómez Rosero, por infarto o murió por daños cerebrales hay dos tesis hay dos teorías hay dos argumentos no lo vamos a negar para nuestra explicación tenemos que referirnos al cerebro uno de los órganos más nobles de la creación haya dado en todo el universo por decir algo en los cientos millones de neuronas por decir algo permite recordar algo permite imaginar permite crear el cerebro usted con una aguja coge analizar central que esta en la segunda es así una persona porque todo tiene el control en el cerebro si usted quiere que no oiga esa maravilla de la creación fue pateada el 27 de febrero del 2011, cual es la relación de la materialidad de la infracción con las dos tesis el cerebro tiene una cobertura así como en la parte del abdominal haya el peritoneo en el cerebro tenemos nosotros las meninges es importante que vayamos despacio en esto para poder yo lograr en mis escasos conocimientos de medicina legal la comprensión de este tribunal las meninges son tres yendo en la parte inferior tenemos nosotros la dura madre tenemos nosotros la aneroide y la pia madre es decir de estas tres meninges que esta más externa con la contabilidad craneal es la dura madre en el centro de se encuentra la arenoide y al final se encuentra la pia madre porque es importante esto donde queda el espacio epidoral de que tanto hablan las autopsias y los analistas críticos invitados a este convicte de justicia hay la peridual y ha la subdural la epidoral queda; precisamente entre el casco cerebral y la dura madre después de la dura madre se va hacia abajo tenemos nosotros la subdural porque está debajo de la dura madre más abajo esta la arenoides es importante porque la arenoides es la que prácticamente la que sudariza el manejo del cuerpo humano el encéfalo raquídeo es decir una opresión entre el espacio de la dura madre es gravísimo para el ser humano comencemos nosotros con le primer espacio entre el cráneo y la dura madre es decir el espacio que se llama epidoral, en este espacio epidoral se encuentra en una tomografía captada en esta ciudad de Babahoyo prácticamente al siguiente día de los acontecimientos trágicos en el que perdió su vida el señor Jorge Gómez Rosero en un laboratorio llamado servid consta a fs. 22 de autos el informe de ese Laboratorio radiológico que dice que encuentra un hematoma en la zona epidoral es decir que esta a lado del cráneo encuentran un hematoma pero el occiso en su momento de su continuado agonía, porque el tenía una agonía con altibajos se recupera y se agrava viene el día de su muerte y llega al Hospital del Seguro en su agonía final el descontrol que existe del cuerpo que es denominado por el cerebro para ver, para escuchar , para hablar, para todo es iluminado por cerebro afecciones se descontrola todo inclusive se puede descontrolar todo el organismo todos sabemos que podemos parar el corazón tocando una parte del cerebro en esas circunstancias se lo llevan a Guayaquil, en dicho lugar le toma una radiografía computarizada le loman una RSS, es decir una resonancia magnética esa resonancia tiene más eficacia más profunda no nos olvidemos que la subdural queda más profunda que la epidoral en nuestro hueso craneal, ya la subdural esta más abajo efectivamente como dijo el Dr. Proaño una resonancia magnética tiene más seriedad, llega más allá y encuentra según la Clínica Guayaquil, en el departamento radiológico un hematoma subdural no es contradictorio simplemente una ampliación de la ciencia a través de este tipo de radiografía que llega a captar lo que no capto en la primera la primera capto en la zona epidoral, la segunda la capta en la subdural no es que existió el uno existió el otro existieron los dos, no es necesario que causen la muerte instantánea las persona pueden vivir nosotros tenemos aquí que hemos bajado como fuente lincográfica hemos tenido la oportunidad de bajar de Internet y queremos poner en vuestro conocimiento esta tres cuatro hojas esta es una versión del hospital general de Mejico que es una guía diagnóstica de radiología y neurología, cualquier persona puede sacar del Internet el nombre se llama

hematoma subdural y epidural de origen traumático es el caso de este juicio los hematomas agudos es el que se presenta a los primeros setenta horas los subagudos entre los tres y cuatro días ose puede aparecer después del acontecimiento traumático después de 21 días pueden aparecer pero aquí apareció antes hay una hematoma subdural en los hematomas subdural oscilan entre unos 50% y 90% según la oportunidad de la cirugía en las hematomas epidurales es de un 20 a 55% el mejor pronostico hematoma subdural complicaciones puede presentarse re sangrado en estas condiciones viene un informe del Dr. Alfonso Proaño, a petición de la parte acusada representada por mucha capacidad por el Dr. Héctor Vanegas pariente lejano y que dice invocando el principio constitucional de la legitima defensa e imparcialidad nombrar un nuevo medico legista para que realice un informe respuesto a la necropsia del señor Jorge Gómez, del Dr. Arnoldo Romero por cuanto no estamos de acuerdo bueno hubieron pedido en nuevo peritaje se acostumbra en otros países entonces hubiera visto si fue o no fue abierto en las cavidades, que el señor Fiscal dice que las abrió que fue abierta las tres cavidades fueron abiertas, esto se hubiese constatado con una exhumación no dejar a la imaginación de la gente mientras estas especulaciones no tengan el titulo de un perito no tiene transcendencia ene este proceso lo único que queda valido y sobreviviendo es lo que la justicia la ley, los Tribunales los más altos funcionarios de la República recogen el informe de la autopsia, en el informe de la autopsia lo dice el medico necrociante que hay el examen interno cabeza una serie de aspectos que son tan importantísimos, dura madre, ya sabemos que es una laringe del ser humano objetiva hemorrágica donde se aprecia cuadro de sangre todo esto dice el perito que vio el cadáver del imperfecto que fue analizado en presencia del señor Fiscal que acaba de decir que estuvo presente tenemos en la página 100 la herida en la zona torácica vemos como esta abriendo le externó en que queda el informe del Dr. Proaño en un simple denunciado porque el dice que no es especialista cardiólogo, porque él dice, que él no es especialista neurólogo entre el grupo más sobresalientes uno de los mejores clínicos de la ciudad de Babahoyo, pero como cardiólogo, como neurólogo ningún medico profesional por eso es que el hace basarse en un análisis de lo que ya hizo otro asumiendo responsabilidades legales y lo que se hizo en la clínica Guayaquil dio entender el Dr. Proaño que la clínica le dio de alta y que ya estaba bien en la pagina 792 del expediente en el párrafo sexto en el final dice lo que la Clínica Guayaquil ahí está la historia clina y lo trascribe aquí ya no es un denunciado nuestro esta con la firma del Dr. Proaño se recomienda tac a los quince días y treinta días es decir después de lo que sale de aquí tiene que seguir haciéndose tomografías aquí viene algo grave dice advierte a los familiares que si el hematoma aumenta de volumen se necesita tratamiento quirúrgico está hablando la Clínica Guayaquil de un peligro de un tratamiento quirúrgico si el hematoma crece ellos tenían que llevarlo justo el día que falleció pero no lo llevaron y que había sucedido que había crecido los hematomas son unos especia de tapones que se solidificaron o sea hay un derrame sangriento solificado el señor era hipertenso que significa esto que la presión arterial sube y baja y si tenían unos hematomas que ahí mismo podían desprenderse se muere entonces no porque era hipertenso se muere porque hubieren patadas, hematomas golpes la causa de los hematomas se producen por los golpes fue el que agredió en el suelo al señor nosotros teníamos que atender al protocolo de autopsia o al informe del Dr. Proaño es aversión nos conduce que ha existido un problema de carácter cardiaco que habido un infarto yo estado escuchando con mucha atención a los señores médicos del seguro que nos han impresionado mucho hay un Dr. Pinos él dice yo no he dado algún diagnostico ante la pregunta del procesado lo que nosotros hemos hecho es dar una presunción de diagnostico no diagnostico él dice que para dar un diagnostico se necesita tres elementos cinco, el elemento electro cardiográfico y el tercer elemento el de laboratorio el seguro lo dijo él nosotros no tenemos los laboratorios por eso lo mandamos a Guayaquil en la pregunta que le hicimos tanto a él como al Dr. Valarezo, no habiendo un diagnóstico definitivo que era más determinante para un proceso para la ciencia médica un diagnostico de presunción o una autopsia los dos en diferentes momentos nosotros que estábamos escuchando dijo la autopsia es determinante señores Jueces no hay como perderse decir que la autopsia es falsa la falta de vesícula es intrascendental para el problema puedan que le hayan faltado dos dedos eso no es determinante las melinges versus corazón los dos médicos tanto el Dr. Pinos como el Dr. Valarezo Jefe de área del Hospital del Seguro que la necrosia es determinante de lo ocurrido ha ocurrido una muerte causada por un ataque contundente que ocasiono hematomas y como

dicen los científicos por lo demás la prexistencia material de infracción está acreditada con el reconocimiento del lugar de los hechos con la reconstrucción con una seria más de tareas que fueron judicializadas por el señor fiscal con esto dejo yo al señor colega para que vaya ha demostrar cual es la relación de casualidad adecuada la que será la más adecuada para efecto del nexo causal. Continuando con el alegato toma la palabra el señor abogado Vinicio Valle Espin y dice. La materialidad ha sido probada por demás dentro de la presente audiencia y a un como se ha venido dando la cosas señores Jueces, también la responsabilidad esta probada con una serie de testimonios concordantes unívocos tales así que vino la señora Cleotilde y manifestó que ella se encontraba en el momento mismo que ocurrieron los hechos cuando el hoy procesado sin tener un poquito de respeto hacia la edad que lamentablemente ha fallecido le propina un golpe de puño y lo lanza al suelo note ustedes que no le importe que ya estuvo en el suelo golpeado producto de un puño se le acerca y le propina verlas patadas no lo digo yo fueron los testigos que pasaron aquí testigos presenciales luego de aquello al señor lo empujan y lo hacen a un lado están mentando una persona no era a un perro que estaban pateando el hoy procesado como lo dijo el señor Fiscal muy suelto dijo que el fue lo insulto le dio un golpe y ojala que este en el cielo no lo digo yo lo dijo el señor procesado se acerca y lo patea con la contextura de el una persona de 64 años no le basto a él solamente darle un golpe de puño obviamente las intenciones fueron otras lo que logro haciendo pues darle la muerte al señor Gómez Rosero, pasa el señor Pulley a decir que el estuvo presente el señor Pulley es quien le empuja al señor Jarrín lo separa y evita que lo siga masacrando en el suelo porque fue en el suelo que el señor Gómez Rosero herido de muerte como lo dije en la primera intervención empezó la agonía producto de verias patadas que recibió el señor Gómez Rosero hasta ahora no existe una negativo o un testigo que diga que nuca lo ha golpeado por que incluso que el señor Puleció Cruz, testigo pedido por la parte acusada se levanto y lo señalo al hoy procesado indicando que fue él quien había agredido al señor Gómez Rosero esta la versión del señor castro un señor liciado un señor en sillas de ruedas en aquella noche no estaba en una silla de ruedas estaba en una silla normal igualmente indica que primero había ido el hermano y al ver que no le dieron cerveza se retiro bien el señor Jorge Jarrín Díaz enfurecido le insulta a la madre dijo el señor castro que lo había insultado a la madre y al igual que lo dijo a los otros testigos que le dio en golpe de puño lo lanza al suelo lo patea a un joven de 19 años en esa época 18 años una contextura gruesa con un pobre hombre de 64 años no se necesita estar totalmente borracho como se quiere hacer notar para patear un persona en el suelo lo más penoso es que por dos javas de cerveza le arrancan la vida a un ser humano a un padre aquí esta su hija la acusadora particular, a su esposa a un amigo por dos miserables javas de cerveza ahora que se quiere hacer ver que tuvo un infarto coronario que tuvo otro problema el que le causo la muerta son las especulaciones la teoría del caso que hasta ahora no se ha podido sostener como lo dijo el Dr. Galo Pino, el Dr. Danilo Valarezo, manifiestan que fue un infarto ni siquiera eso esta seguro todos coinciden tal como lo dijo el Dr. Vanegas ambos coinciden que el único examen que pudo determinar la muerte es la necropsia, necropsia en la cual estuvo presente el señor Fiscal que lo ha dicho ante ustedes que el vio cuando abrieron las tres cavidades necropsia en la cual se aprecia la brutal golpiza que le propino el hoy procesado y luego le produjo la muerte porque no queramos buscar excusas señores Miembros de este Tribunal porque le pego el 27 de febrero y luego murió el 25 de marzo quiera decir que la muerte de él no murió por la golpiza, la muerte del señor Rosero fue producto del puñetazo luego del ansia de quererlo matar prácticamente porque en el suelo no le da ni siquiera animo de levantarse para que se pueda defender ni siquiera se abrió para que él se pueda levantarse él se acerca le sigue pateando en el suelo en buena hora que existieron amigos que lo empujaron y lo levantaron lo único que quisieron evitar que viva unos días más porque fueron los golpes que le causaron la muerte al señor Gómez Rosero no se quiera decir porque el entro con un problema coronario porque no hay una exactitud los señores médicos que existe un diagnostico presuntivo no es algo exacto no hay algo exacto que diga el señor tuvo problemas del corazón existe la versión de señor Mario Zurita de igual manera explica que el hoy procesado da un golpe de puño lo tira al suelo y lo patea el hoy procesado dice que no se acuerda que solo se acuerda de ciertas cosas pero tampoco dice el recuerda que el lo agolpeado pero nunca ha negado que el fue que lo pateo en el suelo, la materialidad esta justificada por muchas circunstancias que fue explicadas por el Dr. Vanegas las versiones esta probada que

fueron escuchadas en este Tribunal vuelva a repetir que incluso un testigo de la defensa del procesado lo señalo como la persona que agredió al señor Gómez Rosero no es que el testigo vino y le dijo el no le pego el testigo vino se paro y lo señalo indico claramente cual fue la persona que lo golpeo ahora no se recuerda luego que le da el golpe lo tira al suelo en el suelo lo patea en la cara y según la autopsia dice que tenía rotura de cráneo en la parte de la cara le dio varias patadas en la cara eso fue lo que le produjo la muerte después de varios días, señores Miembros de este Tribunal no se le puede quitar la vida solo por dos javas de cerveza no se puede ir de una manera alevosa a golpear a una persona de 64 años porque no le fia dos miserables javas de cerveza única mente para poder disfrutar el momento que dice que era su cumpleaños pues su cumpleaños era el 28 mas no el 27. Con todo lo expuesto señores Miembros de este Tribunal esperamos que como siempre se ha hecho brille la justicia como siempre se ha hecho la justicia este por delante la acusación particular solicita que al hoy procesado sea sentenciado de acuerdo a lo que dispone el Art. 455 del Código Penal Inciso Segundo el mismo que habla sobre las agravantes existentes en el 450 porque existió la alevosía, luego del puñete que la da en la cara lo tira al suelo el señor Gómez Rosero queda dentro del local su cuerpo queda dentro del local y él le pega por fuera el ingresa dentro del local y lo patea existe la alevosía en el punto 4 del 450 dice que es con ensañamiento aumentando deliberadamente in humanamente el dolor del ofendido existe el golpe de puño no le da una patada le da varias patadas y el cinco a un más porque ya se imposibilita con el primer golpe de puño que le da pedimos a ustedes señores miembros de este Tribunal que la solicitud hecha por La parte acusadora sea acogida brille la justicia a través de la sentencia que ustedes le impongan.- SE LE CONCEDIO LA PALABRA AL DEFENSOR DEL PROCESADO.- Quiero empezar indicando aquí hay una verdadera confusión yo no vengo hacer actos escénicos yo no vengo a tirar la puerta a simular golpes eso ya paso tal vez cuando fui un muchacho, yo vengo aquí un hecho cierto no es como dice la fiscalía lo que esta murmurando es buscar una lesión a mi me contrataron cuando este joven estaba haciendo procesado por un delito de homicidio aquí hay cosas que deben puntualizarse ente jueces de derecho de garantía y que tiene que demostrarse que es lo que ha hecho la defensa sin cosas fuera de lo necesario no han negado que el día 27 de febrero el señor Jarrín golpeo al señor Gómez, nadie a negado eso pero aquí lo que se ha hecho el señor Jarrín se defendió de un ataque aquí lo que se ha probado con los testimonios que han rendido los testigos que presento la defensa entre otros el señor Espin, el señor Pulecio, la señora Castro es que el se defiende el es atacado yo pudiera utilizar el día de hoy lo que dispone el Art.- 25 del Código Pernal la causa de excusa los golpes, las heridas hasta el homicidio es excusable cuando es provocado por ofensas y cuando uno es montubio y yo me honro de serlo uno celebra a veces su cumpleaños toda una semana el estaba el día domingo celebrando su cumpleaños porque al otro día tenía que trabajar y se había reunido con sus familiares y ese día como era una costumbre a la familia vecina que eran amigos de toda la vida es que por este lamentable hecho existe un lógico desplazamiento se acerco al señor y le pido al señor que le fie unas cervezas no estoy hablando que fue una que fue dos fue el gesto acercarse un muchacho él no es un tipo musculoso, armado no es parte de una pandilla nada de eso ha probado ni la fiscalía ni la acusación particular el es un muchacho de casa obviamente reacciono a un ataque como reaccionaba cualquiera de lo que estamos aquí eso lo que la defensa dentro de lo que me caracteriza es a probar que ha probado también la defensa que no solamente hubo un lesionado que no solamente hubo u herido de este evento también quedo herido el señor Jarrín, fue trasladado a un hospital ha probado que fue golpeado de puño y con una botella ese hecho es innegable incluso existe una pericia practicada en la persona de él que le manda seis días de reposo y a demás con una serie de exámenes practicados ese día por médicos particulares que demuestran que fue saturados su frente que se hizo también una tomografía y por lo tanto hubo un enfrentamiento eso no le pueden negar, el señor Jarrín pudo escoger el camino de la fuga pudo escoger el camino de no presentarse al Tribunal busco los medios de poder ser juzgado ha venid aquí a dar su verdad un muchacho de 19 años que no tiene la formación que usted tiene señor Fiscal y usted señor Vanegas cuando le contesta una pregunta de manera eugenua debe de estar en el cielo no lo hace con ninguna maldad es un muchacho y así debemos entenderlo no hay en el malicia en su respuesta él ha venido a presentar señores Jueces para ser juzgado pero para ser juzgado con equidad sin ningún tipo de atropismo y de escenas innecesarias el Dr. Vanegas mi pariente ha presentado ha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

sacado del internet que yo también me preocupe de hacerlo un estudio que hace el Hospital de Méjico si quería utilizar esto como medio de prueba tenía que presentarle en el momento oportuno este documento que son tres hojas que le han dado sacado del internet no tiene quien es el actor no tiene un soporte referenclal cierto. Porque a la autopsia que realiza el Dr. Arnoldo, la defensa pide que se haga una nuevo examen y no una exhumación porque después de treinta días ya no vale que se le exhume ya no se va encontrar nada y porque a demás era traumático para los familiares del fallecido yo actúo con decoro y así lo hacer hasta que me muera porque hago esto porque al examinar los documentos que el lESS nos han mandado descubrimos nosotros que era algo sorprendente y no es una cosa sencilla de decir a como la autopsia hecha por el Dr. Romero dijo que si tenía vesícula y de acuerdo con la historia clínica se demuestra que no la tenía eso no es importante clara que es importante demuestra la falta de cuidado porque se demuestra la falta de atención que ha tenido causalmente la persona que hace la necropsia porque eso es el elemento que se soporta la acusación particular como no va hacer importante si el Dr. Romero dice no pasa nada en el corazón y sin embargo cuando pedimos la historia clínica y lo sabe el fiscal no me lo puede negar en forma reiterada por más de un mes no mandaba completa la información que nosotros ya sabíamos cual era que él había ingresado producto de un infarto mio cardio como puede ser que el corazón que ha sufrido de un infarto no se ha identificado en la autopsia tenía signos visibles de infarto señor Presidente no estoy yo para decírselo, cuando uno sufre de infarto una parte del corazón muere eso queda necrosiado en mi caso tengo algunas partes necrosaidas y cuando me hagan la autopsia se verán las partes visibles como puede ser que una persona que llego con estisossintomagia hacia el hospital y que tanto los Dr. Galo Peno, Danilo Valarezo, Lorena Viejo indicaron que esa era la causa por el cual ingresaba a la atención medica porque tenía signos visibles del infarto es que hay signos que son irrefutables el dolor fuerte de la parte del antebrazo izquierdo el dolor fuerte en el pecho el dolor fuerte en la espalda, la agitación la sudoración son síntomas indiscutibles de un infarto en proceso y a demás se confirma ese infarto cuando le hacen un electrocardiograma no venia aca a decir que y que cuando el electrocardiograma no mantiene la línea recta y de repente aparece la línea muerta usted esta infartado esos son los síntomas refiere que usted a sufrido un infarto siempre o anterior y que tiene ser inmediata o anterior y debe ser urgentemente atendido por este problema. Cual es el diagnóstico del cardiólogo que lo atendió que la sintomagrafia era infarto al mio cardio tiene que ir urgente a las medidas de cuidados coronarias entonces no me digan que el informe que presenta el Dr. Proaño, no tiene validez claro que tiene validez solicitadas por nosotros porque no confiamos en la autopsia practicada y porque señalábamos que la causa de la muerte era muy distinta a lo que se señalaba ahí, el Dr. Proaño, cierto es que no es cardiólogo y que no es médico del cerebro como tampoco es el otro médico como tampoco es el Dr. Arnoldo Romero, pero el Dr. Alfonso Proaño tuvo la diligencia de trasladarse al hospital lo que no hizo el Dr. Romero, lo que el Dr. Romero hizo mi paciente lo dijo dos veces él es mi paciente porque el no era el médico de cabecera del señor Gómez, que ha hecho el Dr. Proaño se ha trasladado a las dos clínicas ha investigado las causas ciertas por la cual se produce la muerte y ha determinado que la cusa de la muerte es un infarto al mio cardio no un derrame cerebral, pero más allá de eso cuando el fiscal le pregunta oiga y la sangre que aparece aquí alrededor del cerebro eso no es porque se produjo un derrame cerebral y él a respondido con claridad eso es de la incisión que se hace y lo ha señalado en forma reiterada tres veces el solo sufrió un hematoma y que fue focalizado que no se extendió al cerebro y no fue la causa de la muerte del señor Gómez eso es lo que se ha probado con claridad y sin discusión la defensa pero para soportarse en el testimonio del señor Doctor Proaño, yo he pedido aquí que vengan los médicos que lo trataron porque esa es la forma de probar señor Fiscal yo no he traído médicos ajenos al suceso , el Dr. Galo Pino ha señalado con claridad que en su calidad de Jefe de Guardía que el recibe al paciente y él lo examina y de termina lo que el tiene es un infarto al mio cardio por lo síntomas que presenta en el momento que es atendido que es tres elementos para precisar con claridad que uno a sufrido el infarto al mio cardio cuales son el uno los síntomas el dolor en el brazo, el dolor en el pecho, el dolor en la espalada el electrocardiograma y cual otro los exámenes y a dicho que esos elementos llega a presumir que el tenía un infarto al mio cardio ha dicho lo que determina con precisión que la causa de la muerte es el dolor es la necropsia la autopsia yo le he preguntado que una autopsia de una persona es extirpada su vesícula

puede decir en la autopsia porque no esta y le preguntado si ha sufrido un infarto al corazón puede el corazón en la autopsia aparecer como normal pues no eso no puede ser lo ha dicho con claridad en igual sentido lo ha dicho el Dr. Danilo Valarezo, tanto el uno como el otro han señalado han llenado los protocolos que tienen los hospitales en el cual sigue usted la pista la razón en la cual ingresa hacer atendido y ha dicho que es el cardiólogo el que ha determinado con precisión infarto al mio cardio así también lo ha dicho la Dr. Lorena Viejo, que es una internista que presencio vio que escucho el problema que estuvo atenta a lo que iba ser trasladado en una ambulancia a la ciudad de Guayaquil por el infarto que provoco legalmente su muerte, ha llamado a la Dr. Chantog, porque ella es la que maneja la parte administrativa y porque la fiscalía tiene el deber tiene la obligación de presentar las pruebas de cargo y de descargo del fiscal toda la documentación del historia clínica y que la fiscalía no puede negar que es verdad esta en la instrucción fiscal el puede decir Dr, esas copias no valen y no creo que lo hagan porque es un hombre serio y igual como el hemos litigado con decoro esa documentación lo ha probado y así lo ha dicho la señora y eso es ilegal el tenía enfermedades crónicas el sufría de hipertensión que tenían que ser tratados y he llamado a la señora Josefa Castro porque fue casualmente las que no me mandaba el señor Fiscal la información completa por la cusa por la que fue ingresado y ella ha dicho ahí esta la historia clínica esta es verdad porque el señor Fiscal ha preguntado yo he manado lo que usted me ha pedido. Señores Jueces es evidente que cuando el 27 de febrero se produce el golpe el señor Gómez Rosero como ocurriría con cualquier de nuestros familiares es llevado inmediatamente por la familia es un tema de precaución a la clínica y por tratarse de un padre le hacen la tomografía y luego le hacen el tac de cerebro con el animo de tener la certeza de que el no corre ningún riesgo no corre ningún peligro no solo eso la familia lo mantiene nueve días hospitalizado con observación clínica si la clínica consideraba que el tenía que quedarse un día más o una semana más o un mes más no le daban de alta la clínica le dice y en eso coincido con el Dr. Vanegas que tenía que tener un cuidado personal el tenía que seguir con un tratamiento y que tenía que hacerse una nueva resonancia después de quince y treinta días el tenía cita el 5 de marzo y su infarto es el día 24 de marzo es decir el día 20 de marzo que es un día común el tenía que hacerse su atención y porque hago esta observación porque la doctrina que donde nosotros tenemos que buscar el camino o la jurisprudencia señalan que la responsabilidad en este momento viene a ser compartida no le correspondía al señor Jarrín cuidar de la salud del señor Gómez era el que tenía que seguir el tratamiento a la final no lo siguió se descuido al final no se hizo la resonancia magnética al final no visito, como tenía que hacerlo en ese momento ya no existe materialidad de infracción en el caso epotetico del caso que haya sido la causa de la muerte sin embargo nosotros hemos probado señores Jueces y señor Fiscal y acusador particular hemos probado que eso no fue la causa de la muerte hemos probado con testimonios no me vengan a decir a mi que la autopsia es un documento ultra y que ese documento no puede ser contradicho porque si es así para que existe el juicio oral si es así como es que venimos aquí a enfrentar la prueba yo he demostrado al Tribunal que el perito que hizo esa autopsia se equivoco al decir que no había vesícula se equivoco al decir que el corazon estaba completamente sano cuando el había sufrido un infarto masivo en el corazón y eso le resta credibilidad a la autopsia practicada y crea una duda y la duda tiene que beneficiar al reo yo no estoy acostumbrado señores Jueces a venir aquí a procurar cambiar delitos yo vengo aquí a probar inocencias para eso se me contrata yo trato de hacerlo de la mejor manera he acudido con documentación que prueba claramente que la causa de la muerte no fue el golpe que la causa de la muerte fue un infarto al mio cardio y este hecho no puede ser cuestionado de ninguna manera o que pro eso ingreso al hospital por eso fue atendido por eso fue notificada a su familia por parte de los médicos como lo ha dicho el Dr. Valarezo, en forma muy clara que s ele indico que esa era la causa por la cual estaba haciendo atendido es más el Dr. Galo Pino fue informado del antecedente del problema cerebral por parte de la familia y el le dijo a la familia así lo dijo lo que el presenta es un problema coronario no un problema cerebral y por eso eran las primeras atenciones las urgentes no fueron al cerebro ni siquiera le tomaron una tomografía o un examen de cerebro, el acusado señor Presidente señores Jueces, a dado la versión de lo que conoce de lo que recuerda él ha dicho y en eso a coincidido todos los testigos de la acusación y de la fiscalía ha dicho que estaba tomado que estaba mariado además lo ha confirmado el señor Zurita, y Castro, es decir cuando él se acerca a donde el señor estaba tomado el no estaba en

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

plena conciencia de lo que estaba haciendo tanto es así que no recuerda con precisión pero esta aquí para dar la cara para decir la verdad y para hacer juzgado eso es algo que el Tribunal tiene que valorar porque el no a huido no ha buscado el camino fácil, con todos los elementos que yo le he puntualizado si recurrir a la doctrina pero sobre todo para indicarle, señor Presidente cuando la acusación en su parte final solicita que se cambie la tipicidad por el cual esta llamado a juicio y habla del numeral segundo del 455 y habla de alevosía yo debo de recordar lo siguiente en el nuevo Código Orgánico Penal integral ya la alevosía ya no existe eso esta desapareciendo hoy en día en nuestro Código y que a demás el acto al que señala con ademanes con gestos que parece actor así lo hace sobre la alevosía también se equivoca porque el acto que el a realizado un acto proditorio en el no habido ventaja ni sobre seguro tampoco con emboscada tampoco habido aprovechamiento tampoco habido procedimiento insidiosos yo no quiero dar una clase de Derecho Penal que para eso no tenemos tiempo con todo los elementos puntualizados a este Tribunal quiero señalar que este es un joven que tiene hoy 20 años que ha pasado un momento traumático para la familia de él y para la familia del señor Gómez, que no fue su intención jamás ni siquiera una remoto pensar en provocar una muerte jamás a sufrido y sufre por las circunstancias que pasa ha probado que no tiene ningún antecedentes penal y que se trata de un hombre honorable que no ha tenido nunca ningún lio que no ha formado nunca de ningún apandilla estos elementos deben ser considerado como atenuantes en cualquier resolución que ustedes tomen y sobre todo de que él ha comparecido vean procesalmente en las circunstancias que el busco siempre venir a juicio, no busco a escapar, no busco huir vino acá a decir su verdad hacer escuchado y a que se aplique como dice la acusación la justicia. Por esta razón porque la fiscalía y la acusación particular no han probado fehacientemente la materialidad porque no han probado que esa autopsia es irrefutable tiene una seria de vicios porque a demás el perito hizo la autopsia hizo una serie de contradicciones el mismo lo ha dicho el corazón no vi solo se concentro en el cerebro y se ha demostrado que esta equivocado por esta razón yo pido señores Jueces que se dicte una sentencia absolutoria y se confirmé el estado de inocencia del acusado para que vuelva su familia lamentablemente por los hechos ocurridos eso es algo que no podemos remedar pero tampoco podemos por un hecho no derivado de esta acción condenar un inocente. SEXTO.-FUNDAMENTACION.- Los delitos en todos y cada uno de los artículos del Código Penal Ecuatoriano, contienen elementos constitutivos principales y secundarios, que deben ser justificados o desvirtuados en la etapa del juicio. Con la facultad que le confiere al juzgador el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el Art. 79, 83 y 88 ibídem. El Primer Tribunal Garantías Penales de Los Rios, luego de analizar al tenor de la sana critica la prueba aportada por las partes procesales en la audiencia pública de juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, consagrados en los Arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana critica, ajustados a la conciencia, con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio, llega a la conclusión: el día veintisiete de febrero del dos mil once aproximadamente a las veinte horas treinta, en las calles Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marco de esta ciudad de Babahoyo, el hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero de sesenta y cuatro años de edad, cuando se encontraba en su negocio jugando naipes con un grupo de amigos fue agredido por el acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, quien le dio un puñete en el rostro por lo que lo tiro al suelo y no conforme con eso lo remato a patadas, dejándolo inconsciente, sangrando por lo que fue auxiliado por otras personas que se encontraban en dicho lugar, posteriormente fue trasladado al hospital de IESS, donde estuvo internado y debido a su gravedad fue trasladado a una casa asistencial a la ciudad de Guayaquil, donde permaneció internado varios días, luego de eso le dieron de alta y el día veinticinco de marzo a primeras horas del día falleció como secuela de la lesión que había sufrido, por lo que el Tribunal en merito a los elementos de prueba practicados, tiene la presunción de que el procesado JORGE EDUARDO JARRIN DÍAZ, tiene participación como RESPONSABLE del delito contra la vida en perjuicio de Jorge Eduardo Gómez Rosero tipificado y sancionado en los Arts. 459 y 460 del Código Penal. 6.1.- Que se ha probado conforme a derecho la materialidad de la infracción, con los momentos procesales de las declaraciones de: 6.1.1.- Perito Medico DR. ARNOLDO WILSON ROMERO RIVERA, quien manifestó: Yo realice el examen médico legal de por lesiones físicas que me solicito el señor fiscal Federico Estrella que le realice al señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, por

lo que me traslade al hospital del seguro social de esta ciudad y tome contacto con el señor quien era una persona de la tercera edad y como él me comento la situación el tenia un negocio de venta de cerveza y el siempre se reunía a jugar naipes con sus compañeros afuera del negocio, entonces el señor o quiso porque ya no tenía lo que le solicitaba un ciudadano que vive frente a su domicilio con síntomas de haber ingerido licor le dio de golpes no solamente de puñetes si no de puntapiés lo que provoco que lo llevaran al hospital, tal como consta en la hoja de ingreso que revise en el hospital, el señor presentaba un trauma facial, así mismo trauma cráneo encefálico lo que hoy en di8a están dentro de las estadísticas como segunda causa de muerte es mas el señor tenía antecedentes de ser hipertenso y diabético, ingreso con esos síntomas y a la edad de el que no haya habido ninguna defensa es lógico que un ciudadano joven lo pueda agredir, llego con el rostro inflamado y con fractura de huesos, así mismo presentaba un hematoma hepilar, porque un paciente con un traumatismo cráneo encefálico hay que tratarlo con cuidado más aun por la edad de el y sus antecedentes clínicos se le produjo una hemorragia y por ende fue hospitalizado, y según los datos como consta en la tomografía y en la hoja de ingreso tenía yo que valorar, y le di un tiempo de incapacidad de ciento veinte días que y que desde ahí inicia su historilla clínica como consecuencia de golpes contundentes y lesión física, y de ahí inicia todo, pero ese cuadro clínico prosiguió necesito atención medica especializada por que salió del seguro hacia Guayaquil no se a donde porque de ahí no lo vi más solamente que a los veintisiete días es que me llaman y me dicen doctor venga haga la autopsia y me toco hace la autopsia medica en la morgue ante la presencia de los señores de la policía y del señor fiscal, y observe en el cuadro que explique anteriormente debido a los golpes contundentes que tuvo el señor en esa zona donde se produjo la lesión habían coágulos-de sangre pegados del lado izquierdo del occipital lo cual provoco una infección lo que lo llevo a su fallecimiento claro que tuvo que ver la insuficiencia cardiaca de la que sufría pero todo fue a consecuencia de los golpes que recibió de parte del agresor es todo lo que puedo decir. Yo puse normal porque no había ninguna lesión a nivel de la región del corazón en ese momento no observe ninguna lesión. Yo realizo el examen completo pero en el momento de la experticia yo ya tenía conocimiento, porque yo antes de hacer una autopsia hago la investigación del caso, y en ese momento no estaba para analizar las cuatro cavidades del corazón por que el corazón estaba bien. Ya le explico mientras haya habido intervención médica todo esta normal. Bueno yo fui a realizar La autopsia a la agresión que se le hizo al antes mencionado señor, y si su vesícula fue extirpada nada tiene que ver con el examen médico que realice, de ahí yo puse que en la cavidad abdominal estaba normal. PREGUNTA: Indique si usted tomo contacto con la clínica donde había fallecido horas antes el señor al que le realizo La autopsia? RESPUESTA: Yo lo que me dedico es a mi trabajo yo realice mi trabajo al inicio y al final porque yo no ando investigando nada. PREGUNTA: Usted le ha dicho al tribunal que cuando se trato de la agresión física si tomo contacto con el hospital? RESPUESTA: Yo fui a revisar La historia clínica y ahí pude ver el paquete de las pocas hojas que había de la agresión que se había realizado. PREGUNTA: En su examen inicial de la agresión física usted hace una referencia de que ya se había hecho en el centro de estudios radiológicos el examen que se conoce como TAC, lo que decía era hematoma frontal y nasal izquierdo con edema, es cierto eso? PREGUNTA: Usted le ha dicho al tribunal dentro de su autopsia que cuando examino el corazón lo encontró normal en todas sus cavidades es verdad eso? RESPUESTA: Lo encontré normal porque mi trabajo fue revisar la cabeza del occiso ya que no voy a estar revisando el corazón o el abdomen. PREGUNTA: Es decir que usted solo se concentro en la parte del cráneo? RESPUESTA: Si porque era ahí donde se encontraba la lesión. DR NAZARIO ALFONSO PROAÑO JIMENEZ, quien manifestó: Es un documento firmado por mi persona diligencia dispuesta por el Fiscal Federico Estrella, este informe se refiere ya que el fiscal me solicitaba que haga un análisis las conclusiones sobre la muerte del señor Gómez Rosero Jorge Eduardo, el informe presentado oportunamente hago una serie de consideraciones para que las analices y las considere el señor Fiscal sobre la causa de la muerte del señor Gómez Rosero, establezco una serie de conceptos para una mejor orientación porque para mi hubiere sido fácil cómodo hacer un diagnóstico diferencial sobre la muerte del señor Gómez Rosero, la muerte de un caso neurológica o si era la muerte cardiovascular diagnostico diferencial y que lo hice o lo tenía que hacer a base de las pruebas testimoniales porque no hay prueba porque el señor estaba fallecido, para el diagnostico neurológico, la información de la clínica Guayaquil, la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

información detallada del neurólogo de la clínica Guayaquil, aclaro que estoy diciendo que para mi que en lugar haber escrito tantos papeles yo hubiere dicho al fiscal yo establezco el diagnostico dos diagnostico el neurológico es decir si la muerte fue por causa de lesión cerebral del sistema nervioso central o si la muerte fue por cardio vascular entonces para hacer ese diagnostico referencial recurrí para descartar o ratificar el diagnostico por muerte neurológico recurrí a las pruebas testimoniales correspondientes de la clínica Guayaquil en donde existe un informe detallado, pormenorizado día a día por parte del neurólogo que dice así. En las hojas de valoración por parte del neurólogo, desde el ingreso hasta que fue dado de alta el día 5 de marzo del 2011, el paciente consiente sin difícil neurológicos sin manifestación neurológicas de ninguna clase, condición mejorada, pronostico bueno alerta estaba consiente orientado en tiempo y en espacio como antecedentes patológicos cuenta ahí diabetes tipo dos, hipotiroidismo, el paciente no presentaba sobre evolución cefaleas, el examen de las pares craneales normales, la fuerza y el tono muscular, normal, los reflejos normales, sensibilidad sensitiva superficial y profunda normal, no signos meningo, buena evolución sin defisis motor es decir sin trastorno al caminar se recomienda a los 15 y 30 días y se advierte a los familiares que si el hematoma aumenta de volumen se necesita tratamiento quirúrgico, se recomienda control en consulta interna, aquí leo la palabra hematoma cuando ingresó aquí al hospital del seguro se lo solicito una tomografía y ahí sale con un hematoma epidoral sin mayores lesiones circunscritas se le hace una tomografía una resonancia magnética a las 48 horas cuando ingresa a la clínica Guayaquil ahí sale también un hematoma pero la diferencia que en la de aquí sale un hematoma epidoral es decir por encima de la dura madre y en de Guayaquil sale por debajo de la dura madre por eso que dice hematoma subdural se explica esa diferencia, depuse de las 48 horas la toma grafía evidencia las lesiones antes de las 48 muy pocas y otra la resonancia magnética más sensible para establecer lesiones por eso es que determina específicamente hematoma subdural a nivel de la región fronto tempo parietal. Entonces con esa evolución clínica en la clínica Guayaquil descarto yo que la muerte se provoco por lesión neurológica, me queda entonces por descartar o ratificar si la muerte se provoco por causa cardiológica y resulto fácil señor Presidente, resulto fácil porque existe un documento en la emergencia del hospital del lESS, donde dice el señor Jorge Gómez Rosero, fallece el 25 de marzo del 2011, aproximadamente a las 07h30, al respeto existe una hoja clínica enviada por la dirección del hospital de esta ciudad a la fiscalía que dice para cardiaco a pesar del tratamiento correspondiente fallece ese paro cardiaco en otra información escrita del mismo hospital dice infarto del mio cardio de cara inferior es decir el infarto del mio cardio provoco paro cardiaco el paro cardiaco provoco la muerte. PREG. Señor Dr. voy a enseñar los documentos en el que se hace referencia en la declaración del testigo, esta es la hoja del ingreso (en este momento se le pone a la vista del Dr. Los documentos), para que diga si en base a estos documentos o a base de otros documentos que usted llego a esta conclusiones que se produjo un infarto al mio cardio. RESP. Señor Dr.- el diagnostico del mio cardio es a base de la información que da el medico del seguro dice infarto del mio cardio de cara inferior y con eso ratifico el diagnostico por muerte cardio vascular y descarto por muerte neurológica la evolución que mantuvo el paciente en la clínica Guayaquil pero lamentablemente aquí no consta en el expediente yo traje esa documentación y debe constar en el expediente, PREG. Diga si esa evolución se refiere. RES. Independiente al certificado son hojas de la historia clínica que yo traje y debe constar en el expediente. PREG. Doctor yo le estoy entregando la autopsia que se practico al señor Gómez, porque el medico que hizo la autopsia ha dicho que la causa de la muerte es un problema de carácter cerebral, pero también ha dicho que no encontró ninguna normalidad en la parte coronaria en la parte del corazón ha dicho como el presumió que el problema era cerebral no se en foco en el tema del corazón, cuando una persona fallece del corazón hay alguna característica visible al momento que se hace la autopsia. RESP. Si Dr., porque cuando el perito hace una autopsia abre todas las cavidades y analiza los órganos de todas las cavidades. Concretando su pregunta cuando se examina un corazón por muerte de infarto se encuentra una cicatriz de color oscura cuando el infarto es reciente y se encuentra una cicatriz de color pálida cuando el infarto tiene algunos días de trascurrido entonces aquí llama la atención de corazón normal entiendo yo que fue en el aspecto croscopico pero la pregunta seria se abrieron las cavidades, se abrieron los ventrículos para encontrar esa cicatriz, si se hubiera abierto las cavidades para encontrar las cicatriz se ratifica el diagnostico del infarto o se

ratificaba el diagnostico de infarto,. PREG. Diga señor Dr. Si usted visito el Hospital de Seguro Social de Babahoyo, y hablo con los médicos que atendieron y recibieron al señor Gómez y que ingreso el 24 de marzo por su problema cardiaco. RESP. Claro después de la muerte a petición del señor Fiscal, que solicito esta diligencia yo estuve revise todo la historia clínica ahí en el hospital ahí es lo que encuentro los diagnostico, ahí me di cuenta que consta el electrocardiograma que se le practico y entiendo que las medicinas de urgencia que se les dio para sacar de ese estado lamentablemente en el momento que se estaba trasladando a la ciudad de Guayaquil falleció es la misma historia clínica que se me pone a la vista que voy a decir de que se trata. El señor Gómez Rosero, ingresó aquí el día 27 de febrero a las 20h30 aproximadamente, por haber sufrido a las 19h30 lesiones contusas de agresión física en la cavidad física esta es copia textual de la historia clínica del hospital, la historia clínica no habla del tipo de lesiones contusas es decir no se si es una herida contusa, si es un hematoma, si es un equimosis si es un aperganamiento hay diferentes tipos de lesiones contusas es obligación describirlo en un informe médico legal solo dice trauma contundente en la región malar izquierda región maxilar superior en la mandíbula izquierda ingresa con una atención arterial de 160 a 100 es decir una presión elevada, el día 28 de febrero a las seis y media de la tarde ingresa aproximadamente a la clínica Guayaquil manifestando que sufrió agresión física que provoco un trauma directo en el pómulo izquierdo y región parietal del mismo lado que había presentado epítasis es decir hemorragia nasal cefalea de moderado intensidad disminución del senciorio de la memoria pro pocos minutos nuevamente, insisto copia textual de la historia clínica Guayaquil, dice en la historia clínica el examen físico del paciente consiente orientado en tiempo y espacio colabora con el interrogatorio pupilas y socoricas activas es decir las reacciones pupilares normales desviación del séptimo nasal ingresa con un diagnostico de trauma cráneo encefálico moderado hemorragia epidural, aquí al Hospital del Seguro también ingresa con trauma cráneo encefálico leve, el día 27 de febrero, se le practico una tomografía de cráneo cuyo certificado dice hematoma epidural con leve lesión peridicional trazo de fractura del lado izquierdo sangre en la cavidad del seno maxilar desviación del séptimo nasal epitrofia tras traumática de los cornetes eso es la tomografía que se ordeno aquí, el primero de marzo del 2011 en la clínica Guayaquil, donde quedo hospitalizado desde el 28 de febrero se le practico una resonancia magnética, en donde se informa hematoma subdural, laminar sub-agudo, tardio fronto temporal parietal izquierdo con escasos efecto de masa significa lo mismo que dice aca dice hematoma subdural con escaso efecto de masa es coincidente con lo que dice el otro tomografía con eleve edemas pericional. PREG: Dr. usted puede explicar al Tribunal si con ese diagnostico inicial con el cual se le da de e alta l señor Gómez, el día 5 de marzo, podía haber cambiado las circunstancias clínicas que el tenía que podía haberse gravado el hematoma producto del golpe. RESP. En principio creo que no señor Doctor, en todo caso debe de haber alguna información al respeto si el señor Gómez posterior a la clínica Guayaquil llevo una vida si no normal aparentemente normal no conozco eso pero en principio digo que no la edad no tiene nada que hacer sino la intensidad del golpe a un más el hematoma es un hematoma localizado es decir la colección de sangre producto consecuentemente del trauma es bien localizado e tal manera durante los días que estuvo hospitalizado en la clínica Guayaquil y entiendo hasta los días que estuvo aquí hasta su fallecimiento nunca llego una manifestación neurológica, porque si hubiere sido u hematoma creciente se estableciente una expansión en rechazo de la maza encefálica y ese paciente moría en el transcurso de 72 horas pero el hematoma se mantuvo susconcristo limitado tal como dice la resonancia magnética, hay las manifestaciones neurológicas que llamamos nosotros los médicos, mareos, cefaleas, dolor de cabeza trastorno en los pares craneales es decir caída del parparos deviación de a cara y si el hematoma sigue creciendo entra con perdida de la conciencia y después de un rato se muere porque hay un rechazo de la masa encefálica por la sangre que estaba acumulada que vino progresando hacia adentro, las copias que se me enseña es claro que aquí dice diagnostico definitivo diagnostico provisional el síndrome coronario agudo si no hay un tratamiento oportuno y si aparte de eso existen factores predisponente como hipertensión arterial como diabetes militis como la hora que se provoco los infartos del miocardio generalmente se provocan en horas de la maña, a este diagnostico presuntivo síndrome coronario diagnostico definitivo es claro infarto del mio cardio de la cara inferior aquí esta toda la medicación que corresponde a ese tipo de patología. PREG. Que diga el Dr.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Que podía ser que el señor Gómez entro a la del lESS y lo atendieron del corazón y no se dieron cuenta del problema cerebral. RESP. De la información que yo he recogido del señor Gómez, entro con un cuadro clínico de una coronaria apatía de un infarto al miocardio tales que así con mucho respeto la señora esposa cuando me fue a visitar a mi consultorio antes de emitir el informe que me pido ayuda y yo le dije que la ayuda estaba dentro de la verdad ella me dijo ingreso con sudoración con dolor precordial que son síntomas de una enfermedad coronaria, la señora del fallecido me complemento la información para llegar al diagnostico a corroborar el diagnostico que consta en el Hospital. PREG. Diga Dr cuando uno ingresa a un clínica, la familia es informada inmediatamente cual es el problema si la familia fue informada sobre el tema que uno tiene para ingresar y por lo tanto también se le debe decir que medicina se le va administrar la familia conocía de esto. RES: Ninguna información al resto sobre su pregunta: PREG. Dr. le voy a poner unas fotografías sobre la autopsia que se le hizo al señor Gómez Rosero, si se puede percibir en la parte del cerebro cuando le abren la razón por la cual aparece sangre a lado del cerebro, es decir el médico anterior a sostenido que esa es la prueba el indicio de un cuavulos formado en el cerebro puede explicar porque aparece. RESP: Para mi señor Dr y señores del Tribunal analizando esto que es una fotografía un poco dramática, esta sangre no es producto de una hemorragia masiva cerebral como quera aparecerse una hemorragia hematosis que haya muerto al señor Gómez a las veinticuatro y cuarenta y ocho del trauma esto es producto del hematoma de lo que se corto en el momento de la autopsia, el hematoma por colección de sangre se lo corto se vacío de sangre y se derramo la sangre lo interesante hubiera sido en la autopsia era llegar y focalizar el hematoma existió o no existió el hematoma que habla la resonancia magnética esa es la gran pregunta. PREG. Dr yo quisiera que indique al Tribunal, cuando usted hizo este informe pericial usted era perito acreditado en la fiscalía. RESP. Si Dr yo era perito de la Fiscalía de Los Rios, hasta el mes de octubre del año pasado que me acogí a la jubilación y sigo actuando a la fecha para su información como perito acreditado por el Consejo de la Judicatura tengo como treinta y cinco años dedicado y en el ejercicio de a la profesión cuarenta y cuatro años aproximadamente. PREG. Diga el Dr si de un derrame cerebral se produja un infarto cardiaco. RESP. A posterior no como sucedió en este caso el fallece a los 25 o 28 días a lo posterior no en forma inmediata si por estrés por mecanismo reflejo de tipo bagual reciba un trauma intenso en el cráneo después de cuarenta y ocho puedo morirme de un infarto de miocardio pero a posteriori no. PREG. Diga Dr. No se si podría indicar que en la autopsia el perito que la hizo señala que el señor Gómez, tenía su vesícula en forma normal y sin embargo existe documentos que prueba que ha sido sustraída hace vente años es posible que pueda decir que si existe en el cuerpo humano cuando no estaba. RESP. No si fue extirpada un año hace dos años veinte años no se encuentra la vesícula. Continuando con el testimonio solicita el uso de la palabra el señor Ab. Federico Estrella, Fiscal. PREG. Diga el Dr. Que es normal cuando se abre la cavidad cráneo esta presente cuavulos de sangre impregnados color verduzcos. RESP. Normalmente dentro de lo normal no. PREG. Diga usted porque manifiesta de que los cuavulos de sangre que se pueden observar a fojas 107 del expediente impregnados en el cráneo son productos de la que se rompió en el momento de practicarse la autopsia. RESP. Esta equivocado señor Fiscal yo nunca dijo que se ha encontrado cuavulos yo lo que estoy manifestando que la sangre que se ve ahí es producto de la incisión hematoma en el momento de la autopsia no hay otra cosa si fuere esa sangre y que se ve en gran cantidad estaríamos hablando de una hemorragia cerebral parintimatosa es decir de todo el encéfalo y el hematoma esta localizado en una parte del encéfalo a un más en el diagnostico del protocolo de autopsia la causa de la muerte no dice nada de sangre que dice que son dos diagnósticos de causa de muerte en el acta de defunción y en el protocolo de autopsia dice la causa de muerte den el protocolo de autopsia no esta bien definida y acá dice trauma de carneo muerte súbita no es una causa de muerte objeto contundente traumatismo cráneo encefálico donde esta aquí la causa de la muerte y esto se contradice con el acta de defunción en el acta de defunción existe otras causas de muerte trauma de cráneo hemorragia aguda de donde del abdomen del estomago del hígado de donde traumatismo cráneo encefálico tampoco hay causa de muerte, esa sangre que se aprecia es de hematoma epidural se llama hematoma una colección de sangre el hematoma lo produjo el agente contundente es todo lo que se provoca con, piedra, palo bastonazo, puñete puntapié entre otros agentes contundentes. Contestando el interrogatorio

de preguntas formulado par el Abogado de la acusación particular dice. PREG. Diga señor Dr si usted si es especialista en cardiología. RES: yo soy u medico clínico que hago especialidad también medicina legal y como tal tengo bastante preparación al respeto que no podía diagnosticar un infarto yo lo diagnostico en vida y en muerte, en vida por las manifestaciones clínicas y en muerte yéndome abriendo las cavidades del corazón yo no soy cardiólogo especialista, tampoco no soy neurólogo, el 5 de marzo el Dr. Plinio Delgado medico de la clínica Guayaquil da una certificación con relación al paciente Eduardo Gómez Rosero de 64 años ingreso a esta casa de salud el día 28 de febrero del 2011, presentando traumatismo cráneo encefálico hematoma epidoral izquierdo mas fisura de las paredes maxilar izquierda por lo que fue valorado por el departamento de neurocirugía que considero tratamiento conservador paciente evolucionando favorablemente a tratamiento aplicado y hoy dado de alta con tratamiento ambulatorio y controles médicos periódicos esto lo dice el servicio de la clínica Guayaquil. Acto seguido y de conformidad con el Art. 256 del Código de Procedimiento el señor Presidente suspende esta audiencia para continuar a las catorce horas con diez minutos Penal, siendo las doce horas con dieciséis minutos.- AB. FRANCISCO MELENDEZ MACKLIFF, quien manifestó: Con fecha tres de marzo del dos mil once conjuntamente con la fiscalía nos trasladamos hasta las calles Eloy Alfaro y García Moreno con la finalidad d realizar el reconocimiento del lugar de los hechos, se trata de una zona urbana, sector poblado con aceras y bordillos, nos ubicamos en la parte baja de una edificación de cemento en donde existe u local de venta de bebidas alcohólicas como cerveza en la cual existe una puerta enrollable para su ingreso, dicha vivienda es de propiedad de la señora Gladis Gómez hermana del occiso, en dicho lugar se pudo observaren el suelo varias manchas de sangre, también se puso en consideración una camiseta o franela que presentaba varias manchas de sangre, la diligencia se realizo a los cuatro días de ocurridos los hechos en compañía del señor fiscal y el secretario y el abogado Vinicio Valle. MARCOS GEOVANNY PINTA CALLE, quien manifestó: Efectivamente luego de la petición de la fiscalía para realizar esta diligencia, fuimos designados junto con el señor cabo Néstor Chicaiza a realizar la misma dentro del presente caso, por lo que se procedió a citar por medio de la fiscalía a las personas que se encuentran dentro de este proceso y que habían tenido conocimiento del hecho, es así que en la fecha indicada por la fiscalía se procedió con lo dispuesto en donde varias personas que habían estado en el momento que se realizo el hecho y así mismo con los que no estuvieron se solicito por medio de la fiscalía se procedió a dramatizar con otras personas, dentro de esta diligencia se tomaron versiones de las personas que habían estado ahí de lo que se pudo determinar que el hecho había sucedido el día veintisiete de febrero del dos mil once a eso de las veinte horas treinta en las calles Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marcos de esta ciudad, específicamente en un inmueble de dos plantas, donde se pudo apreciar que en la planta baja existía una puerta enrollable que permitía el ingreso a un espacio destinado como un local donde habían jabas de cerveza y congeladores, luego de tomar las versiones para proceder a la reconstrucción de los hechos las personas que fueron citadas indicaron que efectivamente el día y hora antes indicados se habían encontrado en la parte de afuera del inmueble alrededor de una mesa de madera jugando cartas donde se encontraba la víctima y las personas que estaban compartiendo ese momento con el, en las versiones de ellos indican que del otro lado de la calle se habría acercado una persona es decir el agresor el cual le había manifestado que le venda dos jabas de cerveza a lo que el dueño del local le había indicado que no porque era domingo y por esa razón se suscito este problema y lo agredió físicamente haciéndolo caer al piso darle unos puntapiés acercándose otra persona a detenerlo y procede a retirarse y luego el agredido fue trasladado al hospital, eso fue lo que se pudo observar en la reconstrucción de los hechos y lo que se indico en el informe realizado.- 6.2.- Que sobre la responsabilidad del procesado, JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, se encuentra probada, con los testimonios de: 6.2.1.- CLEOTILDE CONCEPCION CASTILLO CADENA, LUIS ALFREDO PULLEY ANDINA, ALFREDO CASTRO PERALTA, MARCO ANTONIO ZURITA RIPALDA, FAUSTO MESIAS ALMACHE ROCHA, estaba ahí reunido cuando de pronto se armó una trifulca llego el joven y pedía que le vendieran cerveza el dueño del local le dijo que no tenía, y de pronto el muchacho lo empezó a insultar luego saco la mano y le pego un puñete acto seguido le dio de patadas, en eso se vino la muchedumbre que le cayo encima al chico y se complico la situación por que llegaron los familiares del muchacho eso es lo que sucedió. 6.4.- De

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

las atenuantes que del procesado JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, ha demostrado en la audiencia del juicio que obra a su favor las atenuantes para la modificación de la pena, no tener antecedentes penales por otra causa y la confesión espontanea, que se consagran en los numerales 6, y 10 del Art.29 del Código Penal; así como varios testimonios en los que advierte que el procesado es una persona honorable, trabajador y que no revierte peligrosidad las mismas que se las pueden tener en cuenta para la modificación de la pena que indican los Arts. 72 ibídem.- SÉPTIMO.- MOTIVACION.- El derecho romano clásico fue el inspirador de la distinción al establecer la figura delictuosa con todas las categorías de la falta de diligencia tales como la culpa lata, leve y levísima, en las concepciones del derecho se desenvolvió la teoría del libre arbitrio, la máxima "voluntas spectatur non exitus", se convirtió en el principio cardinal de las leyes penales y era difícil el castigo del "hecho involuntario" , por ser entonces injusto equiparar el agente sin dolo criminal, y por eso los legisladores desatendieron su penalidad. Prestaron mayor atención al "animus", a la voluntad que al "exitus", al resultado pero la influencia del viejo derecho romano, del derecho germánico, y del franco, inspiradores en el castigo del resultado modifico la concepción en la leyes penales la figura del delito inintencional. Por ultimo, la escuela positivista, que preconiza el castigo del individuo porque vive en la sociedad y y examina el delito bajo el punto de vista sociológico, ha destacado la figura de la culpa en las acciones u omisiones. Homicidio inintencional consiste en causar la muerte, un ser humano a otro, obrando con culpa, o sea, sin intención o dolo, pero con negligencia. Por ejemplo, a alguien limpiando un arma se le escapa un tiro, y mata a otra persona.- los delitos contras las personas constituyen el ámbito el cual la conducta inintencional tiene mayores posibilidades de acción.- el homicidio innintencional esta previsto en la en la descripción de los elementos que constituyen culpa. La enumeración de los extremos constitutivos de la culpa tiene el sentido de evidenciar la falta de una voluntad consciente y deliberada de matar, que es por lo contrario, la esencia del dolo. Habiendo podido preverse con la debida diligencia el resultado mortal , la falta de dicha diligencia hace que el agente no la previera efectivamente.- El verbo que define la acción es causar la muerte, no matar, como en el caso del homicidio simple y de sus formas calificadas por agravación o atenuación , por que ocasionar algo que no había previsto es el carácter distintivo de la culpa, el agente no mata , la muerte no esta en sus cálculos ni en sus pensamiento internos, ni siquiera en sus previsiones , aunque debiera estarlo ; causa la muerte con su torpeza al obrar. No hay un iter criminis que se corte en determinado momento, la conducta que llega a la tentativa comienza con el propósito de cometer un delito, propósito que excluye la culpa, en la tentativa se obtiene menos de lo que se desea; en la culpa más de lo que se quiere. Tampoco es compatible la comisión culposa de un homicidio calificado por el medio y por el modo, por lo que la ley lo enumera como calificantes tienen el valor subjetivo de servir a una finalidad profundamente alevosa: asegurar el resultado delictivo de una manera que imposibilite o restrinja la defensa de la victima.-en cambio la intención de matar, es la característica dolosa, o sea eminentemente intencional, consiente del fin voluntariamente libre. El núcleo del tipo de homicidio esta dado, en todo los países del mundo por el verbo matar y los criterios profesorales son coincidente, así Eusebio Gómez, el gran penalista argentino, dice: la objetividad jurídica del homicidio, es la vida humana. Su materialidad consiste en matar a un semejante y así, "mutatis mutandi", la doctrina es igual, por la boca de sus penalista en todas partes , es menester recordar en esta disposición , las bases clásicas del Código Penal, en lo respecta a la responsabilidad y culpabilidad., el art. 13 del código penal Ecuatoriano dice: el que ejecute voluntariamente un acto punible será responsable , de el , e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante aunque varié el mal que el delincuente quiso causar o recaiga en distinta persona de aquella quien se propuso ofender. La Ley habla como se debe de ejecutar voluntariamente, la infracción es innintencional cuando pudiendo ser previsto pero no querido , por lo que no es regla general la que contiene el art. 13 del código Penal, por que también hay infracciones no voluntarias de entre esta estas ultimas en la contenida en el Art. 13 ibidem que no establece pena alguna sino que define el delito.- Gramaticalmente o lógicamente, lo intencionales lo que proviene de un acto en la cual no hubo voluntad alguna, intención ni remota.- la escuela clásica dijo que el hecho culpable aunque involuntario , en cuanto al efecto , es voluntario en cuanto a la causa . la causa es querida en la imprudencia o negligencia , como génesis del hecho . La esencia de la culpa esta en el defecto de la voluntad o en la inherencia de las

facultades de atención y previsión.- los actos primos constitutivos no son reprensibles en si mismo , pero se castigan por las consecuencias, no hay libertad en las acciones humanas y que los delitos inintencionales tiene su origen en un vicio de constitución del autor y se castiga por el principio de responsabilidad penal.- existen variedades de explicaciones sobel el fundamento del castigo innintencional, según Impallomeni, la capacidad que tiene la gran mayoría de los autores de delitos intencionales de experimentar en el porvenir las virtud excitadora de la pena, y de la gran generalidad de ciudadanos de advertir su ejemplo, es lo que da la razón de la imputabilidad de las acciones culpables . Se funda pues en la intimidación en la vieja teoría de platon, Pitagoras, ellero, Almedingen, y todos los partidarios de la idea del delincuente innintencional queda prevenido con la pena para rehuir en el porvenir otras acciones inintencionales y aprender a conocer , solo después del hecho que omitir una reflexión capaz de impedir la ilegalidad , produce consecuencias perjudiciales para el , al mismo tiempo la gran mayoría de los hombres normales se intimidan con una pena, que ejerce sobre ellos una coacción psicológica. Por estas consideraciones, habiéndose probado conforme a derecho la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado con todos los momentos procesales dentro de la prueba aportada por parte del señor Fiscal, ya que es la necesaria para que el Juzgador tome las decisión discrecional y además tiene la presunción prevalente de credibilidad, que determine la carga de la prueba, con un medio de principios ontológicos subordinados a la lógica que tiene su origen en los testimonios con credibilidad rendidos en la etapa del juicio y los elementos documentales incorporados, que son los medios de pruebas con que ha contado el Tribunal de Garantías Penales para hacer que surja la certeza y al verse demostrado el nexo causal entre el hecho imputado y el procesado JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, a pesar que el perito médico Dr. Anoldo Romero Rivera manifestó que él no había examinado las tres cavidades porque no era necesario porque la lesión se encontraba específicamente en el cabeza, además con el testimonio del Dr. Alfonso Proaño perito acreditado de la Fiscalía quien con su testimonio científico dio luces a este Tribunal cambiando la situación jurídica del procesado al manifestar varias series de conceptos e Historia clínicas del IEES y de varias instituciones medicas, además con las copias certificadas; por lo que se determina que el mismo es autor del delito contra la vida del hoy occiso JORGE EDUARDO GOMEZ ROSERO, encuadrando su conducta en lo establecido en los Art. 459 Y 460 del Código Penal. Por los considerando anteriormente anotados, el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, aplicando las reglas de la sana crítica, y en la especie teniendo la certeza de que se ha probado que el acusado es responsable del delito, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 304.1 del Código de Procedimiento Penal. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA, Declara la culpabilidad del procesado, JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, portador de la cédula de ciudadanía No. XX, nacido y domiciliado en esta ciudad de Babahoyo, de 20 años de edad, estado civil soltero, instrucción secundaria, ocupación estudiante, como autor responsable del delito contra la vida tipificado y reprimido en el Art. 459 y 460 del Código Penal y consecuentemente se le impone LA PENA DE SEIS MESES DE PRISION. La misma que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Babahoyo y multa de treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.- Se declara con lugar la acusación particular propuesta por Dalila Gómez Alvarado en contra de Jorge Eduardo Jarrín Díaz por lo condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción. En el presente caso no existe indebida actuación de parte de la Fiscal Provincial actuante ni del Defensor del procesado. Ejecutoriada esta sentencia se declara al sentenciado en Interdicción Política, de conformidad a lo determinado en el Art. 64.2 de la Carta Magna, ordenándose su interdicción mientras dure la condena impuesta por este Tribunal, en concordancia con lo estatuido en el Art. 60 del Código Penal. y, se le suspenden los derechos de ciudadanía, por todo el tiempo que dure la condena.- Cópiese en el libro de sentencia. **Léase y Notifíquese.**

f) Dr. Richard Naranjo Rodriguez, Presidente. Dr. Washington Ortega Alarcon, Juez. Ab. Danilo Bonafont Feijoo, Juez Temporal (Voto Salvado)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VOTO SALVADO

Jueza Ponente: Ab. Danilo Bonafont Feijoo

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RIOS. - PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE BABAHOYO. Babahoyo, sábado 19 de mayo del 2012, las 12h37.

VISTOS: Reunido en Audiencia Pública el Pleno del Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, en el auditórium de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, presidido por el Dr. RICHARD NARANJO RODRIGUEZ, en su calidad de Presidente, e integrado por el Dr. WASHINGTON ORTEGA ALARCON y Ab. DANILO BONAFONT FEIJOO, en sus calidades de Jueces, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil doce, a las ocho horas treinta y nueve minutos, con la finalidad de juzgar la conducta del procesado JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, teniendo como antecedente el auto de llamamiento a juicio, dictado el 27 de junio de 2011, a las 14h50, por el Ab. Milton Altamirano Medina, Juez Tercero de Garantías Penales de Los Ríos, con sede en Babahoyo, como presunto autor del delito contra la vida tipificado en el Art. 455 numeral 1 del Código Penal, y remitido el proceso a! Primer Tribunal de Garantías Penales, para la sustanciación de la etapa del juicio de conformidad con lo previsto en el Art. 268 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose realizado la audiencia pública de juzgamiento, el estado del proceso es el de resolver y para hacerlo se considera: PRIMERO.- Por no haberse violentado las solemnidades previstas en el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal, se declara la validez del proceso.- SEGUNDO.- El Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, es competente para conocer, y resolver, de conformidad con lo previsto en el Art. 21, Regla 1, y Art. 28, numeral 1 del Código Adjetivo Penal.- TERCERO.- En el actual sistema acusatorio oral, las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales por así estar consagrado en los Arts. 79 y 250 del Código de Procedimiento Penal.- CUARTO.- Declarado abierto el juicio por el Presidente del Tribunal Penal, las partes contendientes en la audiencia pública han expuesto y defendido sus puntos de vista sobre sus pretensiones y han ejercido a plenitud el derecho a la defensa, por lo que se ha aplicado el debido proceso. QUINTO: FUNDAMENTACIÓN.- Los delitos en todos y cada uno de los artículos del Código Penal Ecuatoriano, contienen elementos constitutivos principales y secundarios, que deben ser justificados o desvirtuados en la etapa del juicio. Con la facultad que le confiere al juzgador el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el Art. 79, 83 y 88 ibídem. El Primer Tribunal Garantías Penales de Los Ríos, luego de analizar al tenor de la sana critica la prueba aportada por las partes procesales en la audiencia pública de Juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, constatados en los Arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana critica, ajustados a la conciencia, con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio, llega a la conclusión: el día veintisiete de febrero del dos mil once aproximadamente a las veinte horas treinta, en las calles Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marco de esta ciudad de Babahoyo, el hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero de sesenta y cuatro años de edad, cuando se encontraba en su negocio de venta de cervezas; jugando naipes con un grupo de amigos fue agredido por el acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, quien le dio un puñete en el rostro por lo que lo tiro al suelo y no conforme con eso lo remató a patadas, dejándolo inconsciente, sangrando por lo que fue auxiliado por otras personas que se encontraban en dicho lugar, posteriormente fue trasladado al hospital de IESS, donde estuvo internado y debido a su gravedad fue trasladado a una casa asistencial a la ciudad de Guayaquil, donde permaneció internado varios días, luego de eso le dieron de alta y el día veinticinco de marzo a primeras horas del día falleció como consecuencia de la lesión que había sufrido, por lo que el Tribunal en merito a los elementos de prueba practicados, tiene la presunción de que el procesado JORGE EDUARDO JARRIN DÍAZ, tiene participación como RESPONSABLE del delito contra la vida en perjuicio de Jorge Eduardo Gómez Rosero tipificado y sancionado en los Arts. 455 inciso 1 del Código Penal. 5.1.- Que se ha probado conforme a derecho la materialidad de la infracción, con los momentos procesales de las declaraciones de: 5.1.1.- Perito Médico DR.

ARNOLDO WILSON ROMERO RIVERA, quien manifestó: Yo realice el examen médico legal de por lesiones físicas que me solicito el señor fiscal Federico Estrella que le realice al señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, por lo que me trasladé al hospital del seguro social de esta ciudad y tome contacto con el señor quien era una persona de la tercera edad y como él me comentó la situación él tenía un negocio de venta de cerveza y él siempre se reunía a jugar naipes con sus compañeros afuera del negocio, entonces el señor no quiso vender porque ya no tenía lo que le solicitaba un ciudadano que vive frente a su domicilio con síntomas de haber ingerido licor le dio de golpes no solamente de puñetes si no de puntapiés lo que provocó que lo llevaran al hospital, tal como consta en la hoja de ingreso que revise en el hospital, el señor presentaba un trauma facial, así mismo trauma cráneo encefálico lo que hoy en día están dentro de las estadísticas como segunda causa de muerte es más el señor tenía antecedentes de ser hipertenso y diabético, ingresó con esos síntomas y a la edad de él que no haya habido ninguna defensa es lógico que un ciudadano joven lo pueda agredir, llegó con el rostro inflamado y con fractura de huesos, así mismo presentaba un hematoma hepilar, porque un paciente con un traumatismo cráneo encefálico hay que tratarlo con cuidado más aun por la edad de él y sus antecedentes clínicos se le produjo una hemorragia y por ende fue hospitalizado, y según los datos como consta en la tomografía y en la hoja de ingreso tenía yo que valorar, y le di un tiempo de incapacidad de ciento veinte días que y que desde ahí inicia su historia clínica como consecuencia de golpes contundentes y lesión física, y de ahí inicia todo, pero ese cuadro clínico prosiguió necesitó atención médica especializada porque salió del seguro hacia Guayaquil no sé a dónde porque de ahí no lo vi más solamente que a los veintisiete días es que me llaman y me dicen doctor venga haga la autopsia y me tocó hacer la autopsia médica en la morgue ante la presencia de los señores de la policía y del señor fiscal, y observe en el cuadro que explique anteriormente debido a los golpes contundentes que tuvo el señor en esa zona donde se produjo la lesión habían coágulos de sangre pegados del lado izquierdo del occipital lo cual provocó una infección lo que lo llevó a su fallecimiento clara que tuvo que ver la insuficiencia cardiaca de la que sufría pero todo fue a consecuencia de los golpes que recibió de parte del agresor es todo lo que puedo decir. Yo puse normal porque no había ninguna lesión a nivel de la región del corazón en ese momento no observe ninguna lesión. Yo realizo el examen completo pero en el momento de la experticia yo ya tenía conocimiento, porque yo antes de hacer una autopsia hago la investigación del caso, y en ese momento no estaba para analizar las cuatro cavidades del corazón porque el corazón estaba bien. Ya le explico mientras haya habido intervención médica todo está normal. Bueno yo fui a realizar la autopsia a la agresión que se le hizo al antes mencionado señor, y si su vesícula fue extirpada nada tiene que ver con el examen médico que realice, de ahí yo puse que en la cavidad abdominal estaba normal. PREGUNTA: Indique si usted tomó contacto con la clínica donde había fallecido horas antes el señor al que le realizó la autopsia? RESPUESTA: Yo lo que me dedico es a mi trabajo yo realicé mi trabajo al inicio y al final porque yo no ando investigando nada. PREGUNTA: Usted le ha dicho al tribunal que cuando se trató de la agresión física si tomo contacto con el hospital? RESPUESTA: Yo fui a revisar la historia clínica y ahí pude ver el paquete de las pocas hojas que había de la agresión que se había realizado. PREGUNTA: En su examen inicial de la agresión física usted hace una referencia de que ya se había hecho en el centro de estudios radiológicos el examen que se conoce como TAC, lo que decía era hematoma frontal y nasal izquierdo con edema, es cierto eso? REPUESTA: Eso es lo que se puede apreciar ahí en el escrito y también lo puse ahí en la muestra de estudio solicitado. PREGUNTA: Usted le ha dicho al tribunal dentro de su autopsia que cuando examinó el corazón lo encontró normal en todas sus cavidades es verdad eso? RESPUESTA: Lo encontré normal porque mi trabajo fue revisar la cabeza del occiso ya que no voy a estar revisando el corazón o el abdomen. PREGUNTA: Es decir que usted solo se concentró en la parte del cráneo? RESPUESTA: Si porque era ahí donde se encontraba la lesión. AB. FRANCISCO MELENDEZ MACKLIFF, quien manifestó: Con fecha tres de marzo del dos mil once conjuntamente con la fiscalía nos trasladamos hasta las calles Eloy Alfaro y García Moreno con la finalidad de realizar el reconocimiento del lugar de los hechos, se trata de una zona urbana, sector poblado con aceras y bordillos, nos ubicamos en la parte baja de una edificación de cemento en donde existe un local de venta de bebidas alcohólicas como cerveza en la cual existe una puerta enrollable para su ingreso, dicha vivienda es de propiedad de la señora Gladis Gómez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

hermana del occiso, en dicho lugar se pudo observar en el suelo varias manchas de sangre, también se puso en consideración una camiseta o franela que presentaba varias manchas de sangre, la diligencia se realizó a los cuatro días de ocurridos los hechos en compañía del señor fiscal y el secretario y el abogado Vinicio Valle. MARCOS GEOVANNY PINTA CALLE, quien manifestó: Efectivamente luego de la petición de la fiscalía para realizar esta diligencia, fuimos designados junto con el señor cabo Néstor Chicaiza a realizar la misma dentro del presente caso, por lo que se procedió a citar por medio de la fiscalía a las personas que se encuentran dentro de este proceso y que habían tenido conocimiento del hecho, es así que en la fecha indicada por la fiscalía se procedió con lo dispuesto en donde varias personas que habían estado en el momento que se realizó el hecho y así mismo con los que no estuvieron se solicitó por medio de la fiscalía se procedió a dramatizar con otras personas, dentro de esta diligencia se tomaron versiones de las personas que habían estado ahí de lo que se pudo determinar que el hecho había sucedido el día veintisiete de febrero del dos mil once a eso de las veinte horas treinta en las calles Eloy Alfaro entre García Moreno y Juan X Marcos de esta ciudad, específicamente en un inmueble de dos plantas, donde se pudo apreciar que en la planta baja existía una puerta enrollable que permitía el ingreso a un espacio destinado como un local donde habían jabas de cerveza y congeladores, luego de tomar las versiones para proceder a la reconstrucción de los hechos las personas que fueron citadas indicaron que efectivamente el día y hora antes indicados se habían encontrado en la parte de afuera del inmueble alrededor de una mesa de madera jugando cartas donde se encontraba la víctima y las personas que estaban compartiendo ese momento con él, en las versiones de ellos indican que del otro lado de la calle se habría acercado una persona es decir el agresor el cual le había manifestado que le venda dos jabas de cerveza a lo que el dueño del local le había indicado que no porque era domingo y por esa razón se suscitó este problema y lo agredió físicamente haciéndolo caer al piso darle unos puntapiés acercándose otra persona a detenerlo y procede -a retirarse - y luego el agredido fue trasladado al hospital, eso fue lo que se pudo observar en la reconstrucción de los hechos y lo que se indicó en el informe realizado.- 5.2.- Que sobre la responsabilidad del procesado, JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, se encuentra probada, con los testimonios de: 5.2.1.CLEOTILDE CONCEPCION CASTILLO CADENA, LUIS ALFREDO PULLEY ANDINA, ALFREDO CASTRO PERALTA, MARCO ANTONIO ZURITA RIPALDA, FAUSTO MESIAS ALMACHE ROCHA, quienes indican casi unívocos, que el ahora occiso estaba ahí reunido cuando de pronto se armó una trifulca llegó el joven y pedía que le vendieran cerveza el dueño del local le dijo que no tenía, y de pronto el muchacho lo empezó a insultar luego saco la mano y le pego un puñete acto seguido le dio de patadas, en eso se vino la muchedumbre que le cayó encima al chico y se complicó la situación por que llegaron los familiares del muchacho eso es lo que sucedió.- SEXTO. El Homicidio Preterintencional quiere decir que no en todas las legislaciones hay uniformidad para nombrar, juzgar y sancionar las formas de muerte, que producen mayor reproche. Hay que admitir desde un punto de vista fríamente racional, que hay circunstancias que son propias de determinadas acciones, porque no puede negarse que el crimen tiene su propia lógica y así no se puede esperar de quien mala, una posición caballeresca de invitar a combate; será pues humano y natural que el actor trate de imposibilitar que su víctima se defienda. En resumen, toma el nombre de asesinato toda muerte voluntaria dada por un hombre a otro, en forma brutal, a tal punto que sin ninguna gimnasia mental, cualquiera aleja a dicha figura del homicidio simple. Por estas consideraciones, habiéndose probado conforme a derecho la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado con todos los momentos procesales dentro de la prueba aportada por parte del señor Fiscal, ya que es la necesaria para que el Juzgador tome la decisión discrecional y además tiene la presunción prevalente de credibilidad, que determine la carga de la prueba, con un media de principios ontológicos subordinados a la lógica que tiene su origen en los testimonios con credibilidad rendidos en la etapa del juicio y los elementos documentales incorporados, que son los medios de pruebas con que ha contado el Tribunal de Garantías Penales para hacer que surja la certeza y al verse demostrado el nexo causal entre el hecho imputado y el procesado JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ; por lo que se determina que el mismo es autor del delito contra la vida del hoy occiso JORGE EDUARDO GOMEZ ROSERO, encuadrando su conducta en lo establecido en los Art. 455 inciso 2do. del Código Penal, con las

circunstancias del Art. 450 numeral 4to Ibídem Por los considerando anteriormente anotados, el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, aplicando las reglas de la sana crítica, y en la especie teniendo la certeza de que se ha probado que el acusado es responsable del delito, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 304.1 del Código de Procedimiento Penal. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la culpabilidad del procesado, JORGE EDUARDO JARRIN DIAZ, portador de la cédula de ciudadanía No. xx, nacido y domiciliado en esta ciudad de Babahoyo, de 20 años de edad, estado civil soltero, instrucción secundaria, ocupación estudiante, como autor responsable del delito contra la vida tipificado y reprimido en el Art. 455 inciso 2do del Código Penal, con las circunstancias del Art. 450 numeral 4to. ibídem y consecuentemente se le impone LA PENA DE NUEVE ANOS DE RECLUSIÓN MENOR. La misma que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Babahoyo.- Se declara con lugar la acusación particular propuesta por Dalila Gómez Alvarado en contra de Jorge Eduardo Jarrín Díaz por lo que se lo condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción. En el presente caso no existe indebida actuación de parte de la Fiscal Provincial actuante ni del Defensor del procesado. Ejecutoriada esta declara al sentenciado en Interdicción Política, de conformidad a lo determinado en el Art. 64.2 de la Carta Magna, ordenándose su interdicción mientras dure la condena impuesta por este Tribunal, en concordancia con lo estatuido en el Art. 60 del Código Penal y, se le suspenden los derechos de ciudadanía, por todo el tiempo que dure la condena.- Cópiese en el libro de sentencia. **Léase y notifíquese.- f) Richard Naranjo Rodríguez, PRESIDENTE; Dr. Washington Ortega Alarcón, JUEZ; Ab. Danilo Bonafont Feijoo, JUEZ TEMPORAL.**

APELACIÓN

Juicio No. 2012-0509

Juez Ponente: Dr. Cambell Suárez Nelson Iban (E)

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RIOS – SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOS RIOS CON SEDE EN EL CANTÓN BABAHOYO. Babahoyo, miércoles 24 de diciembre del 2014.

VISTOS: El Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos integrado por los Jueces Dr. Richard Naranjo Rodríguez, Dr. Washington Ortega Alarcón y Ab. Danilo Bonafont Feijoó, el 19 de mayo de 2012, a las 12h37, por mayoría de los dos primeros nombrados y dentro del proceso 2012-0031 emitieron sentencia condenatoria por mayoría y con voto salvado del Juez Danilo Bonafont Feijoó en contra de JORGE EDUARDO JARRÍN DÍAZ en el grado de autor del delito contra la vida tipificado y reprimido en el Art. 459 y Art. 460 del Código Penal, imponiéndole la pena de seis meses de prisión. De dicha sentencia presentaron recurso de apelación la acusadora particular Dalila Geoconda Gómez Alvarado, la Fiscalía y el procesado, correspondiendo conocer a este Tribunal en segunda instancia el proceso. En consideración a la normativa procesal penal vigente, se convocó a audiencia de recursos para el día 10 de septiembre de 2014, a las 14h30, efectuándose la misma con la presencia de los sujetos procesales.- **PRIMERO: COMPETENCIA.-** Esta Sala es competente para conocer la presente causa al amparo de los artículos 76, numeral 7, literal m); 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 208, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; resolución No. 012-2012 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición en la ciudad de Santiago de Guayaquil, el 14 de febrero de 2012; resolución No. 106-2013, publicada en el R.O. 87 del 24 de septiembre de 2013, segundo suplemento.- **SEGUNDO: VALIDEZ DEL PROCESO.-** En la tramitación de la causa en primera instancia y en esta, se han respetado las garantías constitucionales respecto de derechos fundamentales, el Debido Proceso y observado los procedimientos establecidos en la Ley para estos casos, y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión de la misma por lo que se declara su validez.- **TERCERO: RESUMEN DE LAS INTERVENCIONES.-** Durante el desarrollo de la audiencia

oral, pública y contradictoria, esencia del sistema acusatorio, los sujetos procesales procedieron a sustentar y debatir sobre el recurso planteado, manifestando en primer lugar la Fiscalía General del Estado por intermedio del Agente Fiscal Dr. Diego Reyes Bedoya, quien manifestó en lo principal que el recurso de apelación que presenta la Fiscalía lo hace en los siguientes términos: se recurre en el recurso de apelación en lo que tiene que ver con la tipicidad del delito, ya que la Fiscalía mantiene la acusación por el delito de homicidio preterintencional, la Fiscalía apela por no estar de acuerdo con dicha sentencia, ya que al no haberse valorado las pruebas en la etapa del juicio en la cual se probó la materialidad y la responsabilidad del procesado, de haber encuadrado su conducta en lo que tipifica en art. 455 inc. 1 del Código Penal, pues en dicha audiencia quedo plenamente comprobado el homicidio preterintencional, delito cometido el día 27 de febrero del 2011, a las 20h30, en las calles Eloy Alfaro entre las calles García Moreno y Juan X Marcos en esta ciudad de Babahoyo, cuando el hoy occiso señor Jorge Eduardo Rosero, de 64 años de edad, cuando se encontraba en su pequeño negocio jugando naipes con un grupo de amigos fue agredido con golpes de puños y puntapiés por el ciudadano acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz quien lo agredió con golpes de puños en el rostro y como estaba sentado en un banco dicho golpe lo botó de espaldas quedando semiinconsciente, lo cual fue aprovechado por su agresor para patearle la cabeza en el suelo con una bota que cargaba, quedando ensangrentado, botando sangre por sus fosas nasales, por lo que fue auxiliado por las personas que se encontraban jugando naipes con él, todo esto se dio en circunstancias en que el agresor se encontraba en estado etílico, porque acudió al negocio a fiar una cerveza y como no se le quiso fiar por cuanto era domingo y está prohibida su venta se disgustó dándole golpes de golpes y puntapiés, fue llevado al hospital del IESS en esta ciudad y debido a su delicado estado de salud fue trasladado de manera inmediata a una casa de salud en la ciudad de Guayaquil, esta agresión se produjo en presencia de Alfredo Castro, Marcos Zurita, Clotilde Castillo, José Chuma y otros con quienes estaba jugando naipes el hoy occiso, que estando dentro de la audiencia de juicio la Fiscalía probó este homicidio preterintencional con el testimonio de las personas antes nombradas, es así que en la audiencia de juicio la señora Clotilde Cadena expresó lo golpeó con puño y patada cayó al suelo y siguió atacando, el testigo Luis Alfredo Culi reconoció al acusado en la audiencia a la persona que agredió al hoy occiso, indico además que quedó inconsciente, el otro testigo Alfredo Casto Peralta lo reconoció al acusado de ser la persona que golpeó al hoy occiso, el doctor Arnoldo Romero Rivera, perito médico legista quien realizó la experticia de reconocimiento médico y de la autopsia, manifestó en la audiencia que el occiso fallecido y la posterior autopsia que se realizó, con los exámenes del hospital del IESS en el cual le diagnosticaron golpes contundentes con puños y puntapiés, ojos inflamados dándole una incapacidad de 120 días de reposo, este mismo médico en la autopsia diagnosticó trauma de cráneo de muerte violenta, manera de muerte desde el punto de vista del médico legal, trauma en cráneo encefálico diagnóstico clínico insuficiencia cardiorrespiratoria, coagulación de sangre en la región izquierda, como consecuencia de los golpes falleció, con los testigos cabe destacar que habiendo presentado el acusado esto el doctor Danilo Valarezo Sandoya quien manifestó que realizo un examen médico presuntivo que no puede determinar la causa de la muerte, la doctora Ximena Chanto en la audiencia indicó que no lo valoró, no fue su paciente y que la valoración del diagnóstico sirve para el control administrativo únicamente, también rindió su testimonio el doctor Icaza quein es el jefe de guardia del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Babahoyo, manifestó que la valoración diagnóstica que es una previa valoración lo cual no determina la causa de la muerte por falta de elementos, es la autopsia para saber cuál es la causa de la muerte, por lo cual tiene que realizársela, es decir, que dentro de la audiencia de juzgamiento se probó la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado Jorge Eduardo Jarrín Díaz de ser el autor de Homicidio pre-intencionado, por lo cual la Fiscalía solicita que se sirva sentenciar por el delito que se deja indicado es decir por Homicidio pre-intencionado. La acusación particular presentada por la señora Dalila Gioconda Gómez Alvarado, por intermedio de su defensor particular el Dr. Vicente Vanegas López manifestó en lo principal que, presentó apelación de la sentencia de primera instancia, porque dicha sentencia es una repetición del acta de la misma y en la parte de que hay que motivarla es apenas media página, en esta sentencia hubo dos voto de mayoría y uno de minoría, el tribunal sentenciador comete un error en la calificación del nexo causal, es decir, reconoce la materialidad de la

infracción de homicidio pero lo califica por el nexo causal de intencionado a inintencional que un hombre patee a otro que esté en el suelo, esos son los motivos de la apelación, yo considero que la apelación de la Fiscalía esta acertada por lo siguiente: en la materialidad de la infracción, en el nexo causal en cuanto se refiere al señor Eduardo Jarrín como autor, pero no estoy de acuerdo que se diga por preterintencional de acuerdo al art. 455 inc. 1 del Código Penal aplicado al caso, en eso considero que la Fiscalía no está en lo exacto porque la conducta antijurídica es un homicidio pre-intencional sancionado no en el inc.1 sino el inc. 2 del art. 455 Código Penal en lo demás estamos de acuerdo. La defensa del procesado por intermedio de su defensor particular Ab. Carlos Cárdenas Martínez, manifestó en lo principal que se hicieron las pruebas de descargos técnicas frente al Tribunal de garantías penales en la sentencia que nosotros apelamos se le da una sentencia de 6 meses de prisión, justamente el recurso de apelación es por eso porque se presentaron las pruebas de cargo y descargo necesarias, porque cuando la Fiscalía hace la acusación por el art. 455, como manifestó la Fiscalía, pues por ende como conocedores del derecho, se quebranta el art. 65 del Código de Procedimiento Penal, hemos escuchado las parte de cargos, pero no las de descargos, esa es una de las causas de nuestra apelación, pues justamente fue directo a la acusación de la Fiscalía pero sin presentar descargo alguno cuando es obligación de la Fiscalía hacerlo así lo indica el art. 64 Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía aduce y desvirtuando los puntos de la acusación apelables por parte de la Fiscalía, cuando dice que se acusa por el art. 455 en el 1 inc. Por parte de la Fiscalía, ese artículo indica que se trata de un homicidio preterintencional, pero cuál es el órgano rector del homicidio preterintencional es que sea ejecutado en el mismo momento, pero resulta que el señor fallece a los 26 días después de haberse ocasionado el incidente, cuando se le llevó al señor a una clínica a hacerse tratar en Guayaquil por las agresiones que sufrió por parte de mi representado, le dieron un tratamiento ambulatorio y le dan de alta, diciendo que estaba en condiciones físicas saludables como para poder seguir en el proceso, lamentablemente el señor padecía de diabetes y tenía presión arterial, el señor a los 26 días de haberse ocasionado el incidente, cunado la clínica de Guayaquil le dio de alta y le dio tratamiento ambulatorio es decir que necesita ir a chequeos médicos periódicos para ver si sigue bien, el señor a los 26 días ingresa con un dolor precordial así consta en el expediente de la historia clínica, al hospital del IESS en esta ciudad, el dolor precordial (dolor de pecho) que tenía y lo ingresa al Seguro Social y el señor fallece en el hospital del Seguro Social, la historia clínica demuestra que el señor fallece por un paro cardiaco, nosotros solicitamos ante de llegar a la audiencia de que había una autopsia que el señor medico Arnoldo Romero, nosotros solicitamos al señor Fiscal que se haga una recalificación de lo que decía ahí, porque la causa de la muerte es paro encefálico lo cual se contradecía con el examen del hospital del Seguro Social que decía que la causa de la muerte era por un infarto, justamente después de esto solicitamos que se haga una evaluación médica y lo hace el doctor Alfonso Proaño Jiménez, indica que la causa de la muerte es por un infarto, por los antecedente que nosotros expusimos de las experticias, que envíen toda las historias clínicas no solamente el diagnóstico del IESS, el señor era hipertenso, tenía diabetes lo cual se conjunta en un infarto la cual es la causal de la muerte que se dice y que dice la historia clínica que constan en el expediente, con esto intento aclarar la parte acusatoria de la Fiscalía, en lo que manifiesta la Fiscalía en el nexo causal está probado por mi defendido la materialidad, el nexo causal de la muerte justamente como lo había indicado en el homicidio preterintencional tiene que ser ipso facto, es decir que tiene que ser en el momento, no después de 26 días, justamente no se dice por parte de la Fiscalía haciendo caso omiso del art. 65 del Código de Procedimiento Penal de que mi defendido estuvo en estado de embriaguez, lo cual es una atenuante en el momento del cometimiento del delito, eso lo dice la ley más benéfica en el Código Orgánico Integral Penal es considerado como una atenuante cuando no se haga con la premeditación de ir a cumplir un delito, entonces no se dice por parte de la Fiscalía que estuvo en estado de embriaguez así lo demarca el Código Orgánico Integral Penal en el art. 37 en las cuales nunca se consideraron las atenuantes en contra de mi defendido, por aquellos nosotros apelamos a la decisión del tribunal, porque el tribunal probando todas estas partes probatorias que hemos dicho, valoraron y determinaron como homicidio inintencionado y se sentencia a mi defendido a 6 meses de prisión y en consideración a que el abogado Vanegas indica que no se debe sancionar con el inc. 1 sino con el inc. 2 del art. 455 del Código Penal, el tribunal que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

conoció la causa lo sancionó con el 455 con el inc.2 y justamente se dio una nulidad en Quito y vino desde Quito en que la Corte Nacional reconoció de que hubo una falta y produjo la nulidad hasta volver al proceso desde que estamos en este proceso, la Corte Nacional ya tiene conocimiento y donde no cabe es en la causalidad, para aquello pasaron dos medico legales en el proceso, y en que los médicos pudieron decir que la causal de la muerte fue un infarto, exacto la del doctor Arnoldo Romero que dice que fue un Traumatismo de Cráneo Encefálico y hubo dos médicos porque ahí estuvo el Director del hospital del IESS que es el doctor Pinos el mismo que mencionó y certificó que él fue el que atendió al señor hoy occiso y que la causal de la muerte fue un infarto, mas no por un traumatismo cráneo encefálico y el doctor Alfonso Proaño Jiménez quien confirmo que el fallecimiento del señor fue por un infarto, mas no por un traumatismo de cráneo encefálico, el nexo causal debe estar claro, los derechos internacionales, la Constitución dice que cuando hay duda siempre tiene que ser favorable al reo, lo cual tampoco la Fiscalía, ni el tribunal lo indicaron en el caso de mi defendido. En la réplica de esta primera intervención el Agente Fiscal expuso, dice que la Fiscalía no ha presentado la prueba de descargo a lo cual el señor abogado no escuchó en la primera parte de mi intervención, en el momento que manifiesto en el alegato que los testigos presentados he de destacar por el acusado, esto es el doctor Danilo Javier Valarezo, la doctora Jiménez Chanton por lo que he presentado las pruebas de descargos y se ha manifestado a clara voz señor jueces, en una segunda instancia dice que no se ha probado la responsabilidad, que si esta dada la materialidad de la misma, pero no la responsabilidad, a lo cual rechazo ya que la materialidad se comprobó con el hoy fallecido y la responsabilidad se comprobó del examen médico legista, el reconocimiento del lugar de los hechos, los testimonios de los testigos en la audiencia de juzgamiento supieron verificar y señalar que el hoy procesado Jorge Eduardo Jarrin Díaz es el culpable de dicho acto delictuoso, por último se manifiesta que la conducta del procesado no se encuadra en lo que la Fiscalía está manifestando a lo cual lo rechazo porque la norma penal a la fecha del cometimiento del delito es muy clara, precisa, concisa art. 455 Código Penal inc.1 por la cual la Fiscalía está acusando al hoy procesado, no dice que en el momento le mata, sino dice que la intención, el hecho que cometió luego esa persona muere es muy clara la articulación no es confusa, por aquello la Fiscal presentó el recurso de apelación, me pregunto señores jueces que un joven de 19 años con un cuerpo desarrollado golpee a una persona de 64 años de edad con esa intensidad y que después lo patee en el suelo no creo que lo deje ileso, producto de la golpiza que el señor procesado que en esa época tenía 19 años y que era un joven fornido contra una persona mayor de la tercera edad, le causa la muerte después de la golpiza que le dio y esa acción determino la posterior muerte, y esa conducto está tipificada y sancionada por eso la Fiscalía que se ratifica en la apelación. A continuación intervino el defensor de la acusación particular y manifestó que sobre lo manifestado por el abogado defensor del procesado indico que el doctor Alfonso Proaño Jiménez, no neurólogo, ni cardiólogo a que haga una revaluación de la causa de la muerte del hoy occiso, como hacer una revaluación de un peritaje porque no hacer otro peritaje con los indicios que encontraba no hacerlos objetivos, un pronunciamiento con base material con el examen directo del cadáver, el doctor Proaño incurre en ciertos errores que es el mismo que acaba de incurrir el señor Cárdenas indicando que según los médicos que atendieron en emergencias dieron como causa de la muerte un infarto cardiovascular entonces el doctor Proaño se agarra de ese informe, pero que dice el doctor Pinos en el informe que declara en la audiencia de juzgamiento del tribunal penal, allí constan dice nosotros no hemos dado un diagnóstico definitivo sino provisional y no fue provisional porque para eso se necesitan 3 pasos: 1)el examen clínico, 2) electro radiograma, pero con aquello no se puede dar un diagnóstico definitivo tal es así que determinamos que se lleve al paciente a la ciudad Guayaquil y el muere justamente en la ambulancia sin que el doctor Pinos haya dado un diagnóstico definitivo eso consta en el acta de juzgamiento en el Tribunal de garantías penales, más aun si eso fuera cierto el doctor Pinos hubiere firmado el acta de defunción, no trauma cráneo encefálico, hemorragia aguda interna, el doctor Pinos nunca dijo tal cosa, y se le pregunta al doctor Pinos, usted que intervino como médico emergente atendiendo; el doctor Pinos indica que se acoge al informe del perito el cual se acoge digamos en términos generales un derrame cerebral, nos dice que la Corte Nacional por estos motivos había creado una resolución que de nulidad, la nulidad no tuvo que ver con la marcha del proceso, la nulidad solo se dio

porque faltaba en la sentencia que dictó esta Sala una firma, por eso nunca hicieron análisis del tema, yo intervine la casación, en ningún momento existe pronunciamiento de nulidad del proceso sino estuviéramos aquí, se habla de que en Código Orgánico Integral Penal art. 37 indica que nunca hubo caso fortuito como lo indica el artículo, es decir, que estar en ese estado de embriaguez no atenúa, no agrava, no excluye de responsabilidad, más aun no es premeditada con el fin de cometer dicho ilícito y finalmente por un lado la defensa del procesado se acoge al Código Penal anterior, pero también se acoge al art. 37 del Código Orgánico Integral Penal no podemos actuar en una forma híbrida este Código es bueno en lo que nos interesa y si es malo cojo el otro, no toca acogernos con el Código Penal anterior no porque haya ocurrido el hecho cuando estaba en vigencia el código anterior sino que hay un principio que se encuentra establecido en el art. 5 del Código Orgánico Integral Penal que es el numeral 2 Principio de Favorabilidad, es decir hay que ver cuál es la ley más favorable al procesado. La defensa del procesado indicó que dice la Fiscalía que presentó las pruebas de descargos y las pruebas de descargo solo dicen que se presentó una doctora y que dijo que no tenía la posibilidad, ni de decir de dar un concepto en relación con la muerte del señor Gómez, en el resto no hay ninguna sola prueba de descargo con lo que me ratifico diciendo que la Fiscalía no presentó pruebas de descargo, nos dice también la Fiscal que en relación con la responsabilidad diciendo que mi defendido el procesado es el culpable porque existe el reconocimiento del lugar de los hechos y los testigos, yo he dicho claramente que la materialidad de la infracción está dada, lo que he dicho que el nexo causal en relación a lo que está aplicando la Fiscalía desde el art. 455 "voluntariamente", lo dice claro el mismo art. Es decir como lo indica el doctor Vanegas si yo estoy en un estado etílico dónde queda mi voluntad, entonces no fue un acto voluntario, la voluntad se desvanece cuando no hay principio de conciencia, en eso me remito en relación de la Fiscalía, en relación al doctor Vanegas, indica que el doctor Pinos que cuando estuvo frente al Tribunal en su exposición estuvo diciendo de que fue una historia clínica que fue momentánea, el señor fallece en el trascurso que se lo transportaba de aquí de Babahoyo a la ciudad de Guayaquil, pero con que síntomas sale el señor de aquí, el doctor Pinos indica que salió de aquí con el dolor precordial, que habían presumido infarto, en ningún momento el trauma del cráneo encefálico tiene afección en el infarto y eso quedó claro en la etapa probatoria que era en el tribunal de garantías penales, el colega Vanegas indica que yo dije que el proceso que viene de la Corte Nacional de Justicia no existe nulidad del proceso, si no existe la nulidad del proceso entonces por qué estamos sentados aquí, yo pregunto si no existe una de las firmas de uno de los jueces en la sentencia, es una causal de la nulidad, entonces estamos claros en eso y eso causa nulidad en el proceso ya que al no existir la firma del juez causa la nulidad, en el sentido de la embriaguez y dice el doctor que yo estoy utilizando arbitrariamente dos códigos el anterior y el vigente, pues yo me remito a lo que la ley me ordena, pues la ley me ordena de cuando hay una ley más benéfica se debe usar, pero no la estoy utilizando en la tipicidad, más bien la estoy utilizando en la parte de la embriaguez que también el Código Penal anterior lo estipula y art. 455 indica que tiene que existir la voluntad, el colega Vanegas menciona el art. 5 del Código Orgánico Integral Penal el cual menciona el Principio de Favorabilidad si es la misma ley que me esta ordenando que aplique una ley más benigna no estoy incumpliendo la norma jurídica, ni estoy quebrantando ningún reglamento. En la fundamentación del recurso de apelación de la acusación particular, ésta por intermedio de su defensor expuso que la acusación particular optó por apelar en una sentencia dictada, en que aplicando un grado de responsabilidad de inintencionado que imponía al procesado la pena de 6 meses, nosotros fuimos partidarios en esta audiencia por un homicidio simple, sin embargo el juez de primera instancia acogió que se habría la causa por el delito de homicidio preterintencional, apelamos ante la Corte y la Corte confirmó que se deba tramitar el juicio por preterintencional, es decir que tenemos que encajarnos dentro de ese parámetro, nadie observa que no se haya acreditado la materialidad de la infracción, cuando el procesado dice que le pegaron un botellazo fue porque quiso salir corriendo él estaba en estado de embriaguez y su cuerpo que es un poco alto no le permitió salir un poco antes, mas nadie lo quiso agredir, más aún existe una tesis que el agredido fue él lo que él hizo una defensa a una agresión, en la autopsia en que queda una interrogante ¿de que falleció el occiso? de un infarto o de un derrame cerebral, ese es el eje contradictorio fundamental en esta causa, es ingresado a la clínica de Guayaquil en la cual le hace una resonancia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

magnética que evidentemente capta más que las radiografías comunes y en la resonancia magnética encuentra otro hematoma más, es decir que en la parte de arriba del cerebro tiene un hematoma y en la parte interior tiene otro hematoma, claro no eran agudos pues de ser así no hubiera llegado ni siquiera a Guayaquil, en esas condiciones le hacen los exámenes en Guayaquil y le dicen que puede irse a un tratamiento ambulatorio no es que él se escapó del cuidado médico la clínica le da de alta y le advierte que tiene que cuidarse, ahora nos corresponde pasar al segundo tema que es el nexo causal con el procesado, no encontramos que hay declaraciones de testigos que estuvieron presentes en la noche del 27 de febrero del 2012, tenemos los nombres de los testigos como son la señora Cleotilde Castillo Cadena a fj. 31 quien dice que estuvo presente, cuando el joven Jarrín fue a fiar una jaba de cerveza, el testimonio de Luis Polde Andino que dice que vio como le estaban pegando en el suelo, como lo pateaba en el suelo y le dijo retírate, la declaración del testigo Alfredo Castro Peralta, Miguel Yagual es decir que son testigos de cargo, se reclamaba por qué no se presentaron testigos de descargos, nadie puede dar lo que no quiere, ya que aquí esta las pruebas de cargo y descargo que se han hecho y es interesante el antecedente que pusieron la Sala la que no se firmó la cual fue declarada con nulidad mas no el proceso, cabe destacar que el señor declaró que un día domingo desatendiendo el acuerdo ministral 1.470 de este gobierno que el Registro Oficial suplemento 1 del 6 de junio del 2010 en el art. 3, se trata de un delito preterintencional, porque así lo quiso el juez que A quo, el juez que conoció la causa el Juez Tercero de lo Penal y la Corte manifestó que es delito preterintencional, pero no es cualquier delito preterintencional, es el delito preterintencional, del art. 455 inc. 2, nosotros reclamamos que se tome como circunstancia que toma el art. 450, por lo que pido se lo declare como autor directo del delito preterintencional, sancionado de conformidad con el art. 455 inc. 2 Código Penal anterior, reclamamos costas, daños y fijamos una indemnización $50.000. A continuación intervino el Agente Fiscal señalando que al haber manifestado de manera científica como se produjo la muerte del ciudadano Jorge Eduardo Gómez Rosero, los motivos por los cuales sucedió su deceso, después de suceder los sucesos, entre él y su agresor el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz, es decir, que se demuestra fehacientemente lo que la Fiscalía desde un inicio presentó y probó en la audiencia de juicio y es muy cierto lo que dice el doctor Vanegas al manifestar que este delito se condiciona a lo que se refiere a la teoría de equivalencia de condiciones, siendo muy concreto, muy acertado, con esta teoría se demuestra fehacientemente en el hecho delinquido ese nexo causal que se persigue, en el cual se hace la relación entre la materialidad y al responsabilidad de la infracción, las cuales han sido demostradas en la etapa de juicio por parte de la Fiscalía y del acusador particular, por lo que adhiero a las palabras del doctor Vanegas, pero con la diferencia de que la Fiscalía pide que el encuadramiento típico de la conducta de Jorge Eduardo Jarrín Díaz estada en el art. 455 inc. 1 del Código Penal anterior. La defensa del procesado señaló recordemos que el colega Vanegas hace la petición del delito como homicidio simple, lo cual no encuadra con la petición que ellos pidieron y así lo ratificaron los jueces de primera instancia y el tribunal, incluida la Fiscalía, nos toca por la supuesta casualidad del supuesto delito profundizar un poco en el estudio médico, en este caso en especial de neurología, pero me asombra que el doctor Vicente Vanegas que no indica de que se ocasiona en la vía capa aracnoides madre que es la parte más dura del cerebro, cuando hablamos de la capas aracnoides del cerebro, justamente se produce un hematoma pleural del cual se refiere el doctor Vicente Vanegas, con el que llega el señor Jorge Eduardo Gómez Rosero a Guayaquil, y llega a la clínica de Guayaquil, si bien es válido lo antes referido por el doctor Vanegas, pues bien lo acepto en la parte introductoria, pero no en la parte médica en la que el hematoma pleural que se puede producir por un juego de futbol por un cabezazo de pelota, y eso lo saben los médicos de Guayaquil y por eso, ellos siendo médicos y médicos de una prestigiosa clínica le dan el alta y se le da un tratamiento ambulatorio, no es tan cierto como lo indica el doctor Vanegas en el que fue un caso gravísimo que llegó con un sangrado cerebral que ya se le aplastaba la cabeza, eso no es cierto, el hematoma pleural se puede producir por el mero hecho de que se pueda golpear una pelota de fútbol porque es un sangrado externo, así es el hematoma pleural, por aquello los médicos le dieron de alta, en relación el doctor Vicente Vanegas dice y repite que reconoce que el señor hoy occiso es hipertenso, lo cual comprobó la historia clínica del IESS, lo dice el doctor en su eufórica representación de conocimiento profundo médico legal, dice que el cerebro es duro que no se hincha y que

aplasta el bulbo raquídeo, yo pregunto cuando hablamos de encefalitis es justamente la hinchazón del cerebro y la hidrocefalia en los niños es cuando tienen la cabeza grande, entonces los cerebros si se hinchan, entonces si se produce el hinchamiento del cerebro, la dura madre nos dice el doctor Vicente Vanegas, dice que dentro de la autopsia y le presenta una foto que muestra que está llena de sangre, pero por supuesto momento que uno va abrir el cadáver, este tema ya se habló en el Tribunal se probó y se hizo partes probatorias, cuando corta el cerebro el médico pues se produce sangramiento, si se da cuenta el medico que el perito el doctor Arnoldo Romero para hacer los cortes usa un machete, me refiero al tórax y abdomen, no usa un bisturí, y para hacer el corte en la cabeza usa una sierra de la que se corta fierros, en el momento que usted utiliza esto es obvio que hay sangrado, si hablamos de un hematoma es un coágulo, el hema significa sangre y toma significa cuerpo, es un cuerpo de sangre, en ese sentido ese hematoma debía estar localizado no diseminado en el cráneo, la diseminación de la sangre, pues usted córtele a cualquier cadáver sáquele el cráneo y va a tener sangrado así esté muerto con una apuñalada en el corazón va a tener sangrado, justamente es por el traumatismo que le produce en el corte, la difusión es el hematoma no el sangramiento en total externa del cráneo, no del cerebro, en relación a la inervación del nervio vago, vale la redundancia que si es un nervio tiene que estar nervado, el nervio vago es un nervio y obviamente la inervación del nervio vago no existe, porque la inervación es la ramificación nerviosa, el nervio vago es un nervio que ramifica e inerva a los órganos que usted mencionó, sobre los testigos que pronuncia el doctor Vanegas que vieron golpeando a mi defendido, la testificación, también la fiscal y también los testigos debían haberlos dicho, que también los mismos testigos que sirvieron para acusarlo a mi defendido, también le golpearon a mi defendido, doctor Vanegas dice que lo separaron y se golpeó contra la viga que había por la inundación, pero lo que haya sido también le rompieron la cabeza a mi defendido, en relación con Fiscalía dice que está de acuerdo a la manifestación científica que ha hecho el doctor Vicente Vanegas, también estoy muy de acuerdo con la manifestación científica excepto con los puntos que he hecho observación, dice la Fiscalía que la teoría de la equivalencia de la relaciones, pues es cierto el nexo causal, las teorías que se basa en eso, el nexo causal se lo pide formalmente y que debe probarse la ejecución, o la muerte o la ejecución fue dada por mi defendido, lo cual la Fiscalía no ha logrado comprobar, ni ante el Tribunal, ni ante la Sala de ese entonces, es decir que lo que se comprobó es que el señor Jorge Gómez Rosero falleció por un infarto, eso es una prueba contundente que no tiene que ver nada con el art. 455 peor aún con el inc.2, impugno por el hecho de que no se pruebe el nexo causal, pero donde está la saña y la alevosía, de que los hechos suscitados en ese momento se hicieron bajo los efectos no voluntarios de mi defendido, él en ese momento no tenía voluntad propia de su actuación. Replicó la acusación particular diciendo primero descartando que yo he sido mal escuchado yo nunca dije que el elemento que agregaba a la intencionalidad de alevosía y el ensañamiento numeral 4, las cuales son dos cosa muy diferentes y me mantengo en la tesis del ensañamiento, pegando a un hombre que esta caído en el suelo y azotarlo en la cabeza es ensañamiento, segundo respecto a que en esta ciudad de Babahoyo en el siglo 21 se use hachas y serruchos para las necropsias, y no es que se encontró en un aparte del cerebro sangre, si nosotros revisamos el primer examen médico dice que se encontró golpes en la zona fronto parieto temporal en el lado izquierdo justamente donde se encuentran los coágulos que se encuentran desparramados, no hay ninguna sola parte que no esté congestiva, cuando destapa el cerebro el cerebro estaba totalmente ensangrentado tomo lo indicado según este peritaje, respecto a que los hecho no han sido probado, que los hechos san sido voluntarios, yo conozco un principio general que dice todos los hechos se consideran voluntarios excepto se demuestre lo contrario, una persona que esté bajo hipnosis tiene que demostrar que estuvo bajo hipnosis, por lo tanto todo acto es voluntario, por eso es que existe prohibición respecto al uso de bebidas alcohólicas, y por ningún lado lo desfavorece o lo favorece, ya que no tomó bebidas alcohólicas para tomar valor y agredirlo, no fue por caso fortuito, fue porque celebraba su cumpleaños, dada por su propia versión con su firma, tampoco es un acto fortuito pegarle a un hombre que estaba en el suelo 2, 4, 6, 8 veces, no es eso lo que va más allá de un acto voluntario, eso es un acto de ensañamiento. Intervino la Fiscalía a su vez exponiendo que el abogado defensor dice que se hable con la verdad, se ha hablado con la verdad y se probó que dicho hecho produjo un efecto y que de ese efecto se dio el hecho delictuoso que termino con la vida

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

del señor Jorge Eduardo Gómez, se comprobó que la muerte de él se dio por esos golpes y leyendo el nuevo diccionario médico que ha traído el doctor Vanegas en la parte que manifiesta trauma o traumatismo: "definición de trauma o traumatismo", en base a la lectura científica de este diccionario médico, se colige por lógica simple que la muerte del ciudadano Jorge Eduardo Gómez, se dio por el efecto pos traumático que le produjo el señor Jorge Eduardo Jarrín, presumiendo que actuó de manera dolosa, porque la intención del ciudadano de golpearle a un anciano fue causarle daño y que la proporcionalidad de los golpes por su estado alcohólico y se produjo la muerte del señor Jorge Eduardo Gómez, es por eso que la conducta de este señor se encuadra en lo que manifiesta el art. 455 en base a esto me ratifico en mi apelación. La defensa del procesado replicó de acuerdo a la intervención del doctor Vanegas que dice hay que basarnos estrictamente de un informe técnico médico, que es la autopsia, nosotros por qué pedimos una reformulación dada por el doctor Arnoldo Romero, porque justamente cuando pone a la parte que corresponde al tórax y al abdomen, resulta que el abdomen pone vesícula en buen estado, pero nosotros pedimos una certificación al mismo IESS y resulta que el señor hoy occiso estuvo operado de la vesícula tres años antes del proceso, por lo cual causa duda razonable de la deficiencia del médico, por lo cual no podemos hablar del informe técnico pericial, cuando hay semejante falla, en relación a la Fiscalía considero muy lógica la intervención del fiscal quien nos hace la exposición del trauma nadie ha negado eso, hubo un asunto de lesiones y lesiones mutuas entre mi defendido y el señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, cuando se dieron este tipo de situaciones resulta pues que fueron asuntos de lesiones pues vuelvo a recordar a esta Sala que el señor no fallece en ese momento, el fallece 26 días después, coincido en la lectura del libro traído por el doctor Vanegas sobre el trauma, pues con efecto se dio un trauma encefálico, mas he dicho que existe el hematoma, pero cuando llega a Guayaquil le diagnostica de un STL que significa que es un traumatismo cráneo encefálico leve por esta misma razón le da de alta en el hospital de Guayaquil al señor Gómez Rosero, y le dan un tratamiento ambulatorio y me remito a lo dicho anteriormente para no caer en la repetición. En la sustentación del recurso de apelación de la defensa del procesado, expuso no es mi afán de cambiar en ningún sentido la proporcionalidad de que si existe un delito, mi sentido es que se aclara que si se cometió o no ese delito y de quien fue responsable el mismo, hemos demostrado en el tribunal científicamente parte de lo legal hemos demostrado científicamente y nos valimos de un médico que es muy reconocido, en ese sentido el médico se da cuenta y dice que como es posible que el doctor Arnoldo Romero se pueda refutar el informe médico, si él dice que encuentra una vesícula que no existe y pone que está normal y le dice que no pasa nada, en ese sentido se hizo la petición, se reformuló todo el criterio y se determinó con la intervención del médico del Seguro Social el doctor Pinos de que la presunción era un infarto, en ese sentido nosotros demostramos en esta situación, más el examen del médico Alfonso Proaño, nosotros hacíamos esta apelación a esta Sala recordando, de que el tribunal no tomó en cuenta de que primero los testigos a los que se refiere el Doctor Vicente Vanegas, pues también nosotros presentamos nuestros testigos de la defensa y solamente se tomó en consideración los testigos de la parte actora, nosotros habíamos dicho que la valoración de la certificación medica de la Fiscalía, en que existe la valoración de lesiones ocasionadas contra de mi defendido, tampoco la Fiscalía nunca las valoró, pese a que se presentó el examen médico legal, se presentó un examen médico de la clínica de Guayaquil en que se le hizo a mi defendido también una resonancia magnética que llego con un traumatismo también así como lo dijo el señor fiscal en la lectura del libro, ya que hasta el pinchazo de una aguja es un traumatismo, en el momento que le dan a él contra la pared de la casa, entonces debía asegurarse desde el principio el debido proceso, debía hacerse apertura por lesiones, lo cual nunca se hizo, es decir fueron únicamente en el ataque y nada en la defensa, pese a todas estas consideraciones dejando en indefensión durante todo ese proceso, porque hasta el día de hoy ese proceso en la Fiscalía no aparece, lo cual se pidió que se inserte en este expediente y se lo pidió al doctor Federico Estrella quien fue Fiscal actuante frente al Tribunal de Garantías Penales, nunca tomó en consideración las heridas causadas, nunca se tomó en consideración el examen médico que se le hizo al señor Gómez Rosero en la clínica de Guayaquil en que le dan el alta y el dan el tratamiento ambulatorio, no se tomó en cuenta la certificación que el señor Gómez Rosero salía a realizar sus actividades cotidianas que incluso hizo un préstamo, que se lo puso en relación a l expediente el cual consta, no se tomó la normativa que es el in

dubio pro-reo, es decir que cuando existe la duda razonable, se aplica este principio. Señores Jueces quiero decirles que ni siquiera el Tribunal Penal pudo demostrar la responsabilidad de mi defendido es decir por el nexo causal, el señor fallece después de 26 días posteriores de haber recibido el alta de una clínica de renombre de la ciudad de Guayaquil que se llama Clínica Guayaquil y después de haber tenido la certificación del hospital del Seguro Social de que la presunción del fallecimiento del señor Gómez Rosero fue justamente por un infarto, por lo cual solicito que se declare la inocencia de mi defendido. La Fiscalía contestó lo argumentado diciendo la motivación que hace la defensa del procesado, pide que se clarifique los hechos, los hechos están clarificados señores Jueces, en la audiencia de juicio fueron expuestos y demostrados, dice que se ha demostrado científicamente que su defendido no ha cometido el hecho y que la Fiscalía no ha podido demostrar, si es que la Fiscalía no hubiese podido demostrar no se hubiera haber llegado a una sentencia, se le hubiere absuelto, no estuviéramos en esta etapa, dice en otra parte que la narración de la defensa está demostrado, si es que hubiese estado demostrado el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz hubiese salido libre no se le hubiese sentenciado, no se le hubiese imputado el cometimiento del hecho por parte de los juzgadores, dice que la Fiscalía tampoco valoro las pruebas presentadas y que se le dejo en indefensión, la Fiscalía de acuerdo al art. 198 de la Constitución de la República del Ecuador en base de esos principios de oportunidad, mínima intervención penal, celeridad, legalidad, contradicción, reunió esos elementos de convicción que se llaman en materia procesal penal y llevó a juicio al imputado Jorge Eduardo Jarrín Díaz y a través de la práctica de la prueba en la audiencia de juicio demostró que él es el culpable del delito acusado en el art. 455 inc.1 Código Penal anterior y acusa de que se lo ha dejado en indefensión, siempre durante la etapa procesal penal ese principio de inocencia estuvo, y que la parte contraria debió haber demostrado a través de la carga de la prueba dicho principio que no lo hizo, la Fiscalía reunió esos elementos de convicción que habla la norma procesal y procedió como dice la Constitución en el procedimiento penal como se lo ha demostrado en la etapa de juicio y esos jueces constitucionales en su libre albedrío y su sana critica llegaron a la conclusión, y ahí no había convicción de la duda razonable, se llegó a la conclusión que efectivamente el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz es el culpable del delito que se le acusa en contra del hoy occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero, por lo que impugno y rechazo y solicito que no se tome en consideración este recurso de apelación presentado por pare de la defensa del procesado y que se ratifique en la confirmación de la sentencia venida en grado. Y, la acusación particular a su vez expuso la defensa del procesado acaba de acogerse al principio del in dubio pro-reo a favor de su defendido, vale aclarar que el principio in dubio pro-reo ha existido como garantía básica en caso de duda de la ley, mas no en duda de la responsabilidad, actualmente nuestro Código Orgánico Integral Penal, en el art. 5 numeral 3, dice duda a favor del reo y lo dice textualmente cabe la duda al in dubio pro-reo no es tanto para la ley sino para la responsabilidad para el convencimiento de la culpabilidad, lo que se trata de manifestar es que esa norma de este código (Código Orgánico Integral Penal), no es nada nuevo, jamás se ha permitido en el Ecuador si un Tribunal no tiene certeza poder agravar, el in dubio pro-reo es tras la duda de la ley, lo novedoso resulta que la defensa del procesado no especifica cual es la duda de las tablas procesales, será la duda sobre los hematomas, será la duda sobre la autopsia, sobre la narración de los hechos, será la duda de que en realidad lo atacó, lo tumbó al suelo y le dio algunos puntapiés en la cabeza estando en el suelo, habrá sobre esto, entonces de donde aparecen los hematomas, entonces de donde aparecen los informes dados por los peritos técnicos, nos guste o no nos guste las tablas procesales son las que mandan, que hay una opinión del doctor Proaño, pero no procedieron como se debe hacer, la exhumación, si yo tengo duda de un peritaje, pido un peritaje dirimente, no una opinión, no es una opinión la que va tumbar el peritaje, por otra parte cuando es epidural la sangre sale hacia fuera jamás, es cuando se rompe el cuero cabelludo, lo que está debajo es el cráneo y esos hematomas no rompen la cavidad craneal, y que hay también dice casos en que los cerebros se hinchan, son casos anormales excepcionales que corre muchas veces desde la hidrocefalia, es decir que ocurre muchas veces desde el vientre materno, considero que no es oportuno la excepción que básicamente se la controla con la medicina ecuatoriana, con el hecho de cómo no se le hinchó la cabeza al interfecto hay duda, yo me manifiesto que lo narrado por la defensa no son oportunos para las tablas procesales y solicito que se le imponga la pena que hemos solicitado y

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

confirmarlo culpable por homicidio preterintencional establecido por el art. 455 inc. 2. En las réplicas, la defensa del procesado expuso se manifiesta que se dejó en un proceso de indefensión a mi representado, fue porque justamente se le pidió a la Fiscalía se adjunte a este proceso las lesiones causadas dentro del expediente a mi defendido, lo cual se hizo caso omiso por parte de la Fiscalía en eso me refiero en el asunto de la indefensión, cuando hablamos en lo que dice el doctor Vicente Vanegas del indubio pro-reo y por qué digo que existe una duda razonable, es porque como se ha escuchado en el trascurso de esta audiencia se comenzó acusando por homicidio simple, por lesiones, por homicidio preterintencional y el Tribunal por homicidio inintencional, es decir cuatro figuras jurídicas, las cuales se dieron durante toda esta investigación, entonces he sido claro de que cuando hay una duda razonable en relación a la ley, cabe el indubio pro-reo, a eso es a lo que nos hemos referido, en la parte de que el doctor explica que hay el hematoma pleural la sangre sale, doctor yo jamás dije eso, porque el hematoma epidural está dentro del cráneo, jamás hay sangramiento externo, así que me reitero que jamás he dicho eso y en lo que se refiere a la encefalitis, la encefalitis se puede dar en cualquier edad, es decir es la hinchazón del cerebro. Las intervenciones íntegras están contenidas en la grabación de la audiencia que reposa en el proceso y en el archivo de la Sala.- **CUARTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.-** La Constitución de la República establece en su Art. 1 que "...El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia..."; en el Art. 75 señala "... 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..."; El Art. 424 señala "...La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público..." El Art. 425 manifiesta "...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...". El Art. 459 del Código Penal señala que "Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro" y el Art. 460 ibídem señala "El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América". El Art. 455 ibídem indica "Cuando las heridas, o golpes, dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Será reprimido con reclusión menor de seis a nueve años, si ha cometido estos actos de violencia con alguna de las circunstancias detalladas en el Art. 450." El Art. 42 del mismo cuerpo legal establece "...Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuádolo (sic) valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin...." De la exposición de los sujetos procesales y de la actuación probatoria efectuada en la etapa del juicio colegimos que no existe discusión en cuanto al resultado material de la infracción, esto es, la muerte violenta del ciudadano Jorge Eduardo Gómez Rosero, sino que la discusión fáctico jurídico versa sobre si dicha muerte, catalogada desde el punto de vista médico legal por el perito que practicó la necropsia como violenta, ha sido provocada por la acción del procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz

quien le habría propinado sendos golpes en la cabeza principalmente, cuando el ahora occiso se encontraba en el piso por haber sido previamente golpeado por el procesado, produciéndose en su humanidad lesiones que, por las complicaciones propias del caso, le han producido con posterioridad la muerte. Este Tribunal considera que, en mérito de lo expuesto y del contenido de las tablas procesales no existe duda que dentro de la verdad procesal, aproximación a la realidad histórica, en el día y la hora del suceso y en el desarrollo del suceso mismo el procesado efectivamente infirió los golpes al ahora fallecido, cuando éste se negó a venderle bebida alcohólica bajo el argumento que, por ser día domingo, regía la prohibición legal de dicha venta, situación que motivó el disgusto del procesado quien lo agredió como se ha señalado; se ha indicado, por la propia defensa del procesado, que su defendido se encontraba bajo ingesta alcohólica, y como aquel admitió, dicha ingesta alcohólica había sido voluntaria con motivo de la celebración de su cumpleaños, su defensa argumenta que su estado no le permitía obrar con voluntad y conciencia, motivo por el cual no puede responder por los actos cumplidos y debe pronunciarse esta Sala por la confirmación de su inocencia. Al respecto, el Art. 37 del Código Penal establece respecto de la ingesta alcohólica, lo siguiente: "En tratándose de la embriaguez del sujeto activo de la infracción, o de intoxicación por sustancias estupefacientes, se observarán las siguientes reglas: 1a.- Si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad; 2a.- Si la embriaguez no era completa, pero disminuía grandemente el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada; 3a.- La embriaguez no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad; 4a.- La embriaguez premeditada, con el fin de cometer la infracción, o de preparar una disculpa, es agravante; y, 5a.- La embriaguez habitual es agravante. Se considera ebrio habitual a quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas, o anda frecuentemente en estado de embriaguez." De donde se determina que el procesado encuadra su situación al numeral tercero, esto es, al no ser su embriaguez derivada de caso fortuito ni fuerza mayor, pues se admitió que fue voluntaria la misma, ni excluye, ni atenúa ni agrava la responsabilidad, es decir, no afecta el acto ejecutado en forma alguna, debiendo el sujeto activo responder por el resultado de los mismos. Ahora bien, cabe inquirir ¿el resultado de la muerte violenta de la víctima se debió a la acción del procesado, o a las enfermedades previas como hipertensión o diabetes que ha argumentado la defensa? Y, ¿la muerte por paro cardiorrespiratorio descarta que la muerte se haya producido por trauma cráneo encefálico? Tenemos como hecho cierto que los golpes dados por el procesado al ahora fallecido le produjeron hematomas a nivel interno en su cráneo, y la acusación particular y la Fiscalía han sostenido que esas lesiones han producido la muerte, aún con posterioridad; y, la defensa ha manifestado que esos golpes no han producido la muerte, sino que esta sobrevino por paro cardiorrespiratorio relacionado con las enfermedades que tenía el ahora occiso. El traumatismo craneoencefálico deviene por consecuencia de una fuerza traumática externa ejercida sobre el cráneo que produce un daño físico al encéfalo ocasionando la alteración en la función neurológica u otra patología de índole cerebral. Dentro de estos traumatismos, los hematomas intracraneales se clasifican de acuerdo a su localización en epidurales, subdurales e intraparenquimales. Los hematomas epidurales son aquellos que se localizan entre la lámina interna craneal y la duramadre y están asociados con fracturas de cráneo y ruptura de la arteria meníngea media o sus ramas. Este tipo de hematomas son más comunes en las regiones parietales y temporales y son raros en las regiones frontales y occipitales. Los hematomas subdurales se encuentran entre la cara interna de la duramadre y la superficie cerebral y se clasifican en agudos, subagudos o crónicos dependiendo de su aparición y duración, así: los hematomas subdurales agudos se observan a los pocos días de la lesión y en una tomografía axial computarizada su aspecto es de manchas con color blanco brillante; los hematomas subdurales subagudos se observan dentro de las primeras semanas de la lesión y su aspecto es isodenso con relación al tejido cerebral, y usualmente se pueden confundir e incluso pasar inadvertidos; los hematomas subdurales crónicos se producen entre semanas y meses después de la lesión teniendo aspecto hipodenso con relación al tejido cerebral. Existen además los hematomas intraparenquimales que se encuentran inmersos en la sustancia cerebral y tienden a ocurrir en traumatismos cráneo encefálicos graves preferentemente sobre los lóbulos frontales y temporales y se asocian con contusiones del tejido cerebral adyacente. Las hemorragias subaracnoideas son comunes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

después de un traumatismo cráneo encefálico grave y no producen efecto de masa o hematoma pudiendo estar asociadas con vasoespasmo postraumático. Entonces, vemos que las complicaciones provenientes de un traumatismo cráneo encefálico no necesariamente tienen una inmediatez temporal sino que sus efectos pueden presentarse hasta meses después. En cuanto al paro cardiorrespiratorio, consiste en la cesación de la respiración y del latido cardíaco en una persona, pudiendo darse por múltiples causas, entre estas el trauma cráneo encefálico que provoque una inadecuada o inexistente actividad cerebral lo que devendrá en dicho cese de función cardiorrespiratoria y, por ende, en la muerte. O, dicho en otras palabras, la generalidad de las muertes se producen por un paro cardiorrespiratorio como por ejemplo en un accidente de tránsito, los golpes inferidos pueden provocar hemorragia interna a la víctima provocando la muerte violenta por paro cardiorrespiratorio; si se dispara a una persona afectando gravemente sus órganos vitales como hígado, pulmones, o corazón, su muerte violenta se producirá clínicamente por paro cardiorrespiratorio. Por lo tanto, un traumatismo cráneo encefálico que genere un hematoma interno puede constituir etiopatogenia de un paro cardiorrespiratorio. Entonces, quedan absueltas ambas interrogantes determinándose que efectivamente, la acción violenta y consciente del procesado en cuanto golpear a la víctima por reiteradas ocasiones produjo un cuadro clínico que, sin requerir inmediatez, provocó la muerte violenta del ahora occiso. El homicidio por principio es un delito de resultado y la condición para establecer una sanción a un agente es determinar si dicho agente es responsable de la afectación al bien jurídico protegido. Dentro del comportamiento de un sujeto activo se ubica si ha trasgredido el denominado riesgo permitido, y en este caso, siendo el procesado una persona de 19 años, quien ha golpeado estando en el piso a otra persona de más de 60 años, con una evidente desventaja en cuanto a la fortaleza física y que dichos golpes fueron propiciados por más de una ocasión, efectivamente se ha trasgredido deliberadamente ese margen. Debemos comprender dentro del caso que nos ocupa, que el resultado lesivo producido pudo ser previsto, pudo ser evitado por el agente pero no lo fue y su acción (golpear) se produjo por más de una ocasión, cuando su víctima se encontraba en estado de indefensión circunstancial (yacía en el piso) más allá de la indefensión real (desventaja física) entonces este sujeto activo es merecedor de sanción por el Derecho Penal puesto que su comportamiento intencional lesionó un bien jurídico protegido: la integridad física, la vida. En cuanto a la argumentación de la acusación particular en cuanto que el procesado ha actuado con una adecuación conductual del Art. 450, numerales 1 y 4 del Código Penal, tenemos que dicho articulado ubica en dichos numerales el actuar con alevosía y con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; la alevosía se define como "Traición o perfidia. Según el Código Penal español: Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.", según cita Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, de lo cual se desprende que la alevosía es precisamente actuar sobre seguro que el ataque que se infiere no será repelido, y aquello ocurrió cuando el procesado, ya en ventaja natural, habiendo golpeado a la víctima, siguió haciéndolo cuando ésta se encontraba en el suelo, en estado de indefensión, sin opción a oponer resistencia. El ensañamiento, el mismo texto jurídico citado, lo define como "...Circunstancia agravante de la responsabilidad penal, que consiste en aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución..." y, efectivamente, el actuar del procesado causó un aumento deliberado e innecesario en el dolor del ofendido, lo que se aprecia de los resultantes físicos de la infracción. Debiendo este Tribunal de Alzada analizar si la actividad probatoria producida guarda correspondencia con el pronunciamiento jurisdiccional recurrido, para hacerlo recordamos que la apelación es el "…Acudimiento a algo o alguien para obtener una pretensión o para modificar un estado de las cosas. Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocación o cambio. Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal eleva a una autoridad orgánica superior, para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada…" según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas de Torres. Se entiende diáfanamente que, para ser procedente una apelación,

debe encontrar el Tribunal de Alzada motivo suficiente para considerar que el pronunciamiento de primer nivel no se atiene a la realidad procesal, ha existido una inadecuada apreciación probatoria o uno o más errores en aquel que obliga a, actuando en Justicia, modificar o revocar dicho pronunciamiento. Al momento de analizar las pruebas practicadas en el juicio, debemos tomar en cuenta que dentro de las obligaciones básicas de los jueces, "... Junto a la obligación de dictar decisiones que resuelven los litigios y a la de formular decisiones que, además de resolver los litigios, sean conformes al derecho, los jueces tienen una tercera obligación básica, impuesta por los ordenamientos jurídicos actuales. Se trata de la obligación de motivar las decisiones que dicen, en especial, las decisiones contenidas en las Sentencias..." tal como refiere el autor Rafael Hernández Marín en su obra "Las obligaciones básicas de los jueces" y concordando con lo afirmado en cuanto la necesidad de motivar las decisiones es intrínseca a la obligación de decidir sobre la situación en controversia, bajo la invariable premisa que esas decisiones sean ajustada a la realidad del caso concreto y a su aplicación normativa, y este requisito de motivación es propio de la evolución del Derecho Moderno que lo ubica, en nuestra legislación, al rango de norma constitucional de suprema jerarquía, de aplicación directa, inmediata y general, siendo inadmisible una decisión judicial carente de motivación. Entonces, la motivación tiene como requisito fundamental el conocimiento efectivo de los hechos que constituyen la particularidad del caso, y los medios que nos acercan a esa verdad histórica que permitirá formular el pronunciamiento más apropiado para aquella, siendo esos medios precisamente las pruebas y su análisis y valoración el puente para alcanzar ese pronunciamiento. ¿Cómo puede el juez valorar adecuadamente la prueba obtenida sí, no puede separarse de su subjetividad particular? Para ello encontramos un camino básico que está directamente ceñido a la racionalidad en la valoración de la prueba, toda vez que "...La justicia del veredicto en un proceso judicial depende de una adecuada investigación de los hechos. Esta última, a su vez, depende de la habilidad del juzgador para determinar si la parte que soporta la carga de la prueba ha producido las pruebas necesarias para demostrar lo que debe probar al nivel de suficiencia exigido por el estándar aplicable...", estas palabras de Larry Laudan contenidas en el prólogo de la obra "La valoración racional de la prueba" del autor Jordi Ferrer Beltrán nos dan un parámetro sobre cómo el juez debe dar a la prueba su valor, cuando ubica los términos necesarias y suficiencia, es decir, el análisis y la evaluación de la actividad probatoria debe regirse por la pertinencia de la misma al caso concreto; y, determinada aquella, cuán suficiente es para probar lo afirmado; o, en otras palabras el análisis cualitativo de la prueba por encima de su aspecto cuantitativo. El mismo Ferrer en su citaba obra señala "...la decisión que debe adoptar el juez o tribunal acerca de los hechos probados no es enteramente libre. El derecho lo somete a una serie de reglas que regulan tanto la decisión final, en algunos casos, como el proceso por el que puede llegarse a esa decisión. En particular, creo que pueden identificarse fundamentalmente tres tipos de reglas sobre la prueba, en función del objeto sobre el que versan: a) las reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba y c) reglas sobre el resultado probatorio...", y adicionando en esa senda de razonamiento, Santiago Sentis Melendo, en su obra "La prueba" manifiesta "...Las pruebas practicadas hay que valorarlas o apreciarlas. Cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar el precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente. Lo que importa es tener bien clara, conceptualmente, la gravedad del problema de la valoración dentro del proceso. Naturalmente, siempre que no se olvide que tal valoración sólo podrá realizarse correctamente si han transcurrido bien las etapas o los momentos anteriores del desarrollo del proceso. Un juez no podrá valorar correctamente una prueba que no ha llegado con toda corrección al proceso. Lo que un autor dice con referencia a juez de instrucción en lo penal, tiene aplicación a todos los jueces, también a los de sentencia, de todos los fueros: deben tener una cultura general, no sólo jurídica, que les permita dominar la realización de la prueba; y la deben poseer ya al ocupar el sitial. Sólo así será posible la asimilación de la prueba en forma que permita su valoración: una asimilación no prematura, que evite los prejuicios; pero práctica, asunción, asimilación, deben tener lugar científicamente para que lo sea también la valoración...". El Tribunal tomar una decisión que sea lo más próxima a la verdad procesal en relación a la verdad histórica y, por supuesto, lo más apegada a la justicia, apreciando la prueba en su conjunto y bajo parámetros que ya hemos señalado, puesto que no solamente el juez puede acogerse a su albedrío, ni aún a la sana

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

crítica, entendida como la "Fórmula equilibrada de armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón a que entrega el legislador español, ante los riesgos de la prueba tasada, la apreciación de las probanzas judiciales: salvo aquellos supuestos (presunciones 'juris et de jure', prohibición probatoria o eficacia del juramento) en que el juzgador no puede modificar la situación establecida o creada. Aunque la ambigüedad de la sana crítica no puede objetarse, no es sino consecuencia de las facultades flexibles que entraña.", según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas de Torres. Añade citando a Ossorio y Florit que, frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica, que deja al juez formar libremente su convicción pero obligándolo a establecer los fundamentos de ésta. En la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado. A este respecto, expresa Couture que el juicio de valor de la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad. Entonces, ¿cómo puede arribarse a la certeza para un pronunciamiento fundado cuando existen, como en este caso, teorías contrapuestas? ¿Bajo qué mecanismo se otorga una respuesta fundada y justa? Entramos para ello a configurar la decisión más allá de toda duda razonable, principio generado por el Juez Brennan dentro de la sentencia Winship, como así refiere Donald Dripps en su obra "The constitutional status of the reasonable doubt rule", así no puede atribuirse responsabilidad por un delito sin llegar a la convicción de que la sentencia se ha de basar en un grado de certeza, y actualmente, dentro de la jurisprudencia norteamericana se ha avanzado en la aplicación de la regla de decisión más allá de toda duda razonable, a que no sólo es el Estado quien debe probar la culpabilidad bajo ese parámetro, sino que el abogado defensor debe practicar la prueba que sustente sus alegaciones, sea ésta de legítima de defensa, insuperable coacción ajena, inimputabilidad, o error a título de justificación o exculpación afirmativa, cuando existan dudas sobre la forma de comisión del delito que impliquen exclusión de responsabilidad, como señalan Bárbara Underwood y Scoott Sundby en su obra "Burden of Proof". Como ya hemos manifestado, la verdad procesal es una aproximación a la verdad histórica, que no podrá ser nunca total, pero dentro de la relación de verdad y probabilidad, el derecho posee los "...modelos lógicos de razonamiento que pueden ser usados como medios para racionalizar las inferencias en situaciones en las cuales la fiabilidad de una hipótesis fáctica necesita ser comprobada sobre la base de algunos medios de prueba. Desde esta perspectiva, la cuestión principal es determinar qué inferencias pueden realizarse a partir de los medios de prueba relevantes, y cómo éstos sustentan las inferencias que conducen a conclusiones acerca de un hecho controvertido..." según aporta doctrinariamente Michele Taruffo en su obra "La prueba". Bajo estos parámetros, queda establecido para este Tribunal de segunda instancia que, efectivamente el domingo 27 de febrero de 2011, aproximadamente a las 20h00, en el cantón Babahoyo, en las calles García Moreno y Juan X Marcos el ahora occiso Jorge Eduardo Gómez Rosero fue golpeado, sin mediar motivo, más que la negativa de venta de una bebida alcohólica que estaba precisamente prohibida en ese día de la semana, por parte del procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, lesiones graves comprobadas pericialmente y que le han provocado la muerte por las complicaciones sobrevinientes días después, pues dichas lesiones fueron a nivel cerebral, situación que no guarda relación con las condiciones clínicas previas del ahora fallecido. Claros con que el juez de un juez es su conciencia y que la imagen de la justicia está con una venda en los ojos, porque precisamente no ve a quien se aplica, sino que simplemente se aplica, este Tribunal estima que, las exposiciones de los sujetos procesales han permitido considerar que la Fiscalía ha ubicado el delito como un homicidio preterintencional, pero sin la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el Art. 450 del Código Penal; que la defensa ha posicionado su teoría en la inocencia del procesado, fundándose en que éste no ha actuado bajo voluntad y consciencia dada su ingesta alcohólica, situación que ha sido analizada y desvirtuada; la falta de inmediatez respecto de las lesiones y la muerte violenta, lo cual también ha sido descartado clínicamente; y, por cuanto la causa de la muerte corresponde a un paro cardiorrespiratorio, situación que se ha analizado responde entre una de sus posibles causas precisamente a un traumatismo cráneo encefálico, más aún cuando los médicos citados como testigos de descargo indicaron que sus manifestaciones testimoniales sobre lo actuado en la

atención al ahora occiso no podían refutar pericialmente el informe de la necropsia practicada; y, la acusación particular ha indicado que por la actividad probatoria cumplida en la audiencia de juicio estamos ante un caso de homicidio preterintencional contemplado en el Art. 455 del Código Penal, pero con las agravantes 1ª y 4ª del Art. 450 ibídem. El art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, que es la normativa pertinente y aplicable para esta causa, manifiesta que la sentencia debe ser motivada confirmando la culpabilidad o la inocencia del procesado, a lo cual el Tribunal de Garantías Penales debería tener la certeza considerando, comprobada la existencia del delito y una vez comprobada esta que el procesado es responsable del mismo. Respecto al cuestionamiento de la defensa sobre el protocolo de la autopsia, en cuanto a la presencia de la vesícula en el informe que da el médico legista, esto es el perito designado por la Fiscalía, el doctor Armando Romero Rivera, efectivamente existe una discordancia en ese punto de la historia clínica y la autopsia médico legal pero es obligación del Tribunal valorar las pruebas aportadas en su contexto, es decir no acoger una parte y desechar otra porque fuera conveniente o no, dada la imparcialidad de este Tribunal y el contenido de la autopsia y la fotografía que se encuentra adjunta a la misma y que se encuentra incorporada en los anexos, efectivamente cuando se produce un corte a una cavidad sea craneal, torácica o abdominal va a existir sangrado como dijo el abogado de la defensa, pero el sangrado que se encuentra al nivel del cerebro del fallecido, no es el sangrado propio de un corte, el sangrado que se produce al efectuar el corte en las cavidades no corresponde con el sangrado que se observa en la foto, es decir que este sangrado que observamos en la fotografía a nivel del cerebro es un sangrado proveniente de las lesiones inferidas, lo manifestado por el médico legista, que todos los cuerpos relacionados con la cavidad craneal, no podría ser en ningún caso producto de un corte propio de la autopsia, quedando descartada la aseveración de la defensa en base de lo que aquí se ha manifestado, obviamente la defensa ejerce su derecho al tratar de fundamentar su teoría y lo hace en una forma profesional y en una forma justa, pero el Tribunal debe basarse en lo que existe en el proceso, en lo que nos reza la sana crítica y lo que se ha establecido en forma fehaciente en la etapa probatoria, efectivamente de la historia clínica del IESS habla de una historia breve y de hallazgos físicos, manifestaciones clínicas que no pueden descartar lo que se encontró en la autopsia, más bien este Tribunal considera que se complementa con aquella.- **QUINTO: PRONUNCIAMIENTO.-** De lo expuesto y analizado, atendiendo a la Constitución de la República en su Art. 76, numeral 1 que indica "…Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes..." El Art. 11 del mismo cuerpo legal señala "…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…" El Art. 75 constitucional refiere "… 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…" habiendo alcanzado la certeza más allá de toda duda razonable en el sentido que el procesado ha incurrido en un comportamiento que adecua su conducta a la tipificada en el Art. 455 segundo inciso con las circunstancias 1ª y 4ª del Art. 450, todos del Código Penal en concordancia con el Art. 42 ibídem, aplicable a Jorge Eduardo Jarrín Díaz en el grado de autor; se estiman cumplidos los requerimientos procesales establecidos en los Arts. 79, 83, 86, 88 y 250 del Código de Procedimiento Penal; esta Sala, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no acoge la apelación interpuesta por la Fiscalía como tampoco acoge la apelación interpuesta por la defensa del procesado; acoge la apelación interpuesta por la acusación particular y reforma la sentencia subida en grado indicando que la existencia de la infracción se encuentra verificada y no ha sido objeto de discusión en esta audiencia, más en cuanto a la responsabilidad del procesado es conforme se deja señalado, declarando a JORGE EDUARDO JARRÍN DÍAZ, ecuatoriano, estudiante, con cédula de identidad xx, de 22 años de edad, domiciliado en el cantón Babahoyo, como AUTOR responsable del delito de Homicidio Preterintencional según la norma invocada e imponiéndole la pena de NUEVE AÑOS de reclusión menor. En atención a lo estipulado en el Art. 60 del Código Penal, se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

suspenden los derechos de ciudadanía del sentenciado por un tiempo igual al de la condena. Se consideran debidas las actuaciones del Agente Fiscal y de los Defensores en esta instancia. Ejecutoriada que fuere la presente sentencia, remítase al Tribunal en mención, para los fines legales pertinentes.- **Notifíquese y Cúmplase.-**

f) Dr. Gaibor Gaibor Adolfo Richart JUEZ PROVINCIAL; Dr. Lino Tumbaco Ramos Alberto JUEZ PROVINCIAL.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 055-2013

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 15 de julio de 2015.- Las 09h20.-

VISTOS: Avoca conocimiento de la presente causa el Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional, una vez concluida la licencia que le fue concedida, de conformidad con el Oficio No. 306-SG-CNJ-IJ, de 26 de febrero de 2015, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Agréguese al proceso los escritos presentados por Jorge Eduardo Jarrín Díaz, el 08 de abril de 2015, en el que designa a la doctora Lolita Montoya, Defensora Pública, como su nueva abogada; téngase en cuenta los casilleros judiciales y correos electrónicos que señala para futuras notificaciones. Y, el escrito presentado por Dalila Gómez Alvarado, de 02 de julio de 2015; confiérase, a costa de la peticionaria, las copias certificadas que solicita de la presente providencia, una vez que haya sido debidamente notificada con la misma, en el casillero judicial o correo electrónico señalados para el efecto.

I. ANTECEDENTES.-

1.1 El procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, interpone, oportunamente, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, el 24 de diciembre de 2014, las 11h22, que resolvió desechar los recursos de apelación interpuestos por la defensa del procesado y la Fiscalía; y, acoger la apelación interpuesta por la acusación particular, reformando la sentencia subida en grado, en cuanto a la responsabilidad del procesado, declarando a Jorge Eduardo Jarrín Díaz, culpable, en el grado de autor, del delito de homicidio preterintencional tipificado y reprimido en el artículo 455, inciso segundo del Código Penal, con las circunstancias del artículo 450.4 ibídem, por lo que le impone la pena de NUEVE AÑOS de reclusión menor[1].

1.2 Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la resolución por escrito, para hacerlo se considera:

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.-

2.1 De conformidad con las resoluciones No. 02-2014 y No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015, el presente Tribunal de Casación, está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial[2]; los doctores Vicente Robalino Villafuerte y Jorge M. Blum Carcelén, Jueces Nacionales.

2.2 La Jueza y Jueces Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por 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; 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de

[1] Expediente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, fs. 162-182

[2] Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

agosto de 2014; y, de conformidad a las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

III. DEL TRÁMITE.-

3.1 Por la fecha en que se ha presentado el recurso de casación corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal[3], publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

IV. VALIDEZ PROCESAL.-

4.1 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, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

V. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

5.1 Jorge Eduardo Jarrín Díaz[4]

El abogado Edy Jadan Sarango, defensor del procesado y recurrente, fundamenta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- No existe nexo causal entre los actos realizados por el procesado y el homicidio preterintencional. El señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, no muere por los golpes propinados por el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz, sino como consecuencia de un infarto al miocardio. Así lo certifica el hospital del IESS de Babahoyo, que prescribe que el occiso sólo tenía un hematoma agudo, el cual cabe mencionar, le habría permitido vivir de dos a cinco días, pero el señor muere después de 25 días por otras circunstancias ajenas al hecho, como son la hipertensión de las arterias coronarias y no por un trauma craneal, tal como lo manifiesta el perito.
- Con relación a la muerte de la víctima, el informe realizado por el hospital del IESS de Babahoyo, estableció que el paciente murió por un infarto en la cara inferior del miocardio, es decir, por una obstrucción a las arterias; mientras que el señor perito, en su informe, señala que realizó la autopsia y abrió las cavidades craneal, pélvica y torácica, pero no revisó el corazón para determinar el infarto del miocardio, por lo que se puede establecer que existe una contradicción entre el informe entregado por el hospital del IESS y el informe realizado por el perito.
- El procesado le propinó golpes al señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, motivo por el cual fue ingresado al hospital del IESS de Babahoyo, manteniéndole en observación por 5 días, luego de lo cual lo transfieren al hospital de Guayaquil, donde determinan que tienen un hematoma en la cabeza, pero al percatarse que estaba estable y sin complicaciones en su salud le dan el alta y a los 20 días el señor regresa al hospital del IESS de Babahoyo, por una dolencia en el pecho, falleciendo por un infarto al miocardio.
- Al momento de emitir sus sentencias, los tribunales de instancia, no tomaron en cuenta las atenuantes que se encuentran en las fojas 781 y 788, relativos a los antecedentes penales y certificados de honorabilidad, en tal virtud, vulneraron el artículo 75 de la Constitución de la República, referente a la tutela judicial efectiva.
- Se vulneró el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, que establece la sana crítica del juzgador para poder motivar la responsabilidad del señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz.
- Solicita que se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia del procesado.

[3] Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

[4] Expediente de la Corte Nacional de Justicia, Acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 40 vta.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

5.2 Dalila Geoconda Gómez Alvarado, acusadora particular[5]

El abogado Vicente Olmedo Vanegas, contesta la fundamentación del recurrente, señalando:

- En el protocolo de autopsia, se puede constatar la causa de muerte de la víctima, que según lo manifestado por el perito, fue la siguiente: *"... la dura madre se encuentra congestiva hemorrágica, además que las leptomeninges -término que se utiliza para las dos meninges- más presencia de coágulos sanguíneos en cavidad externa, en región fronto parieto temporal, en cavidad interna ósea, del lado izquierdo meninges totalmente hemorrágicas congestivas, más presencia de coágulos sanguíneos impregnados en las tablas óseas, de la región fronto parieto temporal, lado izquierdo interno."*
- El corazón necesita de energía para funcionar y en el presente caso, este órgano se paralizó por efecto del trauma craneal, resultado de las lesiones en la parte epidural y subdural. De tal forma que la muerte de la víctima se produjo por las lesiones ocasionadas por el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz, al propinarle golpes y patadas en la cabeza al señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, mientras se encontraba en el suelo.

5.3 Fiscalía General del Estado[6]

El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado, respecto a la fundamentación expuesta por el recurrente, en lo principal manifiesta que:

- El recurso de casación es un recurso extraordinario y la fundamentación del casacionista debe referirse a las supuestas violaciones a la ley en la sentencia emitida por el juzgador de instancia, debiendo, dichas violaciones, encuadrarse a alguna de las circunstancias contenidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- El abogado del recurrente ha basado su fundamentación en las causales de indebida aplicación y errónea interpretación de los artículos 455 y 450.1.4, del Código Penal, pero no se indica en forma exacta, en qué parte de la sentencia el juzgador de instancia ha violado la ley y lo único que ha pretendido es que se revalore la prueba, lo cual se encuentra prohibido conforme lo dispone el inciso final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- De lo expuesto por el recurrente, no se establece fundamentación alguna que determine que exista, en la sentencia impugnada, vulneración al derecho constitucional de seguridad jurídica.
- Está justificada tanto la materialidad como la responsabilidad del procesado, por cuanto en el informe pericial se establece que el señor Jorge Eduardo Gómez Rosero, muere por traumatismo cráneo encefálico; y, la culpabilidad queda comprobada por los golpes que le propicia el señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz al hoy occiso.
- No se ha vulnerado el artículo 75 de la Constitución de la República, por cuanto el recurrente ha tenido la oportunidad de contar con un abogado defensor y además se ha respetado el debido proceso. Lo mismo ocurre con la supuesta violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, ya que la sana crítica permite al juez determinar la responsabilidad del procesado, en virtud de las pruebas aportadas.
- Solicita se rechace el recurso de casación interpuesto por cuanto no existe violación a la ley en la sentencia.

VI. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-

6.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: *"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."*

6.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *"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".*

[5] Ibíd., f. 41
[6] Ibíd., f. 41, 41 vta.

6.3 La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEPCC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: *"La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (…) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad"*

6.4 El Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 09 de agosto de 2014, aplicable al presente caso, en el artículo 349 establece: *"Causales.- 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 por errónea interpretación.*

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.". Por su parte, el artículo 324 del Código Adjetivo Penal, consagra el principio de legalidad de los recursos, en virtud del cual, "las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código."

6.5 En este contexto, cabe indicar, que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, *"La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"*[7] *o como lo sostiene Luis Tolosa Villabona, la casación solo, "se puede formular por causales precisas previstas en la ley de forma expresa*[8]*".*

6.6 En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la decisión del caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador, aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal[9].

6.7 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que "*Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada*[10]*".*

6.8 La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013, dentro del caso 1647-11-EP, determinó que: *"...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*

[7] Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67

[8] Luis Armando Tolosa Villabona, "Teoría y Técnica de la Casación", Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, 2005, p. 112

[9] Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuasés.

[10] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014 que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

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 (...)"

6.9 En concordancia con la jurisprudencia señalada, varios doctrinarios se han ocupado de definir al recurso de casación, en similares términos, así, respecto a la naturaleza y alcance del recurso de casación, Luis Cueva Carrión señala que: *"...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."*[11]. Fernando de la Rúa, precisa que: "es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica"[12], mientras que, Fabio Calderón Botero, expresa 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 objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido"[13] y también señala, parafraseando a Piero Calamendrei que: "La casación no puede ser atendida sino por un tribunal especializado, y no implica una tercera instancia; es una prolongación extraordinaria del juicio para intentar el quebrantamiento del fallo, y no se basa sobre el derecho a obtener una nueva instancia, sino sobre el derecho a conseguir la anulación de una sentencia por determinados vicios inherentes a ella[14]."

6.10 De los criterios jurídicos antes expuestos, se colige, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal – contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, son solo estos errores *"in iudicando"*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación, sin que tenga competencia, para resolver y pronunciarse sobre otros errores, relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores "*in procedendo*", los cuales tienen una vía de impugnación distinta a la de casación, esto es, nulidad y apelación, y más aún cuando, en el actual sistema procesal penal, previo a interponerse el recurso de casación, inexorablemente debió haberse agotado el recurso de apelación –segunda instancia-, ergo, existe ya un pronunciamiento, sobre aspectos relativos a errores en el proceso penal, y sobre los cuales no cabe volver, al encontrarse ya precluida dicha etapa procesal. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. De ahí que, toda alegación tendiente a demostrar errores "*in procedendo*" o pedidos relativos a una nueva valoración del acervo probatorio, resultan improcedentes en casación.

VII. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

7.1 Para que el recurso de casación, que es de carácter extraordinario, sea declarado procedente, requiere que el casacionista cumpla en su fundamentación, de manera irrestricta, con todos los elementos exigidos legalmente. *"La casación es un recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias que exige la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún el rechazo in limine del correspondiente libelo*[15]*."*

Por otra parte, la tecnicidad que caracteriza al recurso de casación, impone sobre el recurrente la necesidad de establecer la causal por la que se ha violado la ley en la sentencia; criterio que ha sido ratificado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes términos:

"Por el principio dispositivo, establecido en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido

---

[11] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146
[12] Fernando de la Rua, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalía Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 1968. p. 20
[13] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en materia penal, Segunda edición, Ediciones librería del profesional, Bogotá, p. 2
[14] Ibíd., p. 4
[15] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 71

el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial[16]*."*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es procedente *"cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación".* Al ser la casación un recurso extraordinario, que requiere una motivación técnica en su interposición, el recurrente debe señalar qué norma ha sido violada y encuadrar dicha violación en alguna de las tres causales previstas en el artículo *ejusdem,* por lo que es obligación del recurrente establecer con exactitud si en la sentencia impugnada se produjo una violación a la ley por: **a)** contravención expresa de su texto; **b)** indebida aplicación; o, **c)** errónea interpretación.

Siendo que cada una de ellas se configura con elementos específicos, el casacionista debe clarificar en su exposición en qué tipo de violación a la ley ha incurrido el Tribunal de Apelación. No es procedente, por tanto, acusar la violación, por las tres causales simultáneamente, de una norma jurídica invocada en la sentencia. Por ejemplo, indebida aplicación y errónea interpretación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; ni puede, así mismo, exhortar una causal diversa de las expresamente señaladas por la ley.

En el caso *sub iúdice,* el abogado defensor de los procesados y casacionistas, alegó, en la audiencia de fundamentación del recurso, que: *"...Se vulneró el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, que establece la sana crítica del juzgador..."*. Se advierte que el cargo acusado por la defensa técnica del casacionista no es idóneo para acreditar la violación de la ley en la sentencia, debido a que no se ha precisado: **a)** La parte del fallo recurrido en el que se observe el error *in iudicando*; **b)** En cuál de las tres causales, que admiten la procedencia del recurso, han incurrido los jueces de apelación, y la influencia de tal error en la decisión final; tal como le correspondía por imperativo legal, en aras de que el recurso interpuesto, sea admitido. Consecuentemente, esta alegación del casacionista es insuficiente para establecer un error de derecho en la sentencia impugnada.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Nacional ha señalado que: *"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*[17]*."*

7.2 Con relación a la solicitud del recurrente, dirigida a que el Tribunal de Casación contraste los informes médico-legales de los peritos médicos que efectuaron la autopsia al occiso, es necesario aclarar, que de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 349 del Código Adjetivo Penal, en la sustanciación del recurso de casación, el Tribunal, está impedido de admitir los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba. Nuevamente, el carácter extraordinario del recurso de casación, fija los límites para la actuación de este Tribunal de Casación, prohibiéndole de manera expresa volver a valorar la prueba, ejercicio procesal que corresponde a los órganos jurisdiccionales de instancia.

En ese orden de ideas, está vetado a este Tribunal revisar las piezas procesales que contienen el acervo probatorio que ya fueron analizadas por el tribunal de apelación, ya que esta actividad intelectiva le está reservada únicamente a los jueces que sustancian la etapa de juicio y de apelación; y, era justamente en ese momento procesal, en el que el recurrente podía impugnar la prueba de cargo introducida en el juicio.

7.3 Finalmente, en cuanto a la aplicación de atenuantes, de conformidad con el artículo 72 del Código sustantivo penal, se tiene que: *"Art. 72.-* ***Cuando haya dos o más circunstancias***

[16] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Recurso de Casación, juicio No. 0311-2013-VR, el ciudadano Carlos Lautaro Torres Noboa contra la ciudadana Martha Cecilia Espín Maya y el ciudadano Lars Jorgen Krarup, de 8 de mayo de 2014. Las 09h00.

[17] Gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII. No. 1, p. 186.

atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, *las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera"* [El sombreado no pertenece al texto].

Se ha probado dentro de la causa, que en el cometimiento de este delito, el sujeto activo adecuó su conducta con las circunstancias 1 y 4 del artículo 450 del Código Penal[18]. Por tanto, cuando concurren estas agravantes no constitutivas de la infracción, no es posible aplicar atenuantes a la pena que corresponde al justiciable, de conformidad con lo que señala el artículo 72 del Código Penal, antes citado.

7.4 Una vez resueltas las alegaciones del recurrente, las que son todas, improcedentes, conviene precisar que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Tribunal de Casación, a casar de oficio la sentencia objetada, en concordancia con el principio *Iura Novit Curia*, consagrado en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional[19], y en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresamente señala: *"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. 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. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos"*.

En este contexto, el Tribunal de Casación, procede a analizar la sentencia impugnada, para garantizar que la sentencia no adolezca de yerros de derecho.

En la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, los hechos que constan como probados, son los siguientes:

- La infracción fue cometida el domingo 27 de febrero del 2011, aproximadamente a las 20h30, en las calles Eloy Alfaro entre las calles García Moreno y Juan X Marcos, de la ciudad de Babahoyo.
- En el lugar, fecha y hora indicadas, el señor Jorge Eduardo Rosero, de 64 años de edad, se encontraba sentado en las afueras de su negocio (una pequeña tienda de abastos), jugando naipe con los señores Alfredo Castro, Marcos Zurita, Clotilde Castillo y José Chuma, entre otros.
- En estas circunstancias, acude al negocio del señor Jorge Eduardo Rosero, el procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, quien molesto (porque a su hermano, más temprano ese día, no se le fiaron dos jabas de cerveza) y, encontrándose en estado etílico, se dirigió directamente al señor Jorge Eduardo Rosero para atacarle, propinándole puñetazos en el rostro que llevaron a la víctima a caer al suelo, seminconsciente, donde continuó agrediéndole con puntapiés y golpes en la cabeza, dejándolo ensangrentado.
- El 24 de marzo del 2011, fallece el señor Jorge Eduardo Rosero. La causa de la muerte, conforme se desprende del informe pericial suscrito por el doctor Arnoldo Romero Rivera, médico legista, fueron los golpes y puntapiés que el procesado y hoy recurrente descargó sobre la víctima y que le produjeron un grave trauma en el cráneo encefálico.

Acaecida la muerte de la víctima, señor Jorge Eduardo Rosero, el bien jurídicamente lesionado es la vida, por tanto, según los elementos subjetivos que concurrieron en la conducta penalmente reprochable, el sujeto activo pudo haber incurrido en un delito de homicidio culposo, homicidio simple, homicidio preterintencional o un asesinato,

[18] Artículo 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;
4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;

[19] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4: "Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: (…) 13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional."

tipificados en los artículos 459[20], 449[21], 455[22] y 450[23], del Código Penal, respectivamente.

Como los golpes y patadas que el procesado señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz, los efectuó contra la persona de Jorge Eduardo Rosero, con la clara intención de causarle daño, sus acciones deben ser calificadas como dolosas, lo que descarta el cometimiento de un delito homicidio no intencional o culposo, tipo penal que se materializa al concurrir la impericia, la imprudencia, la negligencia o la inobservancia de la ley[24]. Ahora, determinada la infracción como dolosa, se debe esclarecer si la conducta del procesado se subsume a un delito intencional o uno preterintencional.

Cuando el casacionista señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz atacó a la víctima, lo hizo con una fuerza desproporcionada a aquella requerida para producir únicamente lesiones o discapacidad temporal; esto debido a que, mientras el procesado tiene 22 años de edad, el ofendido y hoy occiso contaba, a la fecha de ocurridos los hechos, con 64 años. Además, una vez que señor Jorge Eduardo Rosero cayó al suelo perdiendo la conciencia, el agresor pudo detener las injurias físicas que irrogaba a la víctima (si su intención era la de producir lesiones), sin embargo, continuó innecesariamente con la agresión, puesto que el ofendido en ningún momento ofreció resistencia o contestó las agresiones.

La sección anatómica que el procesado señor Jorge Eduardo Jarrín Díaz seleccionó para atacar al señor Jorge Eduardo Rosero, también da cuenta de una intención que supera la de simplemente lesionar, puesto que, los golpes y los puntapiés se direccionaron a la cabeza de la víctima, la cual recibió continuadamente múltiples contusiones, de la que no podría esperarse otro resultado que no fuera la muerte. Por la fuerza desproporcionada usada en el ataque a la víctima, dirigida a un órgano considerado vital en la anatomía del ser humano, se concluye que la intención del recurrente era darle la muerte al señor Jorge Eduardo Rosero, lo que constituye un delito de homicidio simple,

[20] Artículo 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.

[21] Artículo 449.- 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.

[22] Artículo 455.- Cuando las heridas o golpes, dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor.
Será reprimido con reclusión menor de seis a nueve años, si ha cometido estos actos de violencia con alguna de las circunstancias detalladas en el Art. 450.

[23] Artículo 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, 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.

[24] Código Penal, artículo 14.- La infracción es dolosa o culposa.
La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y;
Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.
La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.

correspondiendo aplicar la presunción del artículo 448 del Código Penal[25].

"El homicidio simple se caracteriza por la agresión con lesiones en partes vitales de la víctima que denotan la intención de causarle la muerte. El homicidio preterintencional se caracteriza por lesiones menores a la víctima, sin ánimo de causar la muerte, pero que de hecho fallece como consecuencia de ellas[26]".

En el caso *sub júdice*, el resultado (dar muerte), se presentó en un lapso de tiempo relativamente largo; sin embargo, esto no impide que se configuren los elementos del tipo penal de homicidio simple, ya que la relación de causalidad puede ser establecida con el examen médico legal –autopsia- realizado a la víctima, mismo que revela que la causa de la muerte fueron los hematomas hallados en su cráneo, es decir, los golpes de puños y patadas, propinados por el procesado y recurrente Jorge Eduardo Jarrín Díaz. En cuanto al delito de asesinato, este no ha logrado demostrarse ya que la Fiscalía no ha probado ninguna de las causales constitutivas del artículo 450 del Código Penal.

En consecuencia, este Tribunal de Casación encuentra que en la sentencia impugnada existe, efectivamente, un error de derecho, al haberse aplicado indebidamente el artículo 455 del Código Penal, que tipifica y sanciona el delito de homicidio preterintencional, cuando lo que corresponde es aplicar el artículo 449 ibídem, que tipifica y sanciona el delito de homicidio simple.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** al tenor de los dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Eduardo Jarrín Díaz, por falta de fundamentación. Se casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, por indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal; enmendando dicho error de derecho, se declara al ciudadano Jorge Eduardo Jarrín Díaz, de conformidad con el artículo 42 del Código Penal, autor responsable del delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 449, del Código Penal, por lo que se le impone la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Sin embargo, en virtud de la prohibición del principio *NON REFORMATIO IN PEJUS*, garantizado en la Constitución de la República, en el artículo 77.14, al ser el procesado el único recurrente, **se mantiene la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, que le impuso al ciudadano Jorge Eduardo Jarrín Díaz, la pena de NUEVE AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR.** Se declara con lugar, el derecho a la reparación integral de la víctima.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL; Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc. JUEZ NACIONAL

[25] Artículo 448.- Se califican de voluntarios el homicidio, las heridas, los golpes y lesiones, mientras no se pruebe lo contrario, o conste la falta de intención por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieron.

[26] Gaceta Judicial, Año CIV. Serie XVII. No. 13, p. 4263, (Quito, resolución del recurso de casación, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Quito, enero 7 de 2003. Las 11h00.

VIII

Resolución nro. 1062-2015
Juicio nro. 17721-20140041

Juicio penal que por perjurio del Estado ecuatoriano, se siguió en contra del ciudadano Harrison Alberto Salcedo Mena

SÍNTESIS

El acusado, como persona natural, al declarar ante autoridad pública bajo juramento, faltó a sabiendas a la verdad, al manifestar que su profesión es abogado, sin serlo, como se demostró con su propio testimonio, en el que dijo que a la fecha de su testimonio constaba en su cédula, como de instrucción secundaria; además con la certificación de la SENESCYT, se constató, que NO REGISTRA TÍTULOS.- El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, por unanimidad dictó sentencia condenatoria en contra del referido procesado, en calidad de autor, responsable del delito de perjurio tipificado en el artículo 354 y sancionado en el artículo 355 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem; y, de conformidad con el artículo 80.3 del mismo cuerpo legal, le impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA, por ser reincidente. En la sentencia recurrida, luego de analizadas las actuaciones, diligencias solicitadas, dispuestas y producidas en la audiencia de juicio, mediante el sistema oral, cumpliendo los principios constitucionales de contradicción, concentración y dispositivo estipulados en el artículo 168 de la Constitución, considera que se ha probado la materialidad de la infracción como la culpabilidad del acusado.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declaró procedente el recurso propuesto y casó la sentencia recurrida, por indebida aplicación de los artículos 354, 355 y 42 del Código Penal, revoca la sentencia recurrida y ratifica el estado de inocencia del señor HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA.- El análisis doctrinario y jurisprudencial desarrollado en este punto, llevó a la conclusión de que al haber declarado el acusado, en las generales de ley, que su ocupación o profesión es la de abogado sin serlo, no se cumple con los requisitos necesarios para que constituya el delito de perjurio, ya que, además de un actuar consciente y voluntario sobre la falsedad consignada, se requiere que exista dolo, el que no ha sido acreditado en el proceso, y que su declaración se relacione con los hechos que motivaron en este caso, el juicio de divorcio por causal, convirtiéndose por tanto, en la esencia del testimonio, más no su profesión u ocupación, que en este caso no es penalmente relevante por no tener nada que ver este aspecto profesional, en el caso controvertido en el que fue a declarar como testigo.

FALLO DEL TRIBUNAL

TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 10 de octubre del 2013, las 12h02.

VISTOS: La Dra. Ángela Sarmiento, Jueza Segundo de Garantías Penales de Pichincha, en auto de 03 de febrero de 2013, las 14h05, fundamentada en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Harrison Alberto Salcedo Mena por considerarle autor del delito tipificado en el Art. 354 y sancionado en el Art. 355 del Código Penal; en dicho auto, la Jueza antes referida, dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo de la imputada Tatiana Karina Noboa Morales. El referido auto tuvo como antecedente la denuncia presentada por el señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz en contra de los señores Harrison Alberto Salcedo Mena y de su ex cónyuge señora Tatiana

Karina Noboa Morales, de la que se conoce que el 21 de marzo de 2006, a las 11h36, la denunciada ha presentado la demanda de divorcio No. 226-06-Dr. E.C., en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, en contra del señor Alfonso Reyes Cruz; la demanda la fundamentó en la supuesta existencia de la causal prevista en el numeral 3 del Art. 109 del Código Civil, en la que en forma planificada y dolosa la demandante falta a la verdad al afirmar que el domicilio del denunciante se encontraba ubicado en la calle Guanguiltagua No. 39-80, sector del Batan Alto, de esta ciudad, lugar en donde el señor Alfonso Reyes Cruz, nunca ha residido. El objetivo de la demandante era dejarle en absoluta indefensión, mientras el denunciado con buena fe y velando por el bienestar de su pequeña hija, menor de edad XX, había planteado una acción para obtener la restitución del derecho de visitar a su hija en uno de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia; el 30 de agosto de 2006, a las 17h21, el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, dictó sentencia disolviendo el vínculo matrimonial que les unía al señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz y a la señora Tatiana Karina Noboa Morales. Consumado el hecho, la señora antes mencionada le ha citado al señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz para encontrarse el día 24 de septiembre de 2006, a las 18h00, en los salones del Hotel Crown Plaza, ubicado en las avenidas Naciones Unidas y Shyris, lugar donde se han encontrado los ex cónyuges, la mencionada señora ha ido acompañada del señor Harrison Alberto Salcedo, a quien le conocía como abogado, la mencionada señora le ha informado de la disolución del vínculo matrimonial y de los alimentos que debía pasar a su hija menor, así como los gastos del trámite de divorcio, noticia que le había sorprendido, ya que en dicho trámite de divorcio se ha encontrándose con varias novedades, como el domicilio que no le correspondía, ya que el mismo le pertenecía al señor Harrison Alberto Salcedo, además dicho ciudadano, en el juicio de divorcio, al rendir su testimonio ha declarado, manifestando que es de profesión abogado; el señor Harrison Alberto Salcedo presentó el recurso de nulidad el auto de llamamiento a juicio, recurso que fue sustanciado y resuelto por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, es así que, el 10 de mayo de 2010, las 08h50, "La Sala rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el imputado Harrison Alberto Salcedo Mena por ser improcedente e infundado, razón por la cual se declara la validez de las actuaciones judiciales".- Ejecutoriado el referido auto y remitido el proceso a la Oficina de Sorteos de este Distrito Judicial, por sorteo, se radicó la competencia en este Tribunal, por lo que la Presidencia avocó conocimiento y puso en consideración de los sujetos procesales la causa para los fines legales pertinentes, luego de lo cual, se convocó a la audiencia oral, pública de juzgamiento del acusado, y habiendo llegado el indicado momento, en la forma que determina la Ley, se evacuaron las pruebas que los sujetos procesales consideraron convenientes a sus intereses y, por agotada sus tramitación, encontrándose el proceso en estado de resolver, previamente a hacerlo se considera: PRIMERO.- En la sustanciación de la causa no se han omitido solemnidades sustanciales y además se han observado durante su tramitación las norma del debido proceso establecidas en la Constitución de la República, razón por la que se declara su validez. SEGUNDO.- El Tribunal es competente sustanciar el juicio y dictar sentencia en el presente proceso de acción penal pública instaurando en contra del acusado, por así disponerlo el numeral 1 del Art. 28 del Código de Procedimiento Penal. TERCERO.- En orden a justificar su hipótesis de adecuación típica y la responsabilidad penal del acusado, la Dra. Ana María Crespo, Fiscal de Pichincha, en la audiencia pública de juzgamiento presentó las siguientes pruebas: 1. El testimonio propio del ofendido, Ing. Alfonso Geovanny Reyes Cruz, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que quiso separarse de su mujer, para esto, contrató la asesoría legal del señor Javier Salgado, quien hizo unos acercamientos con Tatiana Karina Noboa Morales, madre de su hija, ella le indicó por teléfono a su abogado, que todos esos temas los trate con su abogado el señor Harrison Salcedo Mena; su asesor legal Javier Salgado trató de comunicarse con el señor Harrison Salcedo Mena y en un momento dado no hubo contestación, lo que se quería era un divorcio por mutuo acuerdo; su esposa le citó el día domingo 24 de septiembre de 2006, en el Hotel Cron Plaza, ubicado en las avenidas Naciones Unidas y Shyris, para hablar urgentemente de ciertos temas, el (ofendido) llegó acompañado de José Pila, su amigo desde la universidad, llegaron entre las 17h00 a 18h00 aproximadamente, la madre de su hija y Harrison Salcedo Mena estaban sentados, al acercarse, Tatiana Noboa Morales, le indicó que ya estaban divorciados, ella sacó su cédula que constaba como divorciada, Harrison y Tatiana le

indicaron que estaba atrasado tres meses de pensiones alimenticias de su hija menor y que pueden meterle preso por eso, además le indicaron que tiene que cancelar USD $ 2.400,00, por los honorarios profesionales de Harrison Salcedo, pretensión que no aceptó porque dicho abogado no le defendió a él, sino a ella, desconocía de este juicio porque nunca le llegó ninguna citación, en ese tiempo vivía en Chimbacalle, al sur de la ciudad, lugar que la madre de su hija conocía perfectamente; por todo esto, asistió donde su asesor legal, desde ese momento, comenzaron a realizar las averiguaciones de ese trámite (juicio de divorcio), se enteró que las citaciones a su persona fueron enviadas a un edificio, ubicado en la calle Guanguiltagua, sector del Batán, lugar donde nunca ha vivido, posteriormente fue a verificar dicho lugar y encontró un edificio con timbres en donde habían entregado las citaciones, no conocía quien vi vía allí, pero después conoció que en dicho lugar vivía el señor Harrison Salcedo Mena; el señor Salcedo en su testimonio, indicó que es amigo de él, lo que no es verdad; dicho señor, en el juicio de divorcio dijo que había peleas en el hogar, pero él nunca ha estado presente, al señor le conoce y lo recuerda una noche que le fue a ver a su hija, porque no le dejaban visitar a su hija y aquella vez había bebido un par de copas, por lo que llamaron a la policía y Harrison dijo que era abogado y le pidió que se retirara, posteriormente le vio en el Hotel Crown Plaza, acompañándole a su mujer; este tema le golpeó mucho por su hija, esto sirvió para que la madre de su hija ponga las condiciones que ella quiera, la sentencia le perjudico, por eso su hija está viviendo en Australia, además tuvo un retraso económico y este asunto le marcó su vida; una vez le detuvieron porque no sabía que estaban vencidas las pensiones alimenticias; 2. El testimonio propio del señor José Javier Pila Castillo, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que recuerda que fue un domingo en la tarde por septiembre del año 2006, que habló con Alfonso Reyes, que es su amigo y compañero de la universidad, como lo fue Tatiana Noboa; Alfonso le llamo y le pidió que le acompañe para verse con Tatiana en el Hotel Crown Plaza, ubicado en la Av. Naciones Unidas, asistió con Alfonso a dicho lugar, se fueron al último piso, en donde se reunieron con ella, que estaba acompañada de un señor, se sentaron en una mesa, mientras él (deponente) estaba esperando que terminen de hablar, lo poco que pudo escuchar es que ya estaban divorciados Alfonso Reyes y Tatiana Noboa, cuando salieron, Alfonso le comentó que ya estaban divorciados y que Tatiana le había indicado la cedula de divorciada; la persona que le acompañaba a Tatiana, era alto, medio gordito, recuerda que se llamaba Harrison, Tatiana le dijo que ese señor era su abogado y Alfonso también le indica que era el abogado de ella; él sabía que se estaban divorciando y que estaban tratando de llegar a un acuerdo por la hija de ellos; 3. El testimonio propio del Dr. Carlos Javier Salgado Navarro, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que es amigo personal del Ing. Alfonso Reyes, él le había contado que tenía múltiples problemas conyugales con su esposa, con la que estaban separados y quería divorciarse de ella por mutuo consentimiento, es así que le pidió que se contacte con su esposa y que le plantee esto, cuando lo hizo, ella le dio el nombre de su abogado Harrison Salcedo y el teléfono del mismo, para que se contactara con él, llamó a Harrison Salcedo y éste le dijo que iba a coordinar el tema con su cliente y quedaron en hablar posteriormente, dicho señor se identificó como el abogado de Karina Noboa, y demostró su conformidad con el divorcio por mutuo consentimiento pero le dijo que iba a consultar a su cliente sobre los alimentos, y todo lo demás, quedaron en volver a conversar, pero nunca más le contestó el teléfono, ante esto, Alfonso Reyes decidió plantear un juicio para regularizar las visitas de su hija; el domingo 24 de septiembre de 2006, llegó Alfonso Reyes en la noche y le comentó que la señora Tatiana Noboa le había citado en el Hotel Crown Plaza, a las 18h00, en donde ella le había puesto en la mesa su cédula en la que constaba su estado civil como divorciada, a dicha reunión había concurrido ella acompañada del señor Salcedo quien le había dicho que tenía una boleta de captura en su contra porque ya se encontraba adeudando algunos meses de pensiones alimenticias y que le tenía que pagar por concepto honorarios USD. $ 2.400,00, por el tema del divorcio, Alfonso le contó que nunca se había enterado de ese juicio, porque no fue citado legalmente, en ese tiempo vivía a dos cuadras de su casa; empezaron a averiguar sobre el lugar donde habían hecho las citaciones en el juicio de divorcio y se enteraron que las boletas de ese proceso las habían recibido en un edificio ubicado en la calle Guanguiltagua, lugar donde se comprobó que vivía el señor Salcedo; al verificar el juicio de divorcio se comprobó que el señor Harrison Salcedo había rendido un testimonio en el que había

perjurado, se determinó que todas las firmas que constaban en el juicio, a parte de la demandante que si era real, el resto eran falsas, se tomó contacto con la Ab. Lorena Grillo, que supuestamente patrocinó esa demanda y ella manifestó que el señor Salcedo había trabajado con ella en una oficina jurídica y ella negó que haya patrocinado esa demanda y que su firma le habían falsificado, lo mismo sucedió con la Ab. Romina Robalino, con quien no tuvo contacto personal, pero si, telefónico; la Ab. Geovanna Parreño, dijo que la firma de ella también era falsa y eso en el trascurso de la acción se determinó en un peritaje, en base a eso, se planteó la denuncia. Personalmente conoció a Harrison Salcedo frente de la Policía Judicial en las calles Juan León Mera y Roca, cuando rindió su versión de este proceso el Ing. Reyes en la Policía Judicial, ese día, el señor Salcedo se presentó y dijo que quería conversar de este tema, por haberse presentado esta denuncia, que a pesar de no haber sido notificado, él ya conocía de ello, incluso les invitó a tomar un café en el Hotel Alameda Real, pero el Ing. Reyes y su persona no aceptaron dicha invitación; 4. El testimonio propio del Ab. Henry Alberto Chávez Carrillo, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que es citador judicial, que el se encarga de realizar las diligencia en los domicilios que se señala la parte actora en las demandas; él se constituyó con fechas 12, 13 y 17 de abril de 2006, en la calle Guanguiltagua, edificio No. 3980, departamento 401, que era la dirección del demandado Alonso Geovanny Reyes Cruz, dentro del juicio de divorcio signado con el Nro. 226-2006, recaído en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, juicio seguido por la señora Tatiana Karina Noboa Morales; cuando fue a dejar la primera boleta en dicho inmueble, averiguó al conserje por el señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz, residente del departamento 401, como constaba en la demanda, el conserje le llamó por el citófono a una persona que dijo ser familiar del mencionado señor, el conserje le dijo que baje a recibir la boleta, pero nadie bajo por que subió al departamento 401 y entregó por la hendija de la puerta a una señora llamada Karina Reyes, quien dijo que es familiar del señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz, como consta en la hoja de control de esa fecha; para la segunda citación timbró el departamento 401 y la misma persona (Karina Reyes) le recibió la citación tras la puerta, él le paso por un costado de la puerta; la tercera citación la realizó con fecha 17 de abril, en la misma dirección y a la misma persona; 5. El testimonio propio del Dr. Edwin Ernesto Cevallos Ampudia, quien luego de rendir el juramenta de ley, manifestó que es Juez de lo Civil de Pichincha; agregó que tramitó en el juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, en donde se desempeñó como Secretario, el juicio de divorcio Nro. 226-2006, cuya demanda se calificó el 21 de marzo de 2006; desde el inicio impulsó el proceso el señor Harrison Salcedo, en la etapa de prueba, específicamente el 6 de junio de 2006, a las 15h26, dicho señor declaró como testigo de la actora, previa a ello, se le tomó el juramento de ley advirtiéndole de las penas del perjurio, el juez estuvo presente en dicha diligencia, en la cual también estuvieron presentes la pasante y la Lcda. Silvia Acosta, quien tipió el acta se le preguntó si tiene una profesión y dijo que es abogado, que vive en la calle Guanguiltagua No. 39-40, sector Batán Alto y al contestar el interrogatorio dijo que habían maltratos en la convivencia matrimonial, que el demandado (Alfonso Geovanny Reyes Cruz) le agredía en lugares públicos a Tatiana Karina Noboa Morales, contestó las preguntas como todos los testigos; una vez terminada la prueba, el Juez dictó sentencia, la que hacía referencia a la declaración del señor Harrison Salcedo; dentro del juicio de divorcio no habló con la Ab. Parreño; 6. El testimonio propio del Cabo Segundo de Policía Nelson Fernando Torres Sosa, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que receptó las versiones tanto del ofendido y de otros testigos; la señora Tatiana Noboa, le manifestó que el señor Harrison Salcedo era su abogado, quien le ayudó en su trámite de divorcio; 7. El testimonio propio del Policía Byron Abel Pazmiño Borja, quien luego de rendir de rendir el juramenta de ley, manifestó que el 31 de enero de 2007, realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, en el sector "Batán Alto", específicamente en las calles Guanguiltagua No. 39-40 y No. 39-80; tomó fotografías de conjunto, que están anexadas a su informe; en el domicilio ubicado en la calle Guanguiltagua No. 39-80, habló con un guardia de seguridad, y con la señora de la tienda que le dijo que había un ingeniero Salcedo; y, 8. El testimonio propio del Mayor de Policía Juan Francisco Piedra Pérez, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que es Jefe de Criminalística de la Policía Judicial; en el presente caso realizó la pericia documentológica, en base a documentos indubitados, consistentes en la cédula de la señora Tatiana Noboa Morales y cuerpos de escritura, en dicho peritaje tenía que determinar si

las firmas y rubricas que constan en el juicio de divorcio No. 0226-2006-Dr. Edwin Cevallos, del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha se corresponden o no a la señora Karina Noboa Morales, para ello, realizó un análisis intrínseco y extrínseco; en el acápite conclusiones de su informe determinó, que: "5.1 La firma dubitada constante en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 12, atribuida a la Sra. Tatiana Noboa Morales, se corresponden, gráfica y morfológicamente con las firmas testigos e indubitadas de la prenombrada ciudadana, es decir proviene de la misma autoría gráfica; 5.2. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil, de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 226 del juicio de divorcio en fojas 29 y 54 atribuida a la Sra. Tatiana Noboa Morales, NO SE CORRESPONDE gráfica ni morfológicamente con las firmas testigos e indubitadas de la prenombrada ciudadana, es decir provienen de distinta personalidad gráfica; 5.3. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido a Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 12 atribuida a la Dra. Lorena Grillo Jarrín NO SE CORRESPONDE gráfica ni morfológicamente con las firmas testigos indubitadas de la prenombrada ciudadana, es decir provienen de distinta autoría gráfica; 5.4. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil, de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 18, atribuida a la Ab. Parreño Salgado Geovanna, SE CORRESPONDEN GRÁFICA Y MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS E INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADA CIUDADANA, es decir provienen de la misma autoría gráfica; 5.5. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido a Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentran dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 13,18, 22, 24, 28, 29, 32, 50, 53, 60 atribuida a la Ab. Parreño Salgado Geovanna NO SE CORRESPONDEN GRÁFICA NI MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADA CIUDADANA, ES DECIR PROVIENEN DE DISTINTA AUTORÍA GRÁFICA; 5.6. Para el examen del paso mecánico se analizó el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 11, la misma que consta de una hoja útil, en el anverso del documento consta de veinte y tres renglones de texto mediante periférico de salida (impresora), comprendidas de seis párrafos IV- V- VI - VII, son diferentes a las dimensiones del párrafo VIII en su dimensión horizontal y dimensión interlineado, es decir fueron realizados en diferente tiempo de escritura". Como prueba documental, la Fiscal introdujo al proceso en legal y debida forma, lo siguiente: a. Las hojas de control de citaciones, que fueron realizadas los días 12, 13 y 17 de abril de 2006, en la calle Guanguiltagua No. 39-80, departamento No. 401, que fueron recibidas por la señora Karina Reyes; b. El Informe Policial elaborado por los señores Byron Pazmiño y Torres; c. Certificación de la SENESCYT en el que dan contestación al pedido de la Dra. María Crespo, Fiscal, del que se deprende que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, con cédula de ciudadanía No. xx, una vez revisado el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador (SNIESE) se constató, que NO REGISTRA TÍTULOS; d. Parte Informativo No. 12592-2006-PJ-P, de fecha 18 de diciembre de 2006, elaborado por el Policía Nelson Torres Sosa, donde constan las versiones receptadas a! denunciante Alfonso Geovanny Reyes y señores: José Javier Pila Castro y Tatiana Karina Noboa Morales; e. Acta de reconocimiento de lugar de los hechos, contenida en el Parte Informativo No. 0907-2007-PJP, de fecha 02 de marzo de 2007, elaborado por el Policía Byron Pazmiño Borja, diligencia llevada a cabo en el sector del "Batan Alto", específicamente en las calles Guanguiltagua No. 39-40, inmueble que no existe con tal numeración; también realizó la diligencia en el domicilio ubicado en la misma calle No. 39-80, lugar en donde se realizaron las citaciones del juicio de divorcio presentado por la señora Tatiana Karina Noboa Morales en contra del señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, lugar donde ha vivido el señor Harrison Alberto Salcedo Mena; f. Movimiento migratorio de Lorena Grilllo y de Geovanna Elizabeth Parreño Salgado, con lo que se demuestra que en las fechas en que ellas suscribieron documentos dentro del juicio de divorcio No. 226-2006, seguido en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, ellas no estaban en el país; g. Informe pericial documentológico No. 452-DOC, de 15 de octubre de 2008, suscrito por el Capitán de Policía Francisco Piedra Pérez; h. Copias

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

certificadas del juicio de divorcio No. 226-2006-Dr. E.C., seguido por Tatiana Karina Noboa Morales en contra de Alfonso Geovanny Reyes Cruz, en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha; i. Certificación de fecha 22 de agosto de 2013, suscrita por la Subsecretaría General de Educación Superior del SENESCYT, en la que se determina que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, no registra títulos; y, j) Sentencia condenatoria del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, en contra de Harrison Alberto Salcedo Mena, por el delito de falsificación de firmas en un juicio ejecutivo. CUARTO.- La defensa del acusado, en orden a desvanecer su responsabilidad penal, presentó la siguiente prueba testimonial: 1. El testimonio del acusado Harrison Alberto Salcedo Mena, quien bajo juramento manifestó que conoce al denunciante Alfonso Reyes y a la señora Tatiana Noboa Morales, en virtud de que, Tatiana Noboa y él, trabajaban en el estudio Legal Group como pasantes; en dicho estudio legal también trabajaba la Ab. Geovanna Parreño; en el juicio de divorcio de Tatiana Noboa, se ve inmerso por cuanto conoció la relación íntima del señor Alfonso Reyes Cruz y de Tatiana Noboa, el señor le agredía a ella físicamente, por lo que él trató de apaciguar; la familia de Tatiana Noboa le pidió que las abogadas que trabajaban en el estudio legal Group, patrocinen la causa de divorcio de Tatiana, y una denuncia de maltrato familiar por una golpiza que él le dio a Tatiana, la cual consta en el juicio de divorcio; dijo que fue al domicilio de ellos (Tatiana y Alfonso Reyes) en el sector de la Real Audiencia, Av. del Maestro, no recuerda la fecha, pero debió ser en el 2006; por su trabajo como pasante en el estudio legal Group, él tenía como función impulsar los procesos, como así lo confirmó el señor testigo Edwin Cevallos; en ningún momento han dicho que se ha presentado como asesor, así mismo se ratifica el señor Cevallos; agregó que su declaración la tomó el señor Edwin Cevallos y su asistente, el señor amanuense le pidió su cedula, que sirvió para que la señorita teclee los datos, jamás fue preguntado sobre su profesión, ella asumió que era doctor, pero en su cédula constaba de secundaria, no ha faltado a la verdad, pero su declaración la firmó sin revisar sus generales de ley, en la misma hay un error tipográfico, la razón cae por su propio peso; lleva seis meses detenido por otra causa, en condiciones infrahumanas y solicita que ratifiquen su inocencia; y, 2. El testimonio propio de Francisco Javier Tapia Bolaños, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que es Ing. Comercial; conoce a Harrison Salcedo hace tres años, durante ese tiempo se ha ganado su confianza, ya que es respetable, leal y sincero.- La defensa del acusado presentó como prueba documental, lo siguiente: a. Copias certificadas de honorabilidad a favor de Harrison Salcedo, que se los desestima por no haber concurrido sus otorgantes la audiencia a ratificar su contenido; b. Tres certificados del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en los que se determinan que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, registra excelente conducta, no registra partes de intento de evasión o fuga y ha realizado actividades ocupacionales y deportivas al interior del Centro Carcelario; c. Diez certificados de antecedentes penales otorgados por los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha y Ventanilla de Tribunales, en los que se determinan que Harrison Alberto Salcedo Mena, sí registra causa penal en su contra en el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la causa No. 2013-0024 por falsificación de documentos y en este Tribunal en donde se sustancia la presente causa; en los demás Tribunales no registra juicio penal pendiente; d. certificado de pasantía a nombre de Harrison Alberto Salcedo Mena, realizada en un Estudio Jurídico; e. Certificado de egresamiento de la Universidad Internacional; y, f. Certificados médicos a nombre de Harrison Alberto Salcedo Mena, en el que se determina que padece de diabetes. Como referencia introdujo sentencias del delito de perjurio, bajado de Lexis. QUINTO.- En el planteamiento de las hipótesis de adecuación típica, esto es, del relato circunstanciado de los hechos como de la exposición del motivo de la acusación, petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia o no del ilícito por la que el acusado fue llamado a juicio, como de su responsabilidad penal, según lo que ha asegurado cada parte, y a fin de establecer si estos elementos del tipo se han consumado o no, en la comisión del acto por el que se ha motivado la causa, cuya responsabilidad se imputa al acusado Harrison Alberto Salcedo Mena, los sujetos procesales, luego le presentar al Tribunal su teoría del caso y la prueba correspondiente, que ha sido analizada en su conjunto y a la luz de la sana crítica, ha dado a este Tribunal Juzgador la certeza de que el acusado antes mencionado es responsable del delito que motiva este enjuiciamiento, toda vez que se ha demostrado el nexo causal entre la infracción y la

responsabilidad penal, por cuanto se adecuo su conducta en el delito de perjurio tipificado en el Art. 354 y sancionado en el Art. 355 del Código Penal que en su parte pertinente señala que: "Hay falso testimonio punible cuando al declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad; y perjurio, cuando se lo hace con juramento..." y, "...el perjurio, con reclusión menor de tres a seis años". Es decir que el perjurio, es un delito "contra la fe pública", esto significa que el legislador ha considerado que hay situaciones en las cuales se lesiona la confianza de los ciudadanos al generar elementos que tienen que ver con la falsedad, pero circunscritas a circunstancias en las que las autoridades públicas han intervenido en determinados actos para dar precisamente elementos de confianza. En el delito de perjurio, el bien jurídico protegido es la correcta administración de justicia, en donde no se puede afectar un ordenamiento jurídico basado en la confianza, la misma que está garantizada por la intervención de los funcionarios públicos, por consiguiente si una persona falta a sabiendas a la verdad en esos actos, no solo ha roto la confianza general de que está revestido dicho acto, sino que además lo ha hecho a pesar de que la autoridad pública ha intervenido en él. En el caso sub júdice, el acusado, como persona natural, al declarar ante autoridad pública bajo juramento, faltó a sabiendas a la verdad, al manifestar que su profesión es abogado, sin serlo, como se demostró con su propio testimonio, en el que dijo que a la fecha de su testimonio constaba en su cédula, como de instrucción secundaria; además con la certificación de la SENESCYT en el que contestación al pedido de la Dra. María Crespo, Fiscal, se deprende que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, con cédula de ciudadanía No. 1711185049, una vez el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador (SNIESE) se constató, que NO REGISTRA TÍTULOS, lo que fue corroborado con la certificación de fecha 22 de agosto de 2013, suscrita por la Subsecretaria General de Educación Superior del SENESCYT, en la que se determina que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, no registra títulos. Cabe mencionar que la declaración testimonial ante autoridad pública, bajo juramento, reviste una solemnidad que es de suma importancia para la sociedad, pues se parte del principio de que el declarante (deponente) ha aceptado actuar con buena fe y solo el hecho de faltar a sabiendas a la verdad hace que el reproche de la conducta sea severo, habida cuenta que ha mancillado un acto procesal solemne que afecta, no solo a la sociedad, sino que busca vulnerar y engañar a la administración de justicia. En el caso sub lite, se demostró con prueba testimonial y documental –actuada durante la audiencia de juzgamiento- la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, en especial con el testimonio propio del ofendido, Ing. Alfonso Geovanny Reyes Cruz, quien manifestó que quiso separarse de su mujer, para esto, contrató la asesoría legal de Javier Salgado, quien hizo unos acercamientos con Tatiana Karina Noboa Morales, madre de su hija, ella le indicó por teléfono a su abogado, que todos esos temas los trate con su abogado, señor Harrison Salcedo Mena; su asesor legal Javier Salgado trató de comunicarse con el señor Harrison Salcedo Mena y en un momento dado no hubo contestación, lo que se quería era un divorcio por mutuo acuerdo; su esposa le citó el día domingo 24 de septiembre de 2006, en el Hotel Cron Plaza, ubicado en las avenidas Naciones Unidas y Shyris, para hablar urgentemente de ciertos temas, él (ofendido) llegó acompañado de José Pila que es su amigo desde la universidad, llegaron entre las 17h00 a 18h00 aproximadamente, la madre de su hija y Harrison Salcedo Mena estaban sentados, al acercarse, Tatiana Noboa Morales, le indicó que ya estaban divorciados, ella sacó su cédula que constaba como divorciada, Harrison y Tatiana le indicaron que estaba atrasado tres meses de pensiones alimenticias de su hija menor y que pueden meterle preso por eso, además le indicaron que tiene que cancelar USD. $ 2.400,00, por los honorarios profesionales de Harrison Salcedo, pretensión que no aceptó porque dicho abogado no le defendió a él, sino a ella (Tatiana), desconocía de este juicio porque nunca no le llegó ninguna citación, en ese tiempo vivía en Chimbacalle, al sur de la ciudad, lugar que la madre de su hija conocía perfectamente; por todo esto, asistió donde su asesor legal, desde ese momento, comenzaron a realizar las averiguaciones de ese trámite (juicio de divorcio), se enteró que las citaciones a su persona fueron enviadas a un edificio, ubicado en la calle Guanguiltagua, sector del Batán, lugar donde nunca ha vivido, posteriormente fue a verificar dicho lugar y encontró un edificio con timbres en donde habían entregado las citaciones, no conocía quien vivía allí, pero después conoció que en dicho lugar vivía el señor Harrison Salcedo Mena; el señor Harison

Salcedo en su testimonio, indicó que es amigo de él, lo que no es verdad; dicho señor, en el juicio de divorcio dijo que había peleas en el hogar, pero él nunca ha estado presente, al señor le conoce y lo recuerda una noche que le fue a ver a su hija, porque no le dejaban visitarla y aquella vez había bebido un par de copas, por lo que llamaron a la policía y Harrison dijo que era abogado y le pidió que se retirara, posteriormente le vio en el Hotel Crown Plaza, acompañándole a su mujer; este tema le golpeo mucho por su hija, esto sirvió para que la madre de su hija ponga las condiciones que ella quiera, la sentencia le perjudicó porque su hija está viviendo en Australia, por esto tuvo un retraso económico y este asunto le marcó, una vez le detuvieron porque no sabía que estaban vencidas las pensiones alimenticias. De este testimonio se desprende que el acusado Harrison Alberto Salcedo Mena, se identificó ante él (ofendido) como abogado, la primera vez cuando fue a visitarle a su hija y la segunda, en el Hotel Crown Plaza, ubicado en las avenidas Naciones Unidas y Shyris, de esta ciudad, el día 24 de septiembre de 2006, a las 18h00; ese, en el lugar, día y hora antes señalados, en presencia de su ex cónyuge Tatiana Noboa Morales y de su amigo José Pila, el acusado Harrison Salcedo, le solicitó el pago de USD. $ 2.400,00, por concepto de honorarios profesionales, pretensión que no aceptó porque dicho abogado no le defendió a él, sino a ella (Tatiana Noboa) y porque desconocía de ese juicio, porque nunca le citaron legal mente, en su domicilio, ubicado en Chimbacalle; para ese propósito le habían citado en otro lugar, en un domicilio ubicado en un edificio, de la calle Guanguiltagua, sector del Batán, que posteriormente se enteró que en dicho lugar vivía el señor Harrison Salcedo Mena. Sobre las citaciones en dicho lugar (calle Guanguiltagua), acreditó este hecho el citador judicial, Ab. Henry Alberto Chávez Carrillo, quien manifestó que se constituyó con fechas 12, 13 y 17 de abril de 2006, en la calle Guanguiltagua, edificio No. 3980, departamento 401, que era la dirección del demandado Alonso Geovanny Reyes Cruz, dentro del juicio de divorcio signado con el Nro. 226-2006, recaído en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, juicio seguido por la señora Tatiana Karina Noboa Morales; cuando fue a dejar la primera boleta en dicho inmueble, averiguó al conserje por el señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz, residente del departamento 401, como constaba en la demanda, el conserje le llamó por el citófono a una persona que dijo ser familiar del mencionado señor, el conserje le dijo que baje a recibir la boleta, pero nadie bajó por que subió al departamento 401 y entregó por la hendija de la puerta a una señora llamada Karina Reyes, quien dijo que es familiar del señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz, como consta en la hoja de control de esa fecha; para la segunda citación timbró el departamento 401 y la misma persona (Karina Reyes) le recibió la citación tras la puerta, él le paso por un costado de la puerta; la tercera citación la realizó con fecha 17 de abril, en la misma dirección y a la misma persona. Nótese que las citaciones las recibió una señora que se identificó como Karina Reyes, supuesta familiar del señor Alfonso Geovanny Reyes Cruz, persona que el citador no la vio personalmente, ya que ella no abrió la puerta del departamento No. 401, por lo que el citador tuvo que entregarle las tres boletas, en diferentes días, por la hendija de la puerta y por el costado de la misma, lo que hace ver, que el juicio de divorcio se sustanció sin conocimiento del demandado Alfonso Geovanny Reyes Cruz, por no haber sido citado legalmente, como se tiene analizado. A decir del propio acusado, la familia de Tatiana Noboa le pidió que las abogadas- que trabajaban en el estudio legal Group –donde Tatiana Noboa y él eran pasantes- patrocinen la causa de divorcio de Tatiana Noboa, causa que él (acusado) tenía que impulsar, como así lo confirmó el señor testigo Edwin Cevallos; efectivamente el Dr. Edwin Ernesto Cevallos Ampudia, en su testimonio propio manifestó que tramitó en el juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, en donde se desempeñó como Secretario, el juicio de divorcio Nro. 226-2006, cuya demanda se calificó el 21 de marzo de 2006; desde el inicio impulsó el proceso el señor Harrison Salcedo, en la etapa de prueba, específicamente el 6 de junio de 2006, a las 15h26, dicho señor declaró como testigo de la actora, previo a ello, se le tomó el juramenta de ley, advirtiéndole de las penas del perjurio, el juez estuvo presente en dicha diligencia, en la cual también estuvieron presentes la pasante y la Lcda. Silvia Acosta, quién tipió el acta se le preguntó si tiene una profesión y dijo que es abogado, que vive en la calle Guanguiltagua No. 39-40, sector Batán Alto y al contestar el interrogatorio dijo que habían maltratos en la convivencia matrimonial, que el demandado (Alfonso Geovanny Reyes Cruz) le agredía en lugares públicos a Tatiana Karina Noboa Morales, contestó las preguntas como todos los testigos; una vez terminada la prueba, el Juez dictó sentencia, la que

hacía referencia a la declaración del señor Harrison Salcedo; dentro del juicio de divorcio no habló con la Ab. Parreño. El testimonio del Dr. Edwin Ernesto Cevallos Ampudia, corrobora lo afirmado por el acusado en su testimonio, en el sentido que el señor Harrison Salcedo Mena, tramitaba o impulsaba el juicio de divorcio No. 226-2006; sustanciado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, en cuya Judicatura el mencionado ciudadano (acusado dijo que es de profesión abogada; con el testimonio propio del Dr. Edwin Ernesto Cevallos Ampudia, Secretario del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, en ese entonces, se demostró la existencia física del lugar donde acontecieron los hechos, esto es la perpetración del delito de perjurio. Cabe mencionar que el señor José Javier Pila Castillo, amigo de Alfonso Geovanny Reyes Cruz, quien le acompañó a éste, a la cita con Tatiana Noboa, en el Hotel Crown Plaza, en su testimonio propio manifestó que un domingo en la tarde por septiembre del año 2006, se reunieron con ella (Tatiana), que estaba acompañada de un señor, se sentaron en una mesa, mientras él (José Pila) estaba esperando que terminen de hablar, lo poco que pudo escuchar es que ya estaban divorciados Alfonso Reyes y Tatiana Noboa, cuando salieron, Alfonso le comentó que ya estaban divorciados y que Tatiana le había indicado la cédula de divorciada; la persona que le acompañaba a Tatiana, era alto, medio gordito, recuerda que se llamaba Harrison, Tatiana le dijo que ese señor era su abogado y Alfonso también le indicó que era el abogado de ella. Con el testimonio de José Pila Castillo, se demuestra aún más, que el acusado Harrison Alberto Salcedo Mena, fungía como abogado. Este hecho también fue corroborado por el Dr. Carlos Javier Salgado Navarro, quien manifestó que el Ing. Alfonso Reyes le había contado que tenía múltiples problemas conyugales con su esposa, con la que estaban separados y quería divorciarse de ella por mutuo consentimiento, es así que le pidió que se contacte con su esposa y que le plantee esto, cuando lo hizo, ella le dio el nombre de su abogado Harrison Salcedo y el teléfono del mismo, para que se contactara con él, llamo a Harrison Salcedo y éste le dijo que iba a coordinar el tema con su cliente y quedaron en hablar posteriormente, dicho señor se identificó como el abogado de Karina Noboa, y demostró su conformidad con el divorcio por mutuo consentimiento pero le dijo que iba a consultar a su cliente sobre los alimentos, y todo lo demás, quedaron en volver a conversar, pero nunca más le contestó el teléfono, ante esto, Alfonso Reyes decidió plantear un juicio para regularizar las visitas de su hija; el domingo 24 de septiembre de 2006, llegó Alfonso Reyes en la noche y le comentó que la señora Tatiana No boa le había citado en el Hotel Crown Plaza, a las 18h00, en donde ella le había puesto en la mesa su cédula en la que constaba su estado civil como divorciada, a dicha reunión había concurrido ella acompañada del señor Salcedo quien le había dicho que tenía una boleta, de captura en su contra porque ya se encontraba adeudando algunos meses de pensiones alimenticias y que le tenía que pagar por concepto honorarios USD. $2.400,00, por tema del divorcio, Alfonso le contó que nunca se había enterado de ese juicio, porque no fue citado legalmente, en ese tiempo vivía a dos cuadras de su casa; empezaron a averiguar sobre el lugar donde habían hecho las citaciones en el juicio de divorcio y se enteraron que las boletas de ese proceso las habían recibido en un edificio ubicado en la calle Guanguiltagua, lugar donde se comprobó que vivía el señor Salcedo; al verificar el juicio de divorcio se comprobó que el señor Harrison Salcedo había rendido un testimonio en el que había perjurado, se determinó que todas las firmas que constaban en el juicio, aparte de la demandante que si era real, el resto eran falsas, se tomó contacto con la Ab. Lorena Grillo, que supuestamente patrocinó esa demanda y ella manifestó que el señor Salcedo había trabajado con ella en una oficina jurídica y ella negó que haya patrocinado esa demanda y que su firma le habían falsificado, lo mismo sucedió con la Ab. Romina Robalino, con quien no tuvo contacto personal, pero sí telefónico; la Ab. Geovanna Parreño, dijo que la firma de ella también era falsa y eso en el trascurso de la acción se determinó en un peritaje, en base a eso, se planteó la denuncia. Personalmente conoció a Harrison Salcedo frente de la Policía Judicial en las calles Juan León Mera y Roca, cuando rindió su versión de este proceso el Ing. Reyes en la Policía Judicial, ese día, el señor Salcedo se presentó y dijo que quería conversar de este tema, por haberse presentado esta denuncia, que a pesar de no haber sido notificado, él ya conocía de ella, incluso les invitó a tomar un café en el Hotel Alameda Real, pero el Ing. Reyes y su persona no aceptaron dicha invitación. Por otro lado, el Cabo Segundo de Policía Nelson Fernando Torres Sosa, en su testimonio propio manifestó que receptó las versiones tanto del ofendido y de otros testigos; la señora

Tatiana Noboa, le manifestó que el señor Harrison Salcedo era su abogado, quien le ayudó en su trámite de divorcio. Todos los testimonios antes referidos son unívocos concordantes y relacionados entre sí, y en ellos se determina que el acusado Harrison Salcedo era el abogado de Tatiana Noboa, quien impulsó el juicio de divorcio No. 226-2006, sustanciado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, seguido por Tatiana Karina Morales en contra de Alfonso Geovanny Reyes Cruz, lo que no ha sido desvirtuado por el acusado, más bien éste, en su testimonio reconoció que su función como pasante del estudio legal Group, era impulsar y tramitar los juicios de ese estudio jurídico, como en efecto lo hizo en el juicio de divorcio antes referido. Por otra parte, el Policía Byron Abel Pazmiño Borja, en su testimonio propio manifestó que el 31 de enero de 2007, realizo el reconocimiento del lugar de los hechos, en el sector "Batan Alto" específicamente en las calles Guanguiltagua No. 39-40 y No. 39-80; tomó fotografías de conjunto, que están anexadas a su informe; en el domicilio ubicado en la calle Guanguiltagua No. 39-80, habló con un guardia de seguridad, y con la señora de la tienda, que le dijo que había un ingeniero Salcedo. Con esta diligencia se demostró que las citaciones al Ing. Alfonso Geovanny Reyes Cruz, dentro del juicio de divorcio No. 226-2006, se realizaron en dicho domicilio, lugar diferente al domicilio del demandado Alfonso Reyes Cruz, como éste lo aseveró en su testimonio. Por último, el Mayor de Policía Juan Francisco Piedra Pérez, en su testimonio propio manifestó que realizó la pericia documentológica, en base a documentos indubitados, consistentes en la cédula de la señora Tatiana Noboa Morales y cuerpos de escritura, en dicho peritaje tenía que determinar si las firmas y rubricas que constan en el juicio de divorcio No. 0226-2006-Dr. Edwin Cevallos del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha se corresponden o no a la señora Karina Noboa Morales, para ello, realizó un análisis intrínseco y extrínseco; en el acápite concusiones de su informe determinó que: "5.1 La firma dubitada constante en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 12, atribuida a la Sra. Tatiana Noboa Morales, se corresponden, gráfica y morfológicamente con las firmas testigos e indubitadas de la prenombrada ciudadana, es decir proviene de la misma autoría gráfica; 5.2. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil, de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 226 del juicio de divorcio en fojas 29 y 54 atribuida a la Sra. Tatiana Noboa Morales, NO SE CORRESPONDE gráfica ni morfológicamente con las firmas testigos e indubitadas de la prenombrada ciudadana, es decir provienen de distinta personalidad gráfica; 5.3. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido a Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 12 atribuida a la Dra. Lorena Grillo Jarrín NO SE CORRESPONDE GRÁFICA NI MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADA CIUDADANA, ES DECIR PROVIENEN DE DISTINTA AUTORÍA GRÁFICA; 5.4. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil, de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 18, atribuida a la Ab. Parreño Salgado Geovanna, SE CORRESPONDEN GRÁFICA Y MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS E INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADA CIUDADANA, es decir provienen de la misma autoría gráfica; 5.5. Las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido a Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentran dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 13,18, 22, 24, 28, 29, 32, 50, 53, 60 atribuida a la Ab. Parreño Salgado Geovanna NO SE CORRESPONDEN GRÁFICA NI MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADA CIUDADANA, ES DECIR PROVIENEN DE DISTINTA AUTORÍA GRÁFICA; 5.6. Para el examen del paso mecánico se analizó el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente Nro. 226 del juicio de divorcio en fojas Nro. 11, la misma que consta de una hoja útil, en el anverso del documento consta de veinte y tres renglones de texto mediante periférico de salida (impresora), comprendidas de seis párrafos IV- V- VI - VII, son diferentes a las dimensiones del párrafo VIII en su dimensión horizontal y dimensión interlineado, es decir fueron realizados en diferente tiempo de escritura". Es decir, el perito Mayor de Policía Juan Francisco Piedra Pérez, en los numerales 5.2, 5.3 y 5.5, determina que las firmas dubitadas constantes en el escrito dirigido al Sr. Juez de lo Civil de Pichincha, que se encuentra dentro del expediente No. 226 del juicio de divorcio en fojas 29 y 54

atribuida a la Sra. Tatiana Noboa Morales; en fojas Nro. 12 atribuida a la Dra. Lorena Grillo Jarrín; y, en fojas Nro. 13, 18, 22, 24, 28, 29, 32, 50, 53, 60 atribuida a la Ab. Parreño Salgado Geovanna, NO SE CORRESPONDEN GRÁFICA NI MORFOLÓGICAMENTE CON LAS FIRMAS TESTIGOS INDUBITADAS DE LA PRENOMBRADAS CIUDADANAS, ES DECIR PROVIENEN DE DISTINTA AUTORÍA GRÁFICA. Testimonio e informe pericial con los que se demuestra que dentro del juicio de divorcio No. 226-2006, seguido en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, se falsificaron las firmas de las señoras Tatiana Noboa Morales, Dra. Lorena Grillo Jarrín y de la Ab. Parreño Salgado Geovanna, a pesar que las mencionadas abogadas se encontraban en esa época fuera del país, como consta en sus movimientos migratorios; dicha causa (juicio de divorcio No. 226-2006) fue impulsada y tramitada por el acusado Harrison Alberto Salcedo Mena. Por las consideraciones expuestas, en mérito de la prueba aportada en la audiencia oral, pública de juzgamiento, acogiendo el pronunciamiento de la señora Fiscal y por tener la certeza de encontrarse comprobada la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, en aplicación a lo dispuesto en los Arts. 304-A, 309 y 312 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 REPÚBLICA,** el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha declara a HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA, ecuatoriano, nacido en la ciudad de Quito, portador de la cédula de ciudadanía No. xx, de 31 años de edad, soltero, de instrucción superior, de ocupación empleado privado, domiciliado antes de su detención en las calles Shyris y Suecia, Cantón Quito, Provincia de Pichincha, AUTOR, responsable del delito tipificado en el Art. 354 y sancionado en el Art. 355 del Código Penal; en concordancia con el Art. 42 Ibídem por lo que de conformidad con el Art. 80 numeral 3 del Código Penal, se le impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA, por ser reincidente de un delito reprimido con reclusión menor de tres seis años; pena que la cumplirá el sentenciado conforme al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, esto es, en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito en donde sea recluido. Se confirma la prohibición de enajenar los bienes de Harrison Alberto Salcedo Mena, que fue dispuesto por la Dra. Ángela Sarmiento, Jueza Segundo de Garantías Penales de Pichincha, en el auto de llamamiento a juicio de 03 de febrero de 2010, las 14h05, medida que se mantendrá vigente hasta que el sentenciado pague las costas procesales que serán reguladas de conformidad con la ley, así como los daños y perjuicios que se regulan USD. $ 500,00, que el sentenciado pagará al ofendido Alfonso Geovanny Reyes Cruz. Como de las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento se determina la existencia de un delito diverso, como lo establece el Art. 318 del Código de Procedimiento Penal, delito de falsificación de instrumento privado, en el cual podría estar incurso el sentenciado Harrison Alberto Salcedo Mena, para lo cual, se dispone remitir mediante oficio al Fiscal Provincial de Pichincha, copia certificada de esta sentencia y del informe pericial documentológico No. 452-DOC, de 15 de octubre de 2008, suscrito por el Capitán de Policía Francisco Piedra Pérez, para que un Fiscal de Pichincha, previo el sorteo de ley, inicie las investigaciones pertinentes en torno a este delito diverso. Se califican como debidas las actuaciones realizadas por la Fiscal y el abogado de la defensa, en la audiencia de juzgamiento.- Con costas.- Actué la Dra. Lucila Escobar Veloz en calidad de Secretaria Encargada.- **Cúmplase y notifíquese.**

f) Msc. Susana del Pilar Najera Verdezoto, Presidenta Encargada; Dr. Gabriel Armas Pérez Juez Encargado; Dr. Carlos Borja Borja, Juez Encargado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0041-2014-SSI-WL

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 23 de julio de 2015.- Las 11H00.

VISTOS.-

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1. Conforme consta de la sentencia recurrida, la señora Jueza Segunda de lo Penal de Pichincha, con fecha 03 de febrero de 2010, a las 14:05 horas, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA, como presunto autor del delito previsto en el artículo 354 del Código Penal, y sancionado en el artículo 355, del mismo cuerpo legal. Respecto a la señora Tatiana Karina Noboa Morales, dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo de la imputada.

1.2. El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el día jueves 10 de octubre de 2013, a las 12:02 horas, por unanimidad dicta sentencia condenatoria en contra del procesado señor HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA, en calidad de autor, responsable del delito de perjurio tipificado en el artículo 354 y sancionado en el artículo 355 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem; y, de conformidad con el artículo 80.3 del mismo cuerpo legal, le impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA, por ser reincidente -dice el tribunal- de un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años.

Además, el referido tribunal, señala, que con las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento se determina la existencia de un delito diverso, como lo establece el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal, esto es el delito de falsificación de instrumento privado, en el cual podría estar incurso el sentenciado Harrison Alberto Salcedo Mena, por lo que se dispone remitir al Fiscal Provincial de Pichincha, copia certificada de la sentencia y del informe pericial documentológico N° 452-DOC, de 15 de octubre de 2008, suscrito por el Capitán de Policía Francisco Piedra Pérez, para los fines legales consiguientes.

1.3. De la sentencia antes referida, el acusado HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA, interpone recurso de casación. Una vez que se ha dado el trámite de ley, corresponde emitir el fallo respectivo.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Consejo de la Judicatura, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, procedió a la renovación parcial de un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, habiendo designado, mediante resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, a siete nuevos Juezas y Jueces Nacionales, quienes se posesionaron el 26 de enero de 2015. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 28 de enero de 2015, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituyó el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. En cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en resolución N° 02-2015 de 28 de enero de 2015, y sorteo realizado el viernes 06 de febrero de 2015 a las 11:20 horas, el tribunal de casación competente quedó integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional.

III. DEL TRÁMITE

La Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, señala que *"Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código".*

Así también, la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 160 de 29 de marzo de 2010, en su primera disposición transitoria prevé que *"Los procesos, actuaciones y*

procedimientos de investigación que actualmente se encuentren en trámite, continuarán sustanciándose conforme a las reglas de procedimientos vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión", y la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 de 24 de marzo de 2009, señala en la segunda disposición transitoria, que *"Los procesos que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión".*

En el presente caso, consta que el doctor Lizardo Díaz Altamirano, Agente Fiscal de Pichincha, con fecha 27 de junio de 2008 a las 15:00 horas, ha resuelto dar inicio a la etapa de Instrucción Fiscal, conforme lo preveía el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, vigente a esa fecha, por lo que este recurso se fundamenta por escrito.

IV. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA[1] -Con el patrocinio del doctor Iván Valenzuela Díaz y el abogado Lenin Bastidas Sinmaleza, con fecha 12 de junio de 2014, dentro del término legal, fundamenta por escrito su recurso de casación, indicando, en lo principal que:

- Las dos supuestas razones por las que se le ha sentenciado son: **a)** Porque el domicilio donde ha sido citado en el juicio de divorcio, el demandado Alfonso Geovanny Reyes Cruz, no es el suyo propio; y, **b)** Porque al rendir testimonio, dentro de este juicio civil se ha hecho constar como su profesión la de "abogado".
- En la sentencia que se impugna, dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha el 10 de octubre de 2013, no se presenta actuación procesal probatoria alguna que establezca dolo en sus acciones y que se haya beneficiado de forma alguna en su declaración, al decir en sus generales de ley ser "abogado".
- Es fundamental analizar la intención que el sujeto activo tiene, para la comisión de un delito. El dolo no se presume, debe ser probado; sin embargo, el juzgador llega a la certeza que va más allá de toda duda razonable, a través de las presunciones que se convierten en pruebas dentro de la audiencia de juzgamiento, conforme al artículo 250 del Código de Procedimiento Penal (sic).
- Es necesario, que la conducta del sujeto activo, para que merezca sanción deba ser penalmente relevante; que su accionar se haya generado con dolo o culpa; que esta acción transgreda la norma o que genere un riesgo jurídicamente desaprobado; y, por tanto, lesione un bien jurídico tutelado, lo que no ocurre en este caso concreto. Para que se configuren los presupuestos jurídicos del delito de perjurio, es necesario que quien falta a la verdad tenga la intención de hacerlo y como consecuencia de aquel accionar, provoque que el funcionario no se informe de manera adecuada, para formar su criterio y decidir acertadamente; o que esa intención de faltar a sabiendas a la verdad tenga como finalidad que el juzgador equivoque su raciocinio.
- El supuesto perjurio sobre la dirección y domicilio del demandado en el juicio de divorcio, lo comete la actora, vale decir Tatiana Karina Noboa Morales. No se ha probado en ninguna parte que Harrison Alberto Salcedo Mena haya suscrito algún escrito dentro del proceso como abogado, ni que haya comparecido a alguna audiencia oficialmente como patrocinador de Tatiana Noboa Morales, quien también estuvo procesada en este juicio, pero fue sobreseída en su momento por la Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha.
- Que en el juicio de divorcio N° 226-2006, en la etapa de prueba, el 06 de junio de 2006, a las 15:26 horas, declaró como testigo de Tatiana Novoa; consta en esa declaración que ha manifestado tener como profesión la de "abogado" y que vive en la calle Guanguiltagua N° 39-40, sector Batán Alto; que en ella dijo que hubo maltratos y desavenencias en la convivencia matrimonial entre Alfonso Geovanny Reyes Cruz y Tatiana Karina Noboa Morales, porque le constan, al haber sido compañero de trabajo de la prima de la accionante de nombres Verónica Larrea Noboa, por lo que pudo advertir sobre los hechos que refiere en su testimonio,

[1] Expediente de la Corte Nacional de Justicia, escrito de fundamentación del recurso, f. 11 a 17 vta.

respecto a los problemas en la referida convivencia matrimonial.

- Es necesario observar en qué influyó o trascendió el hecho de haber dicho que es "abogado" en una declaración como testigo; no influye ni trasciende en nada; esta aseveración es inocua en cuanto al motivo de su testimonio, que se refiere a la relación conyugal entre Alfonso Reyes y Tatiana Noboa, por lo que no corresponde a un hecho trascendente y del cual se haya derivado la posterior decisión del juzgador, respecto a la disolución del vínculo matrimonial, en el juicio de divorcio, el hecho de que sea abogado o no; el perjurio viene a darse cuando se manifiesta hechos de relevancia jurídica en la pertinencia del caso; en este sentido, no toda declaración hecha ante una autoridad judicial puede a su vez originar el delito de perjurio.
- El artículo 409 del Código Penal Peruano, sobre el perjurio dice: "[...] El testigo, perito traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.[...]" (sic).
- Como se puede advertir, la declaración en la que supuestamente se miente y por la que fue sentenciado, tiene que ver sobre los hechos de la causa; vale decir los atinentes al juicio de divorcio por causales; en el presente caso el único hecho que controversialmente y por el que ha sido sentenciado, es el haber dicho ante el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha que es abogado; este hecho no influye ni determina nada sobre el tema central del juicio de divorcio por causales en el que no se refutaron sus declaraciones respecto a la convivencia matrimonial entre Alfonso Reyes Cruz y Tatiana Noboa Morales, las que constan como válidas y no ha sido controvertidas durante el presente juicio.
- Nuestra ley, lo que busca con la figura jurídica del perjurio, es evitar que una persona envuelta en un procedimiento jurídico, falte a la verdad y cause perjuicio, no solo a la contraparte, sino a la propia administración de justicia al engañarla e inducir a error que produzca un resultado diferente en la controversia legal al que se produciría si se dijera la verdad. Desde el punto de vista de la dogmática penal, para adecuar su conducta en el tipo penal de perjurio, debían cumplirse tres requisitos: **i)** Tipicidad, esto es la adecuación entre el tipo penal y su conducta; **ii)** Antijuridicidad, cuando su conducta no llena o no cumple con los elementos exigidos en el tipo penal legal; y, **iii)** Culpabilidad, que es la capacidad de conocer la licitud de sus actos y poder actuar conforme a tales conocimientos. Su conducta debe reflejarse en un accionar con voluntad y conciencia, es decir con imputabilidad que es personalísima, es intransferible y no se presume.
- No se encuentran reunidos los elementos constitutivos del perjurio, de la manera como se encuentra tipificado en el artículo 354 del Código Penal vigente; la sola afirmación de los miembros del Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha en la sentencia, como motivación para su ratio decidendi: *"[...] Todos los testimonios antes referidos son unívocos, concordantes y relacionados entre sí, y en ellos se determina que el acusado Harrison Salcedo era el abogado de Tatiana Noboa, quien impulsó el juicio de divorcio No. 226-2006, sustanciado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, seguido por Tatiana Karina Morales en contra de Alfonso Geovanny Reyes Cruz, lo que no ha sido desvirtuado por el acusado, más bien éste, en su testimonio reconoció que su función como pasante del estudio legal Group, era impulsar y tramitar los juicios de ese estudio jurídico, como en efecto lo hizo en el juicio de divorcio antes referido[...]"* no basta para subsumir la conducta atacada, en la norma legal que citan como sustento.
- Existe una **falta de motivación** requerida en la sentencia, se ha **violado la ley respecto a los numerales 2, 3 y 4 del artículo 309** del Código de Procedimiento Penal.
- Existe una **errónea interpretación de los artículos 304-A y 312** del Código de Procedimiento Penal, conforme requiere el artículo 349 ibídem.
- En la sentencia de marras **existen dos falacias: 1.** La sentencia asegura que es reincidente, es decir que tiene una sentencia ejecutoriada en su contra; y, **2.** Que la sentencia ejecutoriada que pesa en su contra y por la que consideran que es reincidente, es por un delito de reclusión.
- El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, ha violado la ley al tipificar inadecuadamente la conducta de reproche atribuida al procesado, al **interpretar erróneamente los artículos 29.6.7, 72, 80.3, 354 y 355 del Código Penal; 83, 84, 85, 86, 87, numerales 2, 3**

y 4 del 309, 304-A y 312 del Código de Procedimiento Penal, ya que no existe el elemento subjetivo del injusto penal en su accionar y las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento no establecieron su responsabilidad penal en el delito juzgado.

- Por errónea interpretación de la ley en la sentencia se le impuso una pena que viola la ley y los principios constitucionales siguientes:
  1) Viola el principio garantizado en el artículo 11.2 de la Constitución, de que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. No se valoró la prueba con la que justificó buena conducta anterior y posterior al hecho subjúdice, es decir se probó las circunstancias de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, **norma legal erróneamente interpretada,** y no se probó ninguna agravante.
  2) La violación de la presunción de inocencia, establecida en el artículo 76.2 de la Constitución. Se le impone la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.3 del Código Penal, **norma legal erróneamente interpretada** que dice que en caso de reincidencia se aumentará la pena, si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve años, aclarando que, condenado, es cuando pesa una sentencia ejecutoriada. En la sentencia dice que se impone la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, por ser reincidente de un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, lo que no es verdad. Se ha **interpretado erróneamente el artículo 80.3 del Código Penal,** ya que la sentencia adjuntada por la doctora Ana María Crespo Santos, representante de Fiscalía, en la audiencia de juzgamiento, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha en el juicio penal N° 17241-2013-0024, de 19 de agosto de 2013, no se encuentra ejecutoriada ni tampoco es por un delito reprimido con reclusión, ya que del texto de dicha sentencia se advierte que la condena es por falsificación de documentos privados, tipificado y sancionado en el artículo 340 del Código Penal, reprimido con dos a cinco años de prisión, y por las atenuantes debidamente valoradas por el juzgador, se le sentenció a seis meses de prisión correccional, sin que la sentencia se encuentre ejecutoriada. La sentencia referida no se ejecutorió ya que dentro del término legal interpuso recurso de apelación que sí fue proveído y sustanciado para ante uno de los tribunales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quienes ratificaron la sentencia recurrida, y de la misma interpuso, dentro del término legal, recurso de casación, encontrándose en la Corte Nacional de Justicia con el N° 98-2014.
  3) La violación a la tutela judicial y seguridad jurídica garantizadas en los artículo 75 y 82 de la Constitución, que se produce al violar la ley en la sentencia, rompiendo los principios del debido proceso como son: legalidad, in dubio pro reo y proporcionalidad, garantizados en los numerales 3, 5 y 6 del artículo 76 ibídem, en concordancia con el artículo 4 del Código Penal.
- El nuevo ordenamiento legal que va a entrar en vigencia, Código Orgánico Integral Penal, en su Libro Preliminar (sic), Título IV Infracciones en Particular, Capítulo Quinto Delitos Contra la Responsabilidad Ciudadana, Sección Primera Delitos Contra la Tutela Judicial Efectiva, artículo 270 primer párrafo, dice: *"La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; [...]"*, es decir que este tipo de conducta punible en el ordenamiento jurídico penal que va a regir en lo posterior, será castigado con menor severidad que como lo ha hecho el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, en su perjuicio, tratando de adecuar su conducta a un tipo penal incorrecto.
- Solicita se case la sentencia recurrida y se ratifique su estado constitucional de inocencia, y en caso de que la Sala considere que no ha existido una errónea interpretación de los artículos 354 y 355 del Código Penal y, que ha incurrido en el delito de perjurio, de igual manera se case la sentencia, se enmienden los errores de derecho que constan en la misma y se apliquen las circunstancias atenuantes debidamente probadas en juicio y establecidas en los numerales 6 y 7, del artículo 29, del mismo cuerpo legal; y, por no existir ninguna agravante, se apliquen las reglas establecidas en el artículo 72 ibídem para la modificación de la pena.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.2. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO[2].- El doctor Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado, da contestación a la fundamentación del recurso de casación, en la que manifiesta:

- El recurrente, en su fundamentación, se aparta de la esencia del recurso.
- No ha logrado demostrar que en la sentencia se ha violado la ley, sino su inconformidad con la conclusión del juzgador.
- El recurso de casación es extraordinario y por tanto, limitado a las causales determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cuando se advierta que la sentencia adolece de errores de derecho que deben ser subsanados mediante este recurso.
- En casación no se puede volver a valorar la prueba, por así disponerlo expresamente el inciso final del artículo citado.
- El delito de perjurio está tipificado en el artículo 354 del Código Penal; esta norma castiga el faltar a sabiendas a la verdad, cuando se lo hace ante autoridad pública, que en el ámbito judicial se refiere a actuaciones o diligencias judiciales, en el caso que nos ocupa, ante los jueces del órgano de jurisdicción penal.
- Sobre la argumentación de que en la sentencia se ha violado la ley, respecto de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, esta se aparta del recurso extraordinario de casación, porque son causales de nulidad y son motivo de otro recurso impugnatorio autónomo.
- En relación con la reincidencia alegada, impide la aplicación de atenuantes al tenor de lo que dispone el artículo 29 del Código Penal. En nuestra legislación la reincidencia constituye una limitación para la rebaja de la pena, como lo señalan los artículos 77 y 80 del Código Penal, tanto más que este último incide en el incremento de las penas bajo esta circunstancia, por lo tanto el juzgador estaba imposibilitado de modificar la pena, con lo que no ha incurrido en error de derecho subsanable a través de casación sino todo lo contrario.
- El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, en la sentencia recurrida, luego de analizadas las actuaciones, diligencias solicitadas, dispuestas y producidas en la audiencia de juicio, mediante el sistema oral, cumpliendo los principios constitucionales de contradicción, concentración y dispositivo estipulados en el artículo 168 de la Constitución, considera que se ha probado la materialidad de la infracción como la culpabilidad del acusado. Al analizar el fallo y las pretensiones del recurrente, no hay fundamento que permita realizar una nueva valoración de la prueba a través del recurso de casación. Lo que se pretende subsanar o corregir, son los errores de derecho en los que pudo haber incurrido el juzgador.

  Las normas procesales invocadas por el juzgador, han sido correctas tanto en su aplicación como interpretación, sin que se halle contravención alguna a su texto en la sentencia impugnada, y ha demostrado que cumple estrictamente con los requisitos señalados en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, llegando a su conclusión en uso de la certeza y convicción, tanto de la existencia del hecho antijurídico como de la determinación de responsabilidad del acusado en calidad de autor. La sentencia cumple con las exigencias establecidas en el numeral 7, literal l, del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.
- Considera que el recurso de casación debe ser desechado, por no haber demostrado que en la sentencia recurrida se violó la ley.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. Naturaleza Jurídica del Recurso de Casación: La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario[3], 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 a la ley, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la misma, o por haberla

[2] Ibídem., f. 25 a 27.

[3] Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 10, segundo inciso.- La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal[4]; es decir, en caso de que la ley disponga al juzgador qué debe hacer y este no ha aplicado dicha disposición, o cuando ha aplicado una norma que no corresponde a la realidad procesal, o cuando al aplicar la ley le ha dado un alcance distinto al que este tiene.

El recurso de casación 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, constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. 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 por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de la tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas que de manera formal y material sustentan sus disposiciones.

La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *"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"*. De igual manera, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: *"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"*. Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, reconoce este derecho en el artículo 76.7.m[5].

Siguiendo el mismo orden de ideas, la Corte Constitucional se pronunció a cerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación en sentencia N° 001-13-SEP-CC, caso N° 1647-11-EP, de 06 de febrero del 2013: *"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 de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores[6]"*.

Sobre este recurso Luis Cueva Carrión señala que: *"[...] el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes [...][7]"*.

El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador 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 la sentencia. Mediante esta sentencia se materializa la tutela judicial efectiva y la motivación como parte sustancial del debido proceso.

Marco Antonio Guzmán, sostiene que: *"La casación es un recurso extraordinario, extremo: se recurre a él cuando respecto al fallo impugnado ya no existen más instancias a las que acceder. Además, no puede proponerse en todo tipo de proceso ni contra toda clase de sentencias. No es, pues, una nueva instancia; no equivale a la tercera instancia: resulta claramente diverso de ella[8]"*.

[4] Código de Procedimiento Penal, artículo 349, primer inciso.- 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 por errónea interpretación.

[5] "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".

[6] Este criterio de la Corte Constitucional fue ratificado en la Sentencia N° 003-09-SEP-CC, de 14 de mayo de 2009, dictada dentro del Caso N° 0064-08-EP.

[7] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión, 2da Edición, Quito, 2007, p. 146

[8] Marco Antonio Guzmán, "La casación en Ecuador, en especial, la Administrativa y la Civil", en Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Universitaria, Quito, 2008, p. 129.

Fabio Calderón Botero, define al recurso de casación penal como: "[...] 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 objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido[9]".

De los criterios jurídicos antes expuestos, se colige, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-; es respecto a estos errores *"in iudicando",* sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación. Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba. De ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente, para demostrar la violación a la ley en la sentencia objetada.

5.2. Análisis de la sentencia recurrida y del delito que se juzga: El recurrente formula sus cargos señalando que se ha interpretado erróneamente los artículos 29.6.7, 72, 80.3, 354 y 355 del Código Penal; 83, 84, 85, 86, 87, numerales 2, 3 y 4 del 309, 304-A y 312 del Código de Procedimiento Penal; corresponde por tanto analizar cada una de las alegaciones planteadas, y realizar un análisis pormenorizado de la sentencia de marras, a fin de establecer si existen las violaciones a la ley en la sentencia que han sido invocadas por el casacionista, o si existen otras que se puedan determinar como resultado de este estudio.

Consta de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, conforme se indicó anteriormente, que la Jueza de Garantías Penales competente, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de Harrison Alberto Salcedo Mena, por considerarle autor del delito tipificado en el artículo 354 del Código Penal, esto es el delito de perjurio; al respecto, si bien las decisiones adoptadas en el auto de llamamiento a juicio, no tienen el carácter de irrevocables, sin embargo demarcan los aspectos que se van a tratar en la etapa del juicio, tal cual ocurre en el presente caso, ya que si el delito de perjurio consiste en faltar a sabiendas a la verdad bajo juramento, al declarar, confesar o informar ante la autoridad pública, el haber llamado a juicio por este delito nos circunscribe exclusivamente al juzgamiento de los hechos suscitados ante el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, al rendir su declaración como testigo, dentro del juicio de divorcio N° 226-2006, el día 6 de junio de 2006 a las 15:26 horas.

El Tribunal de Juicio en su sentencia, luego de realizar un detalle de las diferentes pruebas practicadas en la audiencia, manifiesta en su considerando Quinto, que *"En el planteamiento de las hipótesis de adecuación típica, esto es, del relato circunstanciado de los hechos como de la exposición del motivo de la acusación, petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia o no del ilícito por la que el acusado fue llamado a juicio, como de su responsabilidad penal, (...) los sujetos procesales, luego de presentar al Tribunal su teoría del caso y la prueba correspondiente que ha sido analizada en su conjunto y a la luz de la sana crítica, ha dado a este Tribunal Juzgador la certeza de que el acusado antes mencionado es responsable del delito que motiva este enjuiciamiento, toda vez que se ha demostrado el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad penal, por cuanto (el acusado) adecuó su conducta en el delito de perjurio tipificado en el Art. 354 y sancionado en el Art. 355 del Código Penal (...) En el delito de perjurio, el bien jurídico protegido es la correcta administración de justicia, en donde no se puede afectar un ordenamiento jurídico basado en la confianza, la misma que está garantizada por la intervención de los funcionarios públicos, por consiguiente si una persona falta a sabiendas a la verdad en esos actos, no sólo ha roto la confianza general de que está revestido dicho acto, sino que además lo ha hecho a pesar de que la autoridad pública ha intervenido en él. En el caso sub júdice, el acusado, como*

[9] Fabio Calderón Botero, "Casación y Revisión en materia penal", Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Impreso en Colombia, p. 2.
[10] Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Primera Edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, p. 657.
[11] Diccionario de la Lengua Española, Rotapapel S.L., Vigésimo Segunda Edición, España, 2001, Tomo 8, p. 1177.

persona natural, al declarar ante autoridad pública bajo juramento, faltó a sabiendas a la verdad, al manifestar que su profesión es abogado, sin serlo, como se demostró con su propio testimonio, en el que dijo que a la fecha de su testimonio constaba en su cédula, como de instrucción secundaria; además con la certificación de la SENESCYT en el que dan contestación al pedido de la Dra. María Crespo, Fiscal, se desprende que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, con cédula de ciudadanía No. XX, una vez revisado el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador (SNIESE) se constató, que NO REGISTRA TÍTULOS, lo que fue corroborado con la certificación de fecha 22 de agosto de 2013, suscrita por la Subsecretaria General de Educación Superior del SENESCYT, en la que se determina que el señor Harrison Alberto Salcedo Mena, no registra títulos. Cabe mencionar que la declaración testimonial ante autoridad pública, bajo juramento, reviste una solemnidad que es de suma importancia para la sociedad, pues se parte del principio de que el declarante (deponente) ha aceptado actuar con buena fe y sólo el hecho de faltar a sabiendas a la verdad hace que el reproche de la conducta sea severo, habida cuenta que ha mancillado un acto procesal solemne que afecta, no sólo a la sociedad, sino que busca vulnerar y engañar a la administración de justicia. En el caso sub lite, se demostró con prueba testimonial y documental -actuada durante la audiencia de juzgamiento- la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, (...)"; sin embargo, al desarrollar esta prueba que el tribunal menciona, la misma no guarda relación con el delito de perjurio, sino con otros hechos relatados en la denuncia, pero que no corresponden a este tipo penal, sino a otras figuras delictivas, que no son materia del proceso, ya que no se subsumen en los hechos descritos en el artículo 354 del Código Penal por el que se llamó a juicio y el acusado Harrison Alberto Salcedo Mena ejerció su derecho a la defensa, existiendo por lo tanto incongruencia entre el delito juzgado, las pruebas practicadas y lo resuelto por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha.

Por otra parte, remitiéndonos puntualmente al testimonio rendido por Harrison Alberto Salcedo Mena, con fecha 6 de junio de 2006 a las 15:26 horas, en el juicio de divorcio N° 226-2006, a fin de determinar si ha existido el delito de perjurio, por cuanto al consignar sus generales de ley ha manifestado que su ocupación es la de "abogado", es necesario precisar que, *"En sentido estricto, testigo es toda persona física ajena a las partes que, por haber percibido a través de sus sentidos algún aspecto vinculado al hecho que constituye el objeto del proceso, es llamada a deponer bajo juramento o promesa de decir verdad en punto a esas circunstancias"*[10].

Sobre el delito, materia del presente proceso, nuestro Código Penal establece en su artículo 354, que *"Hay falso testimonio punible cuando al declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad; y perjurio, cuando se lo hace con juramento.*

Se exceptúan los casos de confesión e indagatoria de los sindicados en los juicios penales, y los informes de las autoridades cuando puedan acarrearles responsabilidad penal".

Así también, el mismo cuerpo legal establece la pena con que se sanciona esta conducta delictiva; señala el artículo 355: *"El falso testimonio se reprimirá con prisión de uno a tres años; y el perjurio, con reclusión menor de tres a seis años".*

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, perjurio es "Juramento en falso. Quebrantamiento de la fe jurada", y perjuro "Que jura en falso. Que quebranta maliciosamente el juramento que ha hecho"[11].

Hernando Barreto Ardila señala que *"(...), incurre en este comportamiento el que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente falte a la verdad o la calle total o parcialmente.*

Este comportamiento atenta contra el normal y eficaz funcionamiento de la labor jurisdiccional, pues callar la verdad total parcialmente provoca que el funcionario no se informe adecuadamente para formar su criterio y decidir, con lo que eventualmente podrá equivocar su raciocinio y deducciones"[12].

Carlos Fontán Balestra expresa que *"(...) la falsedad puede recaer sobre un hecho fundamental o accidental; esto no es lo que tiene significado, sino que tenga alguna importancia para la resolución del asunto. De ello resulta que no toda falsedad es apta para configurar el falso testimonio, sino sólo la que, de algún*

[12] Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, p. 24.

modo, se vincula con la actitud mental del juez en el momento de decidir"[13]*; además, dice este autor que "Es criterio de Soler, para quien, mientras puede decirse que las afirmaciones del testigo acerca del hecho prueban, las que versan sobre las generales de la ley no prueban nada"*[14].

En el ámbito jurisprudencial encontramos que la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, ha señalado que doctrinariamente los elementos del perjurio son los siguientes: *"1. Que el declarante, informante o confesante conozca la verdad y deliberadamente la altere ante Juez o autoridad, distorsionando lo que sabe o conoce con lo que informa o depone; 2.- Que el informe o declaración se relacione con hechos importantes que tendrían efectos jurídicos en la apreciación del Juez para la decisión de una controversia, en otros términos, que la declaración verse sobre un hecho esencial, si es accidental, como formas, colores, las generales de ley en el testigo, no producen efectos jurídico penales, y 3. Que con aquella declaración o informe se pudiera causar o se haya causado perjuicio al agraviado, si se tiene en cuenta, que según opiniones de los tratadistas, el perjurio es delito de perjuicio potencial, para unos, de perjuicio efectivo, para otros, en todo caso siendo delito doloso, ya que no admite la figura culposa, conlleva la intención de causar perjuicio*[15]*"*. (El subrayado no es del texto).

El análisis doctrinario y jurisprudencial desarrollado en este punto, nos lleva a la conclusión de que al haber declarado el acusado Harrison Alberto Salcedo Mena, en las generales de ley, que su ocupación o profesión es la de abogado sin serlo, no se cumple con los requisitos necesarios para que constituya el delito de perjurio, ya que, además de un actuar consciente y voluntario sobre la falsedad consignada, se requiere que exista dolo, el que no ha sido acreditado en el proceso, y que su declaración se relacione con los hechos que motivaron en este caso, el juicio de divorcio por causal, convirtiéndose por tanto, en la esencia del testimonio, más no su profesión u ocupación, que en este caso no es penalmente relevante por no tener nada que ver este aspecto profesional, en el caso controvertido en el que fue a declarar como testigo.

En consecuencia, se observa que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, en su sentencia viola la ley, ya que al no haberse configurado el delito de perjurio, ha aplicado indebidamente los artículos 354, 355 y 42 del Código Penal, cuando en su lugar, debió aplicar el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal y confirmar su estado de inocencia, por lo que este cargo ha prosperado.

Al existir la causal de casación por aplicación indebida de la ley que tipifica al delito de perjurio, resulta inoficioso continuar en el análisis de los demás cargos propuestos por el recurrente.

Por lo expuesto, **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 dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, aplicable al presente caso, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito,

RESUELVE:

1. Declarar procedente el recurso propuesto y casar la sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, el 10 de octubre de 2013 a las 12:02 horas, por indebida aplicación de los artículos 354, 355 y 42 del Código Penal, revocar la sentencia recurrida y ratificar el estado de inocencia del señor HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA.

2. Emitir inmediatamente la boleta constitucional de excarcelación en favor del señor HARRISON ALBERTO SALCEDO MENA, a fin de que sea puesto en libertad por este juicio, siempre y cuando no exista orden de privación de la libertad dictada en su contra, por autoridad competente y en otra causa, y levantar todas las medidas de carácter personal y real que se hubieren dictado en este proceso penal.- Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes.- **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL.

---

[13] Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Décimo Séptima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 1004
[14] Ibídem, p. 1005.
[15] Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3925, Quito, 3 de diciembre de 2002.

IX

Resolución nro. 1179-2015
Juicio nro. 1331-2014

Juicio penal por delito de violencia moral, física de odio y desprecio, contra Fernando Mauricio Encalada Parrales

SÍNTESIS

Mediante denuncia presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez, llega a conocimiento de las autoridades, que durante el tiempo en que fue cadete de la Escuela Militar Eloy Alfaro, en su entrenamiento dentro de la Fase Pucará, había sido objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal. Estos actos denigraron su dignidad humana, lo que atentó contra sus derechos humanos; hechos que dieron lugar a que solicite la baja voluntaria de la institución militar. El ciudadano Michael Andrés Arce Méndez, acusador particular; y, la doctora Gina Gómez de la Torre, fiscal, interponen recursos de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 24 de julio de 2014, las 08h20; la cual, confirma la sentencia emitida por el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de 27 de marzo de 201 4, las 11h14, que ratificó el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, quien fuera procesado por el delito tipificado y sancionado en el segundo artículo innumerado, agregado, después del artículo 212 del Código Penal, que tipifica al delito de violencia moral física de odio y desprecio, y que forma parte del Capítulo innumerado, identificado como (VIII.I) De los delitos de odio, agregado por la Ley sin número publicada en el R.O. Suplemento No. 555, de 24 de marzo de 2009, en donde se lo refiere como el artículo innumerado (212.5). El Tribunal de casación, declara la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 24 de julio de 2014, por falta de motivación, desde fojas 40 del cuaderno de segunda instancia, esto es, desde la audiencia de fundamentación de los recursos de nulidad y apelación. La presente nulidad fue declarada a costa de los Jueces provinciales de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que la dictaron.

PRIMERA INSTANCIA

Jueza Ponente: M.S.C. Susana del Pilar Nájera Verdezoto

SÉPTIMO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, jueves 27 de marzo del 2014, las 11h14.

VISTOS: El doctor Franz Valverde Gutiérrez, juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (e), en auto de 26 de noviembre de 2013, las 12h31, fundamentado en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Fernando Mauricio Encalada Parrales, por considerarle autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 212, del segundo innumerado del Código Penal, en concordancia con el art. 42 *ibídem*. El referido auto tuvo como antecedente la resolución de inicio de instrucción fiscal, de fecha 03 de julio de 2.013, dictada por el Dr. Franz Valverde Gutiérrez, de la que se desprende que el señor Michael Andrés Arce Méndez, fue cadete de la Escuela Militar Eloy Alfaro, durante su entrenamiento en la Fase Pucará, había sido objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; el ex cadete Michael Arce Méndez, había denunciado este hecho en la Defensoría del Pueblo y en la Escuela Militar, es así que por las investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de sus funciones, realizaron una investigación bajo el principio de la informalidad, los funcionarios de dicha institución se entrevistaron con los cadetes de la Escuela Militar Eloy Alfaro, sin que

éstos indiquen sus nombres, quiénes confirmaron los hechos denunciados por el ex cadete Arce, esto es Michael Arce -recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado en su instrucción militar ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le 'impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban a salir de la ducha para que repte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico, era obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarle su fuerza y su capacidad; -le dotaron de un fusil en mal estado para que se largue y pida la baja. Estos actos denigraron su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron lugar a que Michael Arce solicite la baja voluntaria de la institución militar.- Remitida la causa a la Oficina de Sorteos de la Función Judicial para el sorteo de ley, correspondió su conocimiento a este Tribunal, en donde se radicó la competencia, por lo que la Presidencia avocó conocimiento de la causa y posteriormente convocó a la audiencia oral pública de juzgamiento del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales y, habiendo llegado el indicado momento, en la forma que determina la Ley, se evacuaron las pruebas que los sujetos procesales consideraron convenientes a sus intereses y, por agotada su tramitación, encontrándose el proceso en estado de resolver, previamente a hacerlo se considera:

PRIMERO.- En la sustanciación de la causa no se omitieron solemnidades sustanciales y además se observaron durante su tramitación las normas del debido proceso establecidas en la Constitución de la República, razón por la que se declara su validez:

SEGUNDO.- El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha es competente para sustanciar el juicio y dictar sentencia en el presente proceso de acción pública instaurado contra el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por así disponerlo el numeral 1 del art.28 del Código Adjetivo Penal.

TERCERO.- La fiscalía representada por la Dra. Gina Gómez de la Torre, para justificar su hipótesis de adecuación típica, así como la responsabilidad del acusado antes referido, en, la audiencia pública de juzgamiento, presentó las siguientes pruebas I. Testimonio del ofendido (acusador particular) Michael Andrés Arce Méndez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es estudiante universitario y trabajador privado; agregó que la persona que intervino en el hecho es el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, y en un evento denominado empalizada intervino el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; no recuerda las fechas en que sucedieron los hechos porque fueron varios eventos en los que fue maltratado, pero esos eventos se dieron en el año 2011, de esto, ha tratado de olvidar; todos los hechos fueron cometidos en la Base Pucará, en la ESMIL; las personas que saben del hecho son sus ex compañeros y todos los tenientes que estaban a cargo de los diferentes pelotones, entre los que se encuentran Freire David, Asadovay Wilmer, Aguilar Jorge, Cantuña y otros; por todo lo que le aconteció sufrió psicológicamente ya que sufría constantes acosos de parte del señor Teniente Encalada, él constantemente le llamaba vago, sucio, inútil, muérgano y otros términos que denigraban a su persona, otro evento sucedió en la piscina, en la quinta semana, le tocaba hacer las prácticas de natación y habilidades acuáticas, en el primer día los 190 cadetes estaban practicando natación, pero cuando él (Michael Arce) nadaba en la piscina olímpica, le hizo salir y le hizo entrar a la fosa, por el lapso de media hora, la temperatura era sumamente baja y les dijo a sus compañeros que le vigilen; en el segundo día tenía que hacer prácticas de habilidades acuáticas, estas se dividían en varios segmentos, en el primero, se sintió mal porque en el entrenamiento le tocaba ponerse una mochila, con la cual tenía que botarse a la piscina y desequiparse, no lo pudo hacer, al Teniente Fernando Encalada le dijo a Encalada que ya no podía más, que se estaba entumiendo su cuerpo y Encalada le mandó a la fosa y le dijo que se metía ahí, por esto su cuerpo ya no resistía, sin embargo de esto, luego le hizo que se sumerja a la piscina; la otra práctica era la del boxeo, que es de

defensa personal, suponía que la práctica era con otro cadete pero en su caso, le obligaba a pelear con dos y más personas a la vez, estas prácticas eran excesivas, a sus contrincantes les decía que tenían que masacrarle y si no lo hacían les iba a masacrar a ellos, además el Teniente Encalada le ponía a boxear con mujeres, lo que para él era un reto, por ese motivo solo se dejaba golpear por ellas y les esquivaba para no golpearlas, por las excesivas prácticas de boxeo, le ocasionaron una fractura en la nariz; para ingresar a la escuela se sometió a las pruebas sicológicas, médicas y físicas, si no hubiera estado bien medicamente, no hubiera pasado las pruebas físicas; cuando les tocaba comer, todos entraban al comedor y se sentaban en las mesas con sus alimentos, mientras que a él cuando tomaba los alimentos, le mandaba a trotar por alrededor de la Base, en eso se le iba el tiempo y le quedaba solo un minuto para comer, esto le sucedía solo a él, mientras que el resto de compañeros se quedaban sentados almorzando, en varias ocasiones comió fuera del comedor, en el suelo, esto le hacía solo él; cuando salían de caminata a diferentes sectores, a los vagos se les hacía cargar una campaña, la misma que él sí la cargó, un día en una caminata le culpó a él, de haber dejado caer la camilla en la cual llevaban a un compañero; en el momento en que todos se reunían y practicaban canciones militares, el Teniente Encalada le obligó a que haga el puño coreano y no las canciones que hacían el resto de sus compañeros, el puno coreano le lastimó las manos porque tenía que hacerlo durante un tiempo indefinido, ya que tenía que apoyar sus puños en piedras que se le incrustaban en sus manos, por esto perdió el movimiento de sus manos, es por esto que el día que salió, ya no pudo escribir el informe y éste le escribió su madre, ya que no podía mover sus manos, tampoco las sentía, lo único que .hizo a duras penas fue firmar el informe; los ejercicios físicos, llamados "Teques" consisten en un castigo, ejercicios que se los realizan hasta que el cuerpo aguante; cuando recibía maltratos y agresiones verbales por parte del teniente Encalada, nadie le ayudó por el odio que le tenían; en la práctica de disparo, se percató que su fusil estaba dañado por esto se encasquilló, esto comunicó al Teniente Encalada para que le cambien el fusil, pero Encalada le dijo "déjale a este hijo de puta para que se largue de la escuela", por esto se sintió mal, el brigadier mayor le cambió el arma y continuó realizando la práctica de tiro; el día en que pidió la baja regresó a las instalaciones de la Escuela donde sus papás ya se habían acercado" y habían hablado con alguien, sin saber con quién, luego cuando habló con sus padres, el Teniente Coronel Argoti le dijo que regrese a la Base, que todavía estaba a tiempo, su madre le dijo aguanta solo te falta una semana, entonces el Teniente Bayas le llevó a los dormitorios de la Escuda y le puso boca abajo y le pasó pisando la espalda, además le dijo "ahora por sapo te fregaste" y luego le hizo subir a la base con una roca enorme en la maleta y justo cuando· llegó estaba formada todo la compañía con los 190 cadetes, llegó con un brigadier, en ese momento dijo a Arias si podía regresar a la fila, en esta vio al Teniente Encalada que se burlaba, ese día tuvo que hacer varios ejercicios, corrió con la roca, por esto pensó que no va cambiar su situación, por lo que nuevamente pidió la baja; en relación a las guardias, un fin de semana el Teniente Encalada le ordenó a un brigadier, que no recuerda quien era, que le anoten en la guardia para toda la semana, a pesar que las guardias no se las realiza durante toda la semana, el día que le tocó la guardia no durmió un día entero, los otros días igual, le obligaban hacer las guardias pero sus otros compañeros no lo hacían, él recibía un trato diferenciado; agregó que había una estación donde tenían que aprender como lanzar una bomba molotov, pero como estaban 40 personas, no había suficientes bombas, por lo que no pudo realizar esta práctica, ni siquiera pudo encenderla; porque lo consideraban lo peor; todas las estaciones eran calificadas por el brigadier, solo había una materia que calificaba el Teniente Encalada, quien le puso como nota cero, con los demás brigadieres obtuvo buenas calificaciones; el Teniente Fernando Encalada les ordenaba a sus compañeros que le tengan realizando alguna actividad porque era un vago un ocioso, esas eran las palabras que él decía y eso solo le decía al deponente (Arce), les decía a sus compañeros que si no le tenían haciendo alguna actividad física, les iban a castigar a ellos, por eso le tenían haciendo flexiones, en dos ocasiones, al ver el trato discriminatorio que le daba el Teniente Encalada, se armó de valor, salió de la fila, habló con Encalada y le dijo porque le hacía eso, qué le disgustaba de su persona y Encalada le dijo que no quería ver gente como él en el ejército, en una segunda ocasión, le dijo que ya faltaba poco para terminar la fase de instrucción, pero que haría todo para que me marche de la escuela, siempre Encalada le hablaba con palabras denigrantes,

como vago, ocioso, muérgano, personas como tú no deben estar aquí, esas palabras eran solo para él, al resto de sus compañeros les trataba bien; es decir, todos los hechos relatados constituían un hostigamiento hacia su persona, ya que Encalada puso a sus compañeros en su contra; 2. Testimonio propio de la señora Lilian Oliva Méndez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que su hijo ingreso a la ESMIL como aspirante a cadete, para ello, aprobó todos los requisitos, en el transcurso de dos meses no pasó nada raro, una noche recibió una llamada telefónica a su casa, quien le llamó no se identificó, le dijeron que llamaban de la ESMIL, le indicaron que Michael estaba sufriendo maltratos, le dijeron que le lleve unos energizaste, al siguiente día acudió a la escuela a dejar el pedido, en la garita unos señores le dijeron usted es la mamá de Arce, les dijo que sí, le dijeron que hable con los superiores porque al chico le están dando duro, no prestó atención; pasaron unos días y su hijo le dijo que había -pedido la baja, fue al día siguiente, lo primero que hizo fue hablar con el señor Argoti, él les recibió a ella y a su esposo, le expusieron lo que estaba pasando y del trato que les estaban dando a su hijo, el señor dijo que si quería regresar a la escuela podía regresar, hablaron con su hijo Michael que estaba con la cara hinchada, sus manos no estaba en buenas condiciones, a pesar del dolor que tenía, su hijo le dijo que sí quiere reingresar a la escuela, en eso le dijo a su hijo dame los nombres de la persona que te está haciendo esto, le dijo no le voy a decir porque voy a regresar nuevamente y le daba miedo que tomen represalias, no pasó mucho tiempo, su hijo le llamó por teléfono nuevamente y le dijo que le habían botado al piso y que le habían dado una mochila para que la cargue, le dijo por qué te hacen eso, y dijo que vaya a Base Pucará; al siguiente día fue y nuevamente recibió una llamada de su hijo, quien le contó que acaba de pedir la baja de manera irrevocable porque él ya no quería saber nada, hasta ese momento todo lo que había sufrido su hijo, al siguiente día nuevamente acudió a la ESMIL pidió hablar con el señor Pastor, mientras esperaban, que se acerque el señor Pastor les recibieron en la oficina del señor, su esposo le dijo que le han dado un trato diferenciado a su hijo, el señor Pastor no le tomó en cuenta y más bien dijo que el teniente Encalada era un buen instructor, le hubiese gustado que le digan vamos a investigar, se retiró; su hijo tenía en la ESMIL buenas notas, no tenía problemas de disciplina, por eso le dijo Pastor que nuevamente le pueden recibir, pero su hijo tomó la decisión de salir de la ESMIL, mediante la baja, el señor Pastor le dijo que debían cancelar de USD. $ 2.700, pero como su esposo no disponía dinero, llegaron a un acuerdo para pagarlo hasta el 30 de diciembre de 2011, luego les llevaron al Departamento Jurídico, en donde les hicieron firmar un documento notariado, en ese lugar les dijo que son unos salvajes, bárbaros y le respondieron que su hijo está bien y que mejor le ponga a estudiar; a las 15h00; regresaron a la ESMIL, les recibió Mora quien empezó a conversar, a socializar las cosas, en ese momento ya le pudieron ver a su hijo porque no le habían visto, conversó con él; a las cuatro de la tarde le ordenaron a su hijo que ya podía sacar sus -cosas, bajó el brigadier y lo que él le dijo es que realmente como jefe de los muchachos le daba pena por Arce porque si se le había pasado la mano al Teniente Encalada y a los compañeros de él, le respondió que como permiten eso, él le dijo que no- podía defenderle a Arce porque lo único que hacía era recibir órdenes; dijo que le indignó que en ninguna parte de las autoridades le hayan ofrecido que van a realizar investigaciones en torno a los maltratos que sufrió su hijo; luego se vio obligada a poner un reclamo en la Defensoría .del Pueblo, en la que sí dejó sentado su rechazo por las agresiones que sufrió su hijo, en el momento que fueron a hacer la mencionada queja, su hijo tenía inflamadas las manos por falta de tratamiento porque Encalada le había obligado a su hijo a que haga el puño coreano, por esto él perdió la sensibilidad en los dedos, por esto su hijo no pudo escribir la queja y lo único que pudo hacer es firmar el mismo, con mucha dificultad; el Dr. Lázaro, le mandó a que le haga un reconocimiento a su hijo porque tenía su tabique desviado, para las manos le mandó medicamentos para que le baje la inflamación de los nudillos de las manos; su hijo le dijo que él, había aguantado más que los otros muchachos; el señor Pastor le dijo si Michael quiere regresar el próximo año, lo puede hacer, ya que no ha tenido problemas de disciplina, ni en el aspecto económico y que la escuela lo iba a recibir con las puertas abiertas; 3. Testimonio propio de la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que actualmente es funcionaría pública; conoce sobre este hecho, porque es Directora Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo, en el 2011, se emitió la resolución de-

fensorial, en la cual establecieron que existían vulneraciones a los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez; el caso se inició con una queja como parte del trámite interpuesto por el señor Michael Arce, en base a la Ley de la Defensoría del Pueblo; iniciaron las investigaciones en donde se· hicieron entrevistas a las personas que estudiaron el mismo año en la ESMIL, con Arce, además se realizó una visita in situ, se hizo una valoración de los derechos e hicieron una audiencia en la que se pidió información documental donde constaban las notas de Michael Arce, reglamentos, etc., luego se emitió una resolución defensorial; en donde se determinó que se vulneraron los derechos a la integridad personal; al proyecto de vida y a la educación. La investigación se la realizó dentro de la Defensoría del Pueblo, se designó una abogada o abogado para que lleve el caso, de acuerdo a la Ley, tienen la potestad de hacer una investigación informal. Los casos dentro de la Defensoría no son contenciosos, la Defensoría declaró la vulneración de derechos, sin embargo las resoluciones no concluyen con una obligación de una persona, sino con la declaración de vulneración de un derecho; en el expediente consta lo que fue entregado no recuerda cuantos documentos se pidieron a la ESMIL y cuantos se entregaron, como funcionarios públicos tienen la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes, ya que pueden decidir si existe un delito, esto les corresponde a las autoridades competentes; también dispusieron que se realicen las investigaciones en el interior de la ESMIL.; 4. Testimonio propio de la Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es abogada uno de la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos de la Naturaleza y Derechos Humanos; que se presentó una queja en la Defensoría del Pueblo, el 4 de diciembre de 2012, el señor Michael Arce Méndez y su madre se acercaron a la Defensoría del Pueblo para presentar una queja, les asesoró, y el 17 de enero se elaboró una providencia firmada por la Directora, dirigida al director de la ESMIL; la Defensoría del Pueblo fue a realizar un trabajo de investigación en la ESMIL, fueron a dicha escuela a realizar un trabajo de campo, les tuvieron en la garita porque no le encontraban al jefe, luego la señora Nancy López, asesora jurídica, se acercó y les permitió el ingreso para que hagan el· trabajo de campo; en la mañana formaron grupos de dos compañeros de la Defensoría del Pueblo, su compañero entrevistó a 7 cadentes, entre hombres y mujeres, porque eran como 180, y en la tarde entrevistó la deponente a 7 u 8 cadetes, de primer año; la entrevista neutra tuvo como objetivo conocer la vida militar del cadete Arce, todos estuvieron muy receptivos y colaboradores, la mayoría de los señores, explicaron que al señor Arce si le castigaban; dentro de las conversaciones con los cadetes, la mayoría hablaba que el instructor Fernando Encalada le castigaba o le insultaba en forma exagera o agresiva, decían también que le quitaba el derecho a su alimentación, que a veces el instructor Encalada le daba medio minuto para que almuerce, a veces le tentaba con una funda de tostado y si comía; cuando la madre de Arce y él, se aceraron su obligación era escuchar la versión de él y asesorarle; dentro de la investigación de campo, esto es, de su conversación con los cadetes de primer año, no preguntó los nombres ni apellidos de ellos; 5. Testimonio propio de la señora Edith Anabel Ortega Mendoza, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó una investigación, en tomo al caso del señor Michael Arce, para ello, entrevistó a 14 cadetes de la ESMIL, en esta investigación intervinieron sus dos compañeros, realizó la entrevista a Javier Morales; en la entrevista que hicieron, empezaron con la motivación que tuvieron para escoger esa carrera, luego les preguntaron de su compañero Arce, quienes les dijeron que hubo un exceso en el trato que le dieron a él, no le daban de comer, no le servían carne ni pollo, le llamaban vago, inútil, el instructor Encalada les había dispuesto al resto de cadetes que vigilen a Arce, al no hacerlo corrían el riesgo que les castiguen a todos, además había dado la disposición de que a él (Arce) lo quería fuera, es decir, el trato que se le dio a Arce era diferente, a pesar que habían otros compañeros que tenían las mismas condiciones de Arce, a quienes no se les castigaba; uno de los entrevistados le dijo que una mañana encontró a Arce con la ropa mojada, estaba como ido, luego de que Arce ya había pedido la baja, el Teniente Encalada le hizo pasar al frente de la compañía y le hizo leer una carta privada, que era de su madre, donde le decía que siga siendo el mejor como en el colegio, el joven Arce lloró, eso les impactó a todos sus compa fase Pucará requerían mayor esfuerzo físico, pero que no hubo un trato discriminatorio por ser afro ecuatoriano, sino porque le habían encontrado caramelos chocolates y que seguramente hizo que Encalada le haya visto mal;

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

6. El testimonio propio de Wilton Vicente Guaranda Mendoza, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es servidor público de la Defensoría del Pueblo; agregó que entrevistó a 6 o 7 cadetes, quienes le manifestaron que al cadete Arce, siempre le imponían sanciones de manera desproporcionada lo que no se daba con los otros cadetes, eventualmente escucharon algún tipo de insultos o tratos descomedidos al señor Arce, sobre todo en la zona de Pucará, al mencionado señor se le daba medio minuto para comer, mientras que las otras personas lo hacían en un mayor tiempo, en lo que respecta a las prácticas de box, a Arce le hacían pelear entre tres a cinco personas y que en alguna oportunidad también escucharon al señor Arce, que los instructores le habían dicho que se ·acoja a la baja, porque no iba a rendir en esa actividad, los entrevistados no le dijeron sus nombres para que no se comprometa su vida personal; agregó que remitió un informe a la Directora Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo; 7. El testimonio propio del General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es Comandante de la Primera División Shyris del Ejército ecuatoriano; que no firmó el documento que está firmado por el Coronel Javier Pérez, Subdirector de la Escuela Militar, su nombre aparece porque es el Director y en su ausencia, el sub Director, asume las funciones y es el responsable de lo que firma; que asumió las funciones a partir del 18 de julio de 2011, hasta finales de julio de 2012; el pedido de baja se lo puede hacer por varias circunstancias, una de ellas es por solicitud voluntaria de los cadetes como sucedió con el cadete Arce, quien pidió su baja voluntaria, por lo que se dio el trámite pertinente en procedimiento regular; agregó que la programación académica de los cadetes es minuciosamente planificada, durante la carrera que dura 4 años; los cadetes que están en primer año tienen que someterse a las disposiciones militares y académicas planificadas durante cada año, la institución militar es jerarquizada; no tiene que llegar a conocimiento del Director las modificaciones que se puedan hacer porque un cadete puede estar cumpliendo una comisión, hay niveles en los que puede ser reemplazado y hay otros en los que pueden haber cambios; de acuerdo al Reglamento de Recompensas, los cadetes tienen que someterse a disposiciones que tienen que cumplirlas; el cadete cuando infringe un reglamento tiene que someterse a la sanción que estipule el reglamento, sanción que se registra en la relación de castigados, que la lleva en forma diaria el brigadier; el Director aprueba las sanciones cuando éstas se acumulan, es obligación llevar la relación de castigados, que es un procedimiento que hay que cumplirlo; en las faltas de tipo leve hay un proceso y un debido proceso que se tienen que cumplir, el cadete tiene que aceptarlas; las faltas pueden ser que se disponga al cadete que haga flexiones de pecho, de la vuelta a carreras, pero los ejercicios físicos no constituyen sanciones ya que son un procedimiento normal, sí les hacía correr cinco veces, pero no solo a Arce, sino a todos los cadetes; por las faltas graves o atentatorias se le puede separar de la institución al infractor; que le pusieron en su conocimiento lo que estaba sucediendo con el cadete, pero esa documentación no la ha revisado; dijo que fue citado por la Defensoría del Pueblo, a donde fueron con la Dra. Nancy López, uno, dos o tres oficiales, el señor Michael Arce y los padres de él; los psicólogos estaban en forma permanente en la base para dar asesoramiento directo a quienes lo necesitaban, debían ayudarlos a los cadetes en sus problemas de ansiedad; para ingresar a la escuela les toman pruebas académicas, psicológicas, físicas y les realizan entrevistas. Los chicos tienen que nadar 200 metros en cinco minutos como mínimo, esa es la única prueba que se toma para el ingreso y el salto de decisión de 5 metros se lo realiza en la piscina de la escuela, en una mal llamada fosa, que es en donde hacen los cadetes los saltos, la piscina es cubierta y tiene el agua a temperatura ambiente, es decir a 14 o 17 grados; en la prueba de salto de decisión y otras pruebas, los cadetes tienen que acostumbrarse a flotar en el agua y a realizar otras actividades; la institución militar es una institución que se caracteriza por principios y valores e irse en contra de lo que pregona esta institución verdaderamente les afecta a todos, porque se ven afectados los intereses institucionales y nadie puede tildar a la ESMIL, que es una institución en donde se forman líderes, que ahí se realizan maltratos físicos, la propia Constitución dice que la educación tiene que estar basada en derechos humanos, entonces, el decir esto, es atentar contra la institución; dispuso que se investigue a raíz que la Defensoría del Pueblo les remitió su resolución, ahí tuvieron conocimiento de lo que había ocurrido en la ESMIL; en el propio oficio está remitiéndose una serie de requerimientos como informes de relación

de castigados, hay copias de informes, partes de brigadieres, informes de partes médicos, psicológicos, además deben existir otros informes que se refieren a la situación del cadete. Las faltas que estipula el reglamento pueden ser leves, graves o atentatorias y deben constar en la relación de castigados. Los parámetros para la realización de ejercicios están establecidos y tienen que cumplirse, pero esto depende de las personas. La palabra muérgano es una terminología en el argot militar para una persona que no hace las cosas bien, la palabra paquete se emplea en la persona que no hace bien su tarea; desconoce que es el puño coreano; el boxeo tiene que ser entre dos personas mínimo, entre más de dos personas, podría ser posible; por equidad de género cuando le toque a una mujer pelear con un hombre debe hacerlo, ya que cuando esté con un enemigo tiene que defenderse lo mismo sucede con los hombres; agregó que cuando los cadetes se sirven sus raciones alimenticias, puede darse que alguien no esté bien encolumnado o haga bulla, por lo que el instructor debe poner orden, porque en una institución militar hay que ser más rígido, puede darse, que antes de comer se le mande al cadete a que se dé una vuelta- por el árbol, el entrenamiento es demasiado extenuante; dijo que es un castigo, hay varios tipos de sanciones como darse la vuelta armado, equipado y en casos se le hace flexionar como castigo. El señor Arce salió de la institución en el mes de noviembre y por su denuncia comenzaron a investigar, conversaron con el Teniente Encalada, quien le dijo que no es cierto de lo que le acusan; el cadete Arce pidió la baja voluntariamente porque no se adaptó psicológicamente a la vida militar, por lo que ellos deslindan de cualquier responsabilidad a la institución. Agregó que no tuvo la oportunidad de entrevistarse con los padres de Arce, pero el Subdirector sí lo hizo, a quien no le dijo Arce que le trataron mal, que hubo un exceso, al haberlo dicho, les hubiera alertado para tomar acciones a su debido tiempo; antes de salir de la institución militar, se hace un análisis médico a quien solicita la baja, por ello, se le envía al policlínico, se le toma fotos para cuando salga de la institución, se demuestre que lo hizo en condiciones normales; el Estado otorga becas a todos los chicos que quieren formarse para militares, pero si el cadete sale voluntariamente de la institución tiene que restituir los valores que le otorgó el Estado, valores que en el caso de Arce, si no está mal, llegan a USD. $ 2.800,00, valores que los padres de Arce se comprometieron a pagar en cuotas, decisión que la tomaron voluntariamente, por esto se les aceptó la forma de pago que propusieron. Ser instructor de la ESMIL, es un privilegio, ya que la Dirección de Recursos Humanos, escoge para esta dignidad, a los que obtuvieron las primeras antigüedades, esto se lo hace porque se va a formar a los futuros líderes; no recibió ninguna queja contra el Teniente Encalada, a él lo cataloga como un excelente oficial, ya que hizo un curso en la Guyana Francesa, tuvo un excelente desempeño y terminó el curso, caso contrario se le hubiera dado la baja, el mencionado teniente tiene una buena capacidad física para afrontar un entrenamiento riguroso; no puede identificar si existió o no un odio racial hacia Arce, a los militares les toca convivir con los afro ecuatorianos en la· institución militar, por esto no puede decir que ellos sean excluidos; a sus subordinados les reiteró que deben respetarse mutuamente; cuando subió a la Base Pucará para ver si alguien tenía algo que decir, nadie le dijo nada; 8. El testimonio propio del Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinueza, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es médico; al señor Arce le hizo el reconocimiento médico el Capitán Franklin Castillo, el 23 de noviembre de 2011, luego él, como Jefe del Departamento Médico, legalizó el documento, al conocer a través del médico militar que no existían novedades; el certificado médico se lo hace en el policlínico que queda en la parte de abajo; durante el tiempo que fue jefe del policlínico no le reportaron novedades al cadete Arce él únicamente presentó dos lesiones debido a patologías que no revestían de gravedad, en ese entonces Arce fue atendido por la Dra. Jiménez por presentar mialgias y no por otra cosa que no recuerde, de esto existe constancia en un parte diario elaborado por la mencionada doctora. Previo a la baja de alguien, tiene que legalizar el reconocimiento médico el jefe del policlínico, esto se lo hace como norma, en el caso de Arce, el Capitán Castillo le realizó el reconocimiento médico al mencionado cadete; 9. Testimonio propio del Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo, quien luego de consignar sus generales de ley bajo juramento manifestó que los médicos de la ESMIL, trabajan por turnos de 24 horas, disponiendo de la disponibilidad de médicos, por lo general cada médico trabaja 24 días; el 23 de noviembre de 2011, revisó al cadete Michael Arce, previo a su salida de la institución; para la evaluación médica

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de un paciente que ha solicitado la baja, éste llega acompañado de un Oficial encargado, hablan con el Jefe del Policlínico, para la evaluación médica, el jefe habla con el médico para que evalúe al paciente, éste le realiza un examen clínico, anamnesis, donde el paciente tiene que referirle algún síntoma, también se le realiza el examen físico, luego de eso el médico le da parte al Coronel Director, a donde va con el cadete, frente a él, se hace el certificado médico, que firma el cadete y el Director, si el cadete tenía alguna inconformidad con el mismo, no lo firmaba; ese mismo día salieron varios cadetes con la baja y él les hizo la valoración; el Jefe del Policlínico era el Coronel Yépez; 10. El testimonio propio de la Capitán Rebeca Piedad Jiménez Jiménez, quien luego de consignar sus generales de ley ·bajo juramento manifestó que es médico y Oficial del Ejército; agregó que estuvo en la Base Pucará el 24 de noviembre de 2011; no tiene registrado el nombre de Michael Arce, eso quiere decir que no le revisó; el señor Arce requirió de sus servicios como médico por dos ocasiones, en las que presentaba una gripe y un dolor muscular, para atenderle fue de la base Pucará al centro médico; 11. Testimonio propio de la señorita Bertha Gabriela Pallo Chalco, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; agregó que presentó un informe que lo entregó en la Escuela Militar, por los acontecimientos suscitados por la manipulación de una bomba molotov, que produjo un pequeño incendio, provocado por el cadete Michael Arce, en esa temporada el bosque estaba seco y eso podía seguir quemando el bosque, en esa práctica estuvieron los compañeros del ex cadete y los instructores, entre los cuales no estuvo presente el Teniente Encalada; para manipular ese objeto primero se leyeron las medidas de· segundad, se verificó el sito en donde se iba hacer la práctica, se cercó el lugar con una cinta de peligro, habían extintores y tenían una ambulancia como doble función, entre la estación y el polígono de tiro; 12. Testimonio propio del Subteniente Carlos Fernando Albán Sigcha, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó un informe referente a las actividades de la semana, en el que detalló el problema disciplinario entre Arce y Aguilar, pudo haber sido ·sancionado si no daba parte de esta falta; el Comandante del pelotón era el Teniente Encalada; no es obligatorio que deba existir la relación de castigados, ya que no hay un reglamento en el cual diga que debe existir; en una ocasión Arce fue castigado porque estaba mal puesta la mochila y la misma estaba mal armada, por lo que le dijo que se anote, de esto hizo referencia en el informe, previamente se le hacía conocer que va a estar en la lista de sancionados. A la hora del cumplimiento de la sanción tenía que cumplirla, eso pasaba al cadete Sepraxo, a él le correspondía llevar el registro y hacer cumplir al cadete el castigo de la relación; su superior jerárquico en el pelotón era el Teniente Encalada, él era Comandante de pelotón; agregó que cuando da instrucciones es equitativo y no se centra en alguien en especial, se esmera en que todas las personas aprendan; recuerda que le llamó la atención a Arce porque tuvo un problema disciplinario con Aguilar, además le registró porque estaba mal armada la mochila de Arce; no vio nada irregular en el Teniente Encalada; 13. El testimonio propio del Cabo Primero de Policía Darlin Yovani Cañar Chamba, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es perito en inspección ocular técnica; en el presente caso, el día jueves 12 de julio de 2012, a partir de las 10h00, realizó la fijación de indicios en el interior de la Base Pucará; el indicio número 1, lo levantó del patio central del campamento Pucará (de esto existen fotos), el mismo que fue rotulado; el indicio dos, fue levantado de la parte posterior de la cabaña número 6, donde existe una carretera con piedra y arena (detalla en las fotos). También levantó como indicio número 3, un envase de vidrio, el cual presenta un impreso en donde se lee "Tropical", eso se encontró en el campo antimotines. Dicho envase no contiene ningún elemento en su cuello; en el lugar donde hizo la fijación de este indicio había vegetación en todo su contorno; y, el indicio número 4, consiste en un envase de las mismas características y en su cuello existe un trapo, indicio que se encontró dentro en la vegetación; no logró evidenciar algún indicio de incendio; no encontré huellas de violencia; 14. El testimonio propio del señor Juan Francisco Romero Toro, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar en servicio activo; estuvo encargado de la instrucción de señales convencionales; fue Comandante de la Escuadra del pelotón al que pertenecía el cadete Arce, quien era un poco deficiente, físicamente no denotaba mucho esfuerzo, era un poco descuidado en su aseo personal las uñas tenía manchadas con pintura camuflash, tenía barro en las orejas, además, por lo general cabeceaba durante las

jornadas de instrucción, por lo que se le sancionaba con 20 o 30 ejercicios de piernas o flexiones de pecho, el castigo fue de manera frecuente, no vio hacia Arce, violencia psicológica, ni física, no lo vio con ninguna lesión en la cara o nariz; las sanciones que se le imponían al cadete Arce, se anotaban en una hoja, que eran entregadas al brigadier López, éste seguía con el órgano regular, de esto no tiene conocimiento si todavía existirá, en algunos casos, algunas compañeras le apoyaban a Arce debido al espíritu de cuerpo. El Brigadier López y el Teniente Encalada; eran comandantes del pelotón, no recuerda quien calificaba la conducta; agregó que un pelotón posee tres escuadras; 15. Testimonio propio de la Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que no vio al cadete Arce boxear con mujeres, pero de haberlo hecho esa era una práctica usual, ya que todos los pelotones estaban constituidos por mujeres, por eso tenían que realizar la instrucción con hombres, eso era parte de la instrucción, no recuerda haber castigado a Arce; veía que Arce tenía un rendimiento físico deficiente; salía formar al último, hacia menos flexiones, inclusive menos que las mujeres, siempre- quedaba al último en todo, a más de esto, era descuidado en su aspecto físico, cuando salía a las formaciones salía mal puesto las botas y las mismas estaban sucias, por eso le llamaban la atención, sus faltas disciplinarias constituían "anotados negativos": por lo que recibía un castigo, también pagaba la falta, el grupo entero, pero no podría decir que era por culpa de Arce, no había otros cadetes afro ecuatorianos en ese tiempo; agregó que ella estaba encargada de las cadetes mujeres; 16. Testimonio propio del señor Hugo Fabián Muñoz Sevilla, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; que en la segunda semana de reclutamiento de señales convencionales, el Comandante del pelotón era el Teniente Encalada, dijo que no tuvo ningún problema con Arce, él fue parte del tercer pelotón en el cual impartía instrucción; un compañero le comentó que cadete Arce se había ahogado con el equipo y que un compañero suyo le había salvado en este evento no estuvo presente; los cadetes verbalmente se daban instrucciones, no hacían informes; la relación de castigados se anotaban en una libreta, en esta constaban los cadetes que habían hecho algo mal durante el día y se le entregaba la lista al Brigadier López y éste entregaba al Comandante y en la noche al Oficial de Control de Pucará, para que en la noche sea sancionado de acuerdo a lo que estipule el Oficial de Control; 17. Testimonio propio del Capitán del Ejército Juan Carlos Arias Cazco, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; dentro de sus funciones que cumplía en la ESMIL, Base Pucará, estaban las de Instructor y Comandante del primer curso militar, realizaba un recorrido por los grupos que eran de cinco, los pelotones se dividían en dos; el Teniente Encalada permaneció durante toda la fase de reclutamiento supervisando la instrucción del grupo asignado, permaneció todo el tiempo en Pucará; dentro; dentro de la instancia como comandante de compañía, debía solicitar al Jefe de Talento Humano, los requerimientos, el Teniente Encalada tuvo una calamidad doméstica con sus suegros no recuerda cuantos días el mencionado teniente tuvo permiso, cree que fue una semana; en relación al horario de actividades, el comandante les dispone el horario; cualquier cambio deben hacerlo las autoridades, él no está autorizado para cambiar los horarios de los Oficiales instructores. El persona que realiza la instrucción, en la Base Pucará, está compuesto de 230 personas, entre instructores, personal de apoyo administrativo y cadetes, éstos últimos tienen el mismo uniforme, casco y mochila, por lo que se le hace difícil identificar a los cadetes, en relación al cadete Arce, no sabe quién es; si un cadete quiere informar algo debe decirlo a su brigadier y ese brigadier al superior, y el superior a él. En cuanto a la instrucción, no se le informó de ninguna eventualidad relacionada con Arce. La escuela tiene la obligación de retroalimentar las capacidades de los cadetes, para beneficio de la Escuela, incluso de los cadetes que tienen deficiencias. Si un cadete no cumplía con los procedimientos normales o su desempeño no era el adecuado, se debía informar al brigadier, quien podía imponerle castigos, ejercicios por 30 minutos u ordenarle a que el infractor limpie la bodega, todo se documenta, ya que en una nómina se indica los nombres de los sancionados; los cadetes ingresan en octubre y egresan en diciembre, un cadete de primer año que está siendo orientado, sí consta en la base de castigados, siempre que haya cometido una falta. En la documentación que recibió en su despacho, se encontraban tres informes, no recuerda de qué se trataban, pero se le solicitaron que los certifique como fiel copia del original, no sabía para qué iban a ser utilizados; un cadete de cuarto año tiene

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

la obligación de instruir a los cadetes novatos que están en proceso de aprendizaje; los cadetes tienen que apegarse a los procedimientos, no recuerda si existió un cadete afro ecuatoriano; no ha recibido ningún documento en el cual consten las actividades de boxeo o defensa personal entre hombres y mujeres, ni tampoco ha presenciado ni ha sido partícipe de este tipo de actividades y de ser así tendría que pedir aclaración, pero eso no es una actividad común; los cadetes eran distribuidos en diferentes puntos de acuerdo a un horario; agregó que la palabra muérgano no lo ha empleado, por eso mal haría en dar un concepto; 18. Testimonio propio del señor William Arturo Ortiz Amaquiña, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; agregó que estuvo todas las semanas haciendo instrucción en la Base Pucará con los estudiantes de primer año; sí le daban parte de la relación de castigados, cuando cometían faltas; la relación de castigados es un documento en donde constan los nombres del cadete que ha cometido una falta, así como su número de cédula, en ese documento no consta el nombre de Michael Arce; las faltas leves, graves o atentatorias, por las que se les imponía sanciones a los cadetes, constan en el Reglamento; no le consta que haya existido algún trato diferenciado para castigar a los cadetes, el Teniente Encalada era instructor de la ESMIL, él como Oficial más antiguo nunca minimizó a los Oficiales menos antiguos; 19. Testimonio propio del psicólogo Gino Grondona Opazo, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que tiene experiencia en psicología social de grupos vulnerables, básicamente se encarga de conocer las relaciones sociales, los impactos de las estructuras sociales y de conducta; agregó que el estereotipo de los afros, es que son vagos, sucios, delincuentes e irresponsables; cuando hay políticas de discriminación positiva hay un rechazo de la sociedad, que conlleva a la indiferencia, a la burla, a la exposición del racismo simbólico, al rechazo, al aislamiento; en el Ecuador el racismo siempre ha existido; se presenta en las Fuerzas Armadas porque tienen una alta jerarquía, en las Universidades e instituciones Públicas; 20. Testimonio propio del sociólogo John Antón Sánchez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es profesor del IAEN, lleva más de 20 años estudiando la raza, el racismo, la evaluación de políticas públicas sobre inclusión de los grupos minoritarios; agregó que el delito de odio es una infracción generada por un individuo que tiene el Complejo de superioridad racial y este delito se lo comete sobre ciertas personas vulnerables, en especial, sobre los afros y quienes los cometen son las personas blancas, según sus estudios las Fuerzas Armadas es la institución en dónde más se comete este delito; la raza ha sido mal asimilada la UNESCO eliminó este concepto; decir que el negro es sucio, que pasan en los árboles como un mico y que las negras son buenas para los riñones, son afirmaciones discriminatorias. En las palabras de Alfredo Tamayo, los negros son una raza proclive a la incivilización. Los instrumentos internacionales establecen que sí se les cierran las oportunidades a los afro descendientes, se afectan sus derechos; para declarar en este juicio leyó el informe de la Defensoría del Pueblo realizado en relación a este caso; 21. Testimonio propio del Dr. Marcelo Antonio Arcos López quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es psicólogo de la Escuela Militar Eloy Alfaro; sobre este caso, realizó la evaluación psicológica del cadete Arce, a quien le atendió durante los primeros 15 minutos de la entrevista, luego le dio sus impresiones de lo que le había dicho Arce, al psicólogo Ruales; Arce tenía un perfil cercano al ideal, en la zona fronteriza corresponde a B1 y en ajuste de rasgos· de personalidad a B2; el reconocido se encontraba orientado en tiempo y espacio, presentaba cierta inestabilidad emocional que se reflejaba en tristeza, propia de los cadetes que salen de la ESMIL; a Arce se le dijo que reconsidere su decisión de salir de la ESMIL, quien le dijo que extrañaba a su familia, por esto ampliaron el informe; cuando un cadete en las primeras semanas no coge el ritmo de las prácticas militares, presenta ansiedad, en el caso del cadete Arce le dijo además que no se adapta, que se siente como perseguido, que le hacen a un lado que alguna vez le hicieron comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores; 22. Testimonio propio del Dr. Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es psicólogo de la ESMIL en relación a este caso dijo que el cadete Arce fue convocado a la sección de psicología en tres ocasiones, dos de ellas fue atendido por él; el primer, contacto que tuvo con él fue antes de su ingreso a la ESMIL como cadete, esto fue en el mes de septiembre; el segundo contacto fue para determinar la estructura familiar de la que proviene el aspirante, la información que obtienen de los cadetes es reservada y la

proporcionan a sus superiores; la entrevista de baja no dura más de 15 minutos; el cadete que solicita la baja tiene un nivel de distorsión de su realidad y esa entrevista sirve para procurar que el aspirante reflexione, en la misma se le pregunta las motivaciones internas y externas que tiene para retirarse de la institución militar él le mencionó que hubieron tres personas que estuvieron exigiéndole un mayor desempeño y desenvolvimiento, ellos son Encalada, Cevallos y Gavela, no recuerda que le haya mencionado términos de humillaciones, pero le refirió que le quitaban la comida, que amanecía de guardia; en la entrevista que se le hizo ·al cadete Arce, previo a su bajá intervino también el psicólogo Arcos, cosa que no común; 23. Testimonio propio de la psicóloga clínica de la Fiscalía, Dra. Barbarita Miranda, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el 2 de mayo de 2013, realizó una entrevista psicológica al Teniente Fernando Encalada, a quien le aplicó el test proyectivo MMPI versión 2, además le aplicó el test HTP; en el test proyectivo MMPI determinó que el reconocido tiene una gran rigidez, poca flexibilidad frente al medio en cuanto al aspecto emocional, presenta ansiedad, reacciona de forma impulsiva frente a las actitudes de la vida que marcan a una tendencia al aislamiento; en el test HTP se vuelve a mostrar la actitud de rigidez que es un descriptivo de su personalidad, muestra normalidad, en cuanto a su conciencia existen sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio, tiene una actitud narcisista u sobre valoración frente al medio, el nivel de energía que el test muestra, es de normalidad; presenta rasgos de insinceridad; 24. Testimonio· propio de la psicóloga clínica, Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó una entrevista psicológica al señor Michael Andrés Arce Méndez, para -lo cual realizó una exploración de las funciones mentales superiores para determinar el impacto psicológico y dinámicas de acciones por parte de los presuntos agresores, aplicó los reactivos psicológicos HTP y post trauma; el reconocido · tenía una relación de apego con sus padres y hermanos, principalmente con la madre quien le ha brindado el aporte para que se desarrolle, a pesar de haber tenido experiencias de discriminación relacionados con la etnia afro, a la cual pertenece; pudo determinar que tuvo una afectación importante, ya que presentaba llanto fácil, temblores, pesadilla con la piscina y no podía conciliar el sueño, narró una gran cantidad de hechos como que los que le hacían comer en el piso a diferencia de sus compañeros, permanecía en vigilancia sin relevo, hacía ejercicios con mayor intensidad al resto de compañeros, le hacían pelear con varias personas, principalmente con mujeres, le hacían permanecer más tiempo en la piscina, por lo que se desmayó en la piscina, le hacían revolcar en el lodo, hechos humillantes que le impactaron por lo que le produjeron estigmatización y produjeron una violencia psicológica, mencionó como los causantes de estos agravios a los Tenientes Cevallos y Encalada; el test HTP, que permite identificar ciertos rasgos de personalidad, determinó que tiene estrés post traumático por lo que le recomendó someterse a un tratamiento psicológico urgente para que el señor Arce supere la situación traumática que le tocó vivir y con esto disminuya la sintomatología que presentaba; 25.: Testimonio propio de la Dra. Linda Mena Álvarez, médico legista, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó el examen médico legal al señor Michael Andrés Arce Méndez, quien le dijo que le hacían boxear con varias personas y producto de eso había tenido una fractura en la nariz, el reconocido le llevó una placa de realizada el 1 de abril de 2013, el informe estaba firmado por el Dr. Gómez Jurado, dicho informe indicaba la presencia de una fisura antigua con una desviación hacia la derecha, tenía un callo óseo, le tomó fotos de frente y perfil al señor Arce y se comparó con las fotos que él le llevó, hizo una relación de las fotos para ver si se encontraba diferencia macroscópica y no encontró ninguna diferencia; concluyó que tenía una fractura antigua de huesos propios de la nariz y sugirió la revisión de la historia clínica del señor Arce cuando ingresó a la Escuela Militar para determinar si esa lesión de nariz presentaba en ese tiempo, no es posible determinar la fecha exacta de 1ª fractura; agregó que una fractura de huesos propios de la nariz, le pueden determinar una incapacidad de 9 a 30 días; no entró en mayores detalles con el reconocido porque se puso sensible; 26. Testimonio propio del Teniente Coronel Mauro Rogelio Argoti Zambrano, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció de los hechos cuando el señor Arce puso una denuncia en la Defensoría del Pueblo, la ESMIL dispuso que se averigüe lo sucedido por medio de informes. El Capitán Arias le indicó que un

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

estudiante (Arce) quería separarse voluntariamente de la institución militar, antes de realizar el procedimiento se entrevistó con el señor Arce quien le manifestó que extrañaba a su familia, que no se acostumbraba al ritmo de vida, qué no le gustaba la escuela y que quería separarse, le preguntó si alguien le había maltratado y le dijo que no, posteriormente conversó con sus padres a quienes les comentó el deseo de su hijo de separarse de la institución, su madre le pidió que converse con su hijo para que no se retire; la baja es revisada por él, de lo que comunica al Comandante de la Compañía y él acompaña al cadete en el proceso de baja; 27. Testimonio propio del Teniente Coronel José Enrique Pastor Guevara, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que estuvo de Subdirector Encargado de la ESMIL conversó con Arce y su familia sobre las políticas y procedimientos para retirarse, les indicó que debían acercarse a pagaduría para que cancelen los valores que estaban pendientes, que ascendían a la suma de USD. $ 2.000,00, la mamá de Arce le dijo a él, tú no sales de aquí, por eso les dejó solos unos momentos y luego Arce dijo que ya no quería retirarse, posteriormente Arce volvió a pedir la baja, cuando sucede esto, se comunica a la Dirección y ésta comunica a sus padres; el procedimiento para la baja está en el Manual de Procesos, en donde está que se debe designar a un Oficial para le acompañe al cadete para que realice la hoja de salida, después pasa al Centro Médico y luego va a la pagaduría; 28. Testimonio propio del Teniente Rolando Paúl Bayas Rea, quien luego consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que era instructor de los cadetes de primer año de la ESMIL y como tal, ayudó a Arce a legalizar los documentos para su retiro voluntario (baja), le entregó las prendas y todo lo que determinaba la hoja de salida; Arce habló con el Coronel Argoti y éste le dijo que Arce ya no quería la bajo, subió con Arce a la Base Pucará y le dejó en su dormitorio, pero Arce pidió por segunda vez su retiró el que se concretó, en esta ocasión ya no le acompañó; la baja es una decisión voluntaria del cadete, quien tiene que hablar previamente con sus superior con el psicólogo, quienes le hacen reflexionar; conoce que el cadete Arce estaba órdenes del Teniente Encalada; Arce no se adaptó a la vida militar, seguramente no era lo que él esperaba para su vida; 29. Testimonio propio del Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es Comandante del Equipo de Hombres Rana de la ESMIL, da instrucción en habilidades acuáticas, sus alumnos a más de saber nadar deben desarrollar otras actividades en el agua como virar el bote para cubrirse del ataque del enemigo; el cadete Arce ha manifestado que ha sufrido de hipotermia, que se ha ahogado, cosas que jamás han ocurrido, para que a una persona le de hipotermia debe permanecer 40 minutos en el agua inmóvil, pero eso no puede pasar porque los cadetes pasan en movimiento; todas las personas no somos hábiles en el agua pero les dio confianza e instrucciones, el cadete Arce no pudo superar la prueba pero cumplió esa tarea con un chaleco salvavidas como él resto de cadetes, en otra práctica qué la hicieron en una piscina de agua fría: el cadete Arce fue atendido por un enfermero, quien le dijo que solo tenía frío, le dispuso que se ponga un buzo y se siente en las gradas, a Arce no le gustaba el agua, sus compañeros le insistía que haga la prueba porque la nota a más de individual era grupal; 30. Testimonio propio de la brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es estudiante de la ESMIL; agregó que el Capitán Holguín era el instructor de las habilidades acuáticas y supervisaba a los brigadieres para que den correctamente las instrucciones; en la práctica de viraje del bote, él no pudo subirse al bote y no le consta que Arce haya sufrido de hipotermia, tampoco castigó a Arce, con él eran compañeros de pelotón, por eso conoce que a él la actitud, no se esforzaba, las mujeres le ayudaban; el Teniente Encalada observaba si las acciones estaban bien o mal realizadas; 31. Testimonio propio de la Subteniente Carla Jaqueline Calapi Mena, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que se desempeñaba como instructora de los cadetes de primer año de la ESMIL; no recuerda si ella llevaba la relación de castigados, en la escuela se manejaba por positivos y negativos; el cadete Arce era incumplido, salía a formar al último, no tendía bien su cama, no cumplía con el horario de régimen interno, no ponía atención a las instrucciones que recibía, en base a esto se hacía la relación de castigados; 32. Testimonio propio del señor David Freire Coba, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el brigadier Cevallos le impuso una sanción por no salir rápido, esto fue por culpa del cadete Arce; les imponían sanciones por no vestirse rápido y por no camuflarse, por lo que les imponían castigos

como hacer 20 flexiones de pecho y correr, sanciones que eran anotadas; Arce no tendía rápido la cama, no se bañaba, era lento, no se vestía rápido, no podía correr, no podía hacer las barras, todo mundo cometía errores, pero más el cadete Arce·; quien era su compañero de escuadra, mientras que el Teniente Encalada era su superior; Arce; a más de la presión de los brigadieres tenía una presión familiar, ya que decía si pido la baja mi papá no me va a aceptar, me va a botar, no tenía los recursos económicos para llegar a su casa, decía que es una persona pobre en las prácticas de boxeo les enseñaban a defenderse, peleaban entre hombres y las mujeres entre mujeres y mujeres contra hombres, pero era como entrenamiento; en la empalizada con lodo les enseñaban a reptar a todos los cadetes; en muchas ocasiones fue castigado por culpa de Arce, por eso todo el pelotón le aconsejaba cuando les imponían castigos por él; no conoce que es el puño coreano; agregó que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce; todos los cadetes hacían guardia, así también todos comían por igual en el comedor; no observó que Arce haya tenido alguna lesión, tampoco observó que haya sangrado; y, 33 Testimonio propio del señor Luis Antonio Muñoz Guerra, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que los brigadieres eran los encargados de dar la instrucción y daban las novedades del pelotón a los superiores; el Teniente Encalada les anotaba en unas hojas de libreta para que no se olviden, de quien o quienes habían pasado el castigo; agregó que sí le anotaron en la relación de castigados cuando cometió una falta, pero eso sucedía cuando hacían algo malo, como tardarse al momento de formar, no tender rápido la cama, dormirse en la instrucción; en la parte física Arce era malo, inclusive las compañeras le daban ánimos para que corra, le decían "sigue, no te quedes", cuando les mandaban a bañarse, Arce salía con la cara sucia y por eso le llamaban la atención, cuando eso sucedía le llamaban la atención a todo el pelotón las peleas de box eran en cinco estaciones por un día, usaban el protector bucal y cabezal dentro del ring, como esas prácticas eran calificadas daban todo de sí, les enseñaban a defenderse y esquivar los golpes; realizaban prácticas de abdominales, piscina, trote, velocidad; cuando cometían alguna falta durante el día, les anotaban en la relación, al término de la instrucción pagaban el castigo, luego les mandaban a dormir; les hacían test psicológicos y exámenes médicos en donde les revisaban todo el cuerpo, les hacían placas de RX en las rodillas; había un señor a quien le pedían que les lleve la comida a la Base Pucará; entre las prácticas, les hacían reptar, por eso se ensuciaban; el señor Arce era afro ecuatoriano, también había un señor afro llamado Dorval Oliever, que era de Haití; con Arce dormían en la misma cabaña, siempre que le mandaban a descamuflarse, él quedaba al último; agregó que nunca observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce, nunca le escuchó a él quejarse de algo; dijo que sí les entrevistó un funcionario de la Defensoría del Pueblo.- La Fiscal introdujo al proceso con fines ilustrativos, lo siguiente: a Informe defensorial; y, b. Examen psicológico del ex cadete Michael Andrés Arce Méndez.- Por otro lado, el abogado del acusador particular, con la finalidad de justificar su hipótesis de adecuación típica se adhirió a la prueba presentada por la Fiscalía y además presentó el testimonio propio del Subteniente Richard Tomás Cevallos Domínguez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que fue brigadier del curso militar de la ESMIL, sus funciones eran verificar las prendas que llevaban puestos los estudiantes, que tengan bien tendidas sus camas, entre otras; en la cuarta semana de instrucción en la fase Pucará, él era Comandante de la instrucción de la práctica docente, él daba el curso a los de primer año, ahí había un cadete afro ecuatoriano que formaba parte del tercer pelotón del primer curso militar, al mencionado cadete se le llamaba la atención por sus prendas, su uniforme no lo llevaba correctamente, la mochila y el casco lo llevaba de mala manera, era desaseado en su cuerpo, no lustraba correctamente sus botas, no cumplía las órdenes de manera correcta, por lo que le llamaban la atención frente al pelotón al igual que a los cadetes como Arce, Muñoz, Freire, Asadovay, Celi, Vélez y Taipe, entre otros; los cadetes de acuerdo a su desenvolvimiento diario se le calificaba como positivos o negativos, era un negativo por ejemplo cuando llevaba las botas sucias y era positivo cuando estaba en instrucción y contestaba bien; la relación de castigados consistía en anotarle al cadete cuando hacía algo malo; compartió con Arce 7 días en la instrucción, en ese tiempo llevaba las botas sucias, no tenía útiles de aseo, no se rasuraba, él (Arce) era reincidente; agregó que él era responsable de las cadetes mujeres, pero había una compañera que les supervisaba; a más de Arce pidieron la baja otros cadetes, quienes hicieron su documento a mano y lo firmaron; Arce pidió la baja y se

retractó de la misma, posteriormente la volvió a pedir, la que fue concretada, esa baja se dio al mes y medio que Arce entró a la ESMIL; dijo que no conoció al Teniente Encalada y que en la semana que Arce pidió la baja el mencionado teniente no estaba en la ESMIL; no le vio a Arce con lesiones, sus manos las utilizaba bien, dijo además que la instrucción de natación en la piscina duraba unos 45 minutos máximo. **CUARTO.-** El abogado defensor del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, para justificar su hipótesis de defensa, presentó las siguientes pruebas: 1 El testimonio del mencionado acusado, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que Arce pidió la baja a mediados del mes diciembre de 2011, porque Cevallos le ha tratado mal a partir de su ingreso a la ESMIL, el señor Arce pertenecía al cuarto pelotón, del cual él era su instructor, apoyado de dos brigadieres llamados Toledo y Abambari; las tres primeras semanas eran de ambientación, en esas semanas recibían instrucción formal y legislación militar, ésta en aulas y la otra al aire libre; durante las semanas de adaptación los cadetes no estaban presionados por los oficiales ni por los brigadieres, solo pasaban con los Comandantes de los pelotones y brigadieres, transcurrían las cosas con normalidad a excepción de cosas pequeñas como tender una cama, limpiarse sus botas, colocarse bien el uniforme y si lo hacían mal; se les anotaba en la libreta de novedades; algunos no estaban acostumbrados a madrugar, eran sedentarios, en ciertos casos habían cadetes que se dormían por el cansancio mismo no prestaban atención a las clases, luego de las tres semanas viene la instrucción de educación física, al inicio no era rigurosa, para que se vayan ambientando, en la cuarta semana de octubre, empezaron el período de instrucción individual de combate en la Base Pucará, como eran nuevos los cadetes y no se familiarizaban con el Reglamento, ningún cadete era sancionado con registro en la conducta, por eso todos tenían 20; una vez que iniciaron el período en la Base Pucará ahí cambiaron las cosas; se volvió más fuerte la actividad física y el horario de régimen interno, tenían que colocarse la mochila, llevar el fusil, llevaban de 20 a 30 libras de peso, al momento de realizar la instrucción los cadetes se dirigían a las estaciones dirigidas por los cadetes de cuarto año, mientras que los Oficiales supervisaban el trabajo como inspectores. El régimen se volvió más fuerte, en la parte física ya empezaron a realizar trotes más largos y forzados, no como al inicio, se recorría una parte en bloque para realizar el calentamiento y luego una carrera continua, corta, media o larga, durante la instrucción se observó que el cadete Arce no estaba bien preparado, él quedaba atrás con las cadetes mujeres, en natación el mencionado cadete se cogía del andarivel, por eso el Comandante después que se los separe a todos los que tenían este problema para que el profesor les prepare; en los partes diarios se evidenciaba que Arce tenía descuido en su aseo personal, como lo han dicho los compañeros y cadetes antiguos, además la mochila no la tenía arreglada, no se camuflaba adecuadamente, algunos cadetes informaban que Arce no se bañaba, pero eso a él no le constaba porque los Oficiales utilizan otros baños; al momento de dirigirse al comedor, el Oficial tomaba el control, mientras el pelotón estaba formado para la comida, los cadetes de primer año, iban por escuadras con su Comandante de Escuadra que era el brigadier, antes de la comida hacían un, oración y empezaban a comer, jamás se le ha excluido al cadete Arce; las habilidades acuáticas eran ejecutadas por el Capitán Holguín, el deponente solo estaba de observador, no de supervisor; cuando Arce pidió la baja, tuvo que realizar un informe; agregó que no estuvo en la semana del 11 al 18 de noviembre de 2011, porque sus suegros fallecieron, por eso salió con permiso a El Oro; los cadetes boxeaban una vez a la semana, eran 5 pelotones, en esas prácticas se les enseñaban a lanzar golpes para defenderse y luego se hacía un round entre hombres y mujeres, los hombres no podían golpear sino hacer sombra; Arce pidió la baja y luego se retractó, posteriormente volvió a pedir la baja, en la cual actuó Arias para que continúe con el proceso de salida; que no ha tenido problemas con Arce ni con ningún afro ecuatoriano, se ha relacionado bien con ellos, nunca ha tenido problemas, en la celda en la que se encontraba encarcelado por este caso vivía con un afro ecuatoriano y en las celdas contiguas habían 3 afro ecuatorianos; no conoce sobre el campanario, ni sobre la piedra en la mochila de Arce, no ha escuchado eso en la Base Pucará; todos los Oficiales comían en el comedor con los cadetes y el Oficial de Control estaba al mando, quien les encolumnaba para irse al comedor, el resto de oficiales esperaban hasta que se siente el último para empezar a comer, no vio que nadie sacara a alguien del comedor; estuvo en la instrucción de habilidades acuáticas, pero no vio nada extraño, el Capitán Holguín le dijo que a Arce le daba calambres por el frío; la vida militar es trabajo en equipo, cuando alguien

se porta mal o hace mal alguna cosa la sanción es grupal; no vio que el cadete Arce haya tenido una lesión en la nariz; agregó que a él no le entrevistaron en la Defensoría del Pueblo; recuerda que la madre de Arce indicó que lo único ·que pedía, era no cancelar los haberes por la baja de su hijo, luego el padre de Arce se le abalanzó a él y a Cevallos, les dijo que iba a averiguar los teléfonos, eso fue en el hall, luego salieron con la asesora de la ESMIL, luego les topó nuevamente el padre de Arce y les dijo lo mismo; cuando los cadetes cometían faltas, se les anotaban en unos papelitos como positivos o negativos, -no se registraba en la conducta porque aún los cadetes no terminaban sus estudios y se les sancionaba registrándoles en la relación de castigados que son enviadas a la administración académica, la mencionada relación consistía en la noche realizar ejercicios o mantenimiento; Arce no rendía en la parte física ni en la piscina, no nadaba más de 100 metros y el mencionado señor se cogía del andarivel; en las prácticas de tiro, el señor Arce apuntaba hacia el espaldón a la derecho o izquierda y ponía en riesgo la vida, incluso a un cadete lo expulsó del área de tiro, el cadete Arce no prestaba a tendón a los brigadieres, no sabía cómo manejar el arma, el señor no se adaptó a la vida militar; 2. El testimonio propio del señor Esteban Javier Ampudia García, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoce al señor Michael Arce desde que ingresaron a la ESMIL, él dormía en su mismo dormitorio en la Base Pucará, eso fue por el lapso de cuatro semanas; también conoce al Teniente Encalada porque era Comandante en Pucará; agregó que todos los cadetes hacían la misma instrucción y no conoce de casos de agresión o dado un trato diferente; cuando iban a comer siempre iban cantando, hacía la oración, luego de esto comían todos juntos; en la instrucción llevaban la mochila y la radio para comunicarse, el fusil, el casco, no llevaban nada de piedras, no le consta que le hayan hecho cargar piedras ni el campanario a Arce; el Teniente Encalada en una ocasión resaltó a Arce por haber obtenido una buena calificación; las sanciones que les imponen a los cadetes depende del tipo de falta, que puede ser grave, leve, que están previstas en el Reglamento, así por ejemplo por falta de aseo pueden darle medio día al infractor, depende del instructor o brigadier, si es reincidente se le aplica una falta grave de 2 a 6 días, si está mal cortado el cabello, se le puede imponer 30 flexiones de pecho, si no cumple la sanción se le informa al superior; Arce era poco aseado, llegaba al último a la formación, no se amarraba rápido las botas, pero eso dependía de él, en el trote se quedaba atrás, era flojo, todo le cansaba, él decía mañana voy a meter ñeque para hacer las cosas bien, él le dijo que era la segunda vez que intentaba en la escuela y que no podía regresar a la casa por eso tenía que graduarse cómo sea; dijo que fue entrevistado por la Defensoría del Pueblo, en donde le dijeron que era un problema por racismo, le preguntaron que si alguien se lesionaba le dejaban irse al policlínica, respondió que sí, que únicamente tenían que pedir permiso, no era necesario que Arias conozca eso; Encalada se encontraba al frente de un pelotón; pero los instructores rotaban; cuando su compañero Dorval estaba en la camilla llevaban la misma entre cuatro personas, pero Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención por violar la medida de seguridad; cuando tuvieron la instrucción del bote, en la piscina, a cargo de Holguín, Arce fue el único que no pudo cumplir con esta prueba que era calificada, él no pudo subirse al bote recuerda que le sacaron de la piscina a Arce desmayado, por eso no pudieron cumplir con la misión; Arce tenía buenas ideas en la instrucción, pero se demoraba mucho en completar las misiones; 3. El testimonio propio de Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció al ex cadete Arce en el periodo de reclutamiento, fue su compañero de pelotón y en la cabaña, nunca tuvo una conversación íntima con él; conoce al Teniente Encalada porque fue su Comandante de pelotón en primer año; en el periodo de reclutamiento todos fueron tratados de la misma manera; se les llamaba reclutas a hombres y a mujeres; para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los mismos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia; en la Base Pucará no hay piscina y la instrucción de natación la realizaban en la escuela, nunca estuvieron desnudos en la piscina; en la práctica del bote, tenían que darle la vuelta al mismo y quedarse hundidos, de ahí debían darle la vuelta para subirse, esta práctica no la pudo realizar Arce y no pudieron ayudarle porque era calificada, por eso permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir, ese día no estuvo el Teniente Encalada, el encargado de la instrucción era Holguín, no podían desobedecer porque estaban

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

formándose para eso; la forma de actuar de Arce retrasaba al pelotón, en una ocasión Arce se había quedado dormido y eso les retrasó en la instrucción, tuvieron que ayudarle inclusive a tender la cama y a meter todas sus cosas, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (pintarse la cara de verde) para que todos estén en el pelotón, una vez; Arce sacó una calificación superior a todos los integrantes del pelotón por eso les hizo ver que todos podían obtener una buena nota, le puso como ejemplo, no recuerda en qué materia, eso fue algo positivo de él; Arce fue el único afro ecuatoriano que había en el pelotón; 4. El testimonio propio del señor Rodolfo Ramiro Cifuentes Chubizeta, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el Teniente Encalada era su compañero de promoción; tenía contacto físico con el cadete Arce como con Encalada; Arce tenía un poco de deficiencia física, eso lo vio cuando estaban dando las pruebas para el ingreso a la ESMIL, no podía nadar bien, no podía las barras, tenía deficiencia en el cabo; agregó que en la Base Pucará estaba encargado de la administración, de la logística, construcción, mantenimiento de equipos, pistas, material de pistas, entre otras, no tuvo un pelotón a su cargo en la mencionada base; tuvo la oportunidad de conversar con Arce, cuando tramitaba su baja, él le dijo que no se sentía a gusto y que era demasiado para él y respondió que se les estaban preparando para el combate y que dependía de uno el seguir en la escuela, se debía tener vocación, le dijo que regrese, él estaba con una persona que estaba sentada; le veía a Arce frecuentemente a la hora de la diana, desayuno, almuerzo y merienda, porque estaba encargado del rancho, iba por cada uno de los pelotones verificando que su mochila no esté rota para cambiarla; 5. El testimonio propio del señor Raúl Oswaldo Gordillo Benenaula, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es chofer profesional y militar en servicio pasivo; que conoce desde hace 23 a 25 años a Encalada, quien es una persona de buena conducta que proviene de una familia humilde, es responsable y respetuoso, por eso no puede ser peligroso para la sociedad; y, 6. El testimonio propio del señor Mark Bnvolict Bol, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es profesor de idiomas en el Instituto Superior Militar de las Fuerzas Armadas que conoce al Teniente Encalada desde enero de 2012, él es una persona responsable y afectuosa, no le escuchado hablar malas palabras ni ofensas a los demás, él también fue su alumno y era muy responsable en la entrega de sus deberes.- Como prueba documental, el abogado del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, introdujo al proceso en legal y debida forma, lo siguiente: a. Cuatro certificados emitidos por personas privadas de su libertad de origen afro descendientes; b. Copia certificada del informe psicológico realizado a Michael Arce; c. Copia certificada de la baja de Michael Arce presentado a Arias; d. Hoja de salida e informe personal de la separación de Michael Arce de la Escuela Militar Eloy Alfaro; e. Una copia certificada del permiso por calamidad doméstica conferido al Teniente Encalada desde el 11 al 18 de noviembre; f. Copia certificada del registro de asistencia de personal y funciones del Oficial Encalada; g. Certificados del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, referente a las diferentes actividades laborales en las que ha participado el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales y de conducta ejemplar; y, h. Certificados de antecedentes penales otorgados por Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se determinan que Fernando Mauricio Encalada Parrales, no registra juicio penal en su contra, a excepción del que se sustancia en este Tribunal. Como referencia adjuntó· copias certificadas el acta de la audiencia de juzgamiento y de la sentencia del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, en la que se ratifica el estado de inocencia de los otros procesados. Los documentos constantes en el literal a), se lo desestima por no haber comparecido sus otorgantes a la audiencia a ratificar su contenido, con lo que se vulneran los principios de oralidad, inmediación y contradicción; en relación a los documentos constantes b y f no se los considera como pruebas documéntales, pero se los admite por la ilustración del Tribunal. QUINTO. Bajo los presupuestos fundamentales del estado de inocencia, formulación oficial de cargos, intimación de los mismos y de no autoinculpación; la finalidad del juicio consiste en la justificación, en la audiencia pública de juzgamiento y ante el Tribunal Penal, de la existencia de la infracción que se juzga y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o declarar su estado de inocencia; por lo tanto, en esta etapa se decide la situación jurídica procesal del acusado y además deben practicarse todos los actos procesales de prueba necesarios e idóneos que deben sufragar las partes o sujetos de la relación procesal ante el Tribunal, para justificar sus asertos. El art. 79 del

Código de Procedimiento Penal, determina que: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes (...). 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"; el art. 83 del pre citado cuerpo legal, determina: "La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código..."; el art. 84 *ibídem* determina: "Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso…". El art. 168, numeral 6 de la Constitución de la· República, señala que "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", lo cual, guarda relación con la norma del art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que puntualiza que, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del acusado; y el art. 252 *ibídem*, que prevé 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". En tal virtud, el Tribunal no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y sólo puede resolver sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla, sobre la base de hechos reales de los que el Tribunal Juzgador conocerá en la forma que les ·ha sido posible a las partes trasladar a su conocimiento y convertirla en verdad procesal en la· que aparecen circunscritos los hechos, valorando las pruebas producidas en la audiencia oral de juzgamiento, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo cual implica alcanzar una inferencia lógica con los niveles de certeza que el procedimiento penal permite, en un ejercicio de coordinación mental del Juzgador entre los hechos, lo evidenciado a través de los medios de prueba, la lógica, la psicología, la experiencia y el sentido común como resultante de un proceso de modelación integral y· específico de la personalidad del Juzgador. En lo relativo al bien jurídico protegido que determina el objeto jurídico de la prueba, en la especie, es la humanidad; que por la comisión de este delito el Tribunal tiene que conocer si se discriminó o no, a Michael Arce Méndez, por su color de piel, quien constituiría el sujeto pasivo de la infracción, de demostrarse ésta. En cuanto al campo de la prueba, para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra del sujeto activo de la infracción, que en este caso, es el acusado Fernando Mauricio. Encalada Parrales, sobre quien la Fiscalía ha imputado cargos por el delito de odio, y sobre los cuales, éste debe responder, según lo prescribe el art. 251 del Código Procedimiento Penal. En este punto, cabe puntualizar que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba y el celo en la intangibilidad del derecho y objeto de la defensa se circunscriben a los hechos. En este sentido, el objeto material y jurídico de la prueba se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa, que en la especie constituye el delito de odio, que constituye un delito contra la humanidad; por esta razón el legislador ha tipificado esta conducta en el art. 212.5 del Código Penal (según el Código de la Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2010), que dice: "Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón de color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad...", norma que establece una gama de supuestos fácticos, considerados como antijurídicos. El delito (de odio tiene sus raíces en el derecho anglosajón *(hate crime*), germánico y latino, aunque socialmente es conocido como delito motivado por intolerancia, es decir, por perjuicios o animadversión que niegan la dignidad y derechos a personas y colectivos que estiman diferentes; la intolerancia implica un comportamiento que viola o denigra la dignidad y los derechos del prójimo, o simplemente invita a violarlos o negarlos para infligir un daño físico o emocional a la víctima, amenazando con esto la seguridad y bienestar de todos los ciudadanos. En este punto es necesario precisar que los delitos de odio constituyen manifestaciones violentas de intolerancia que afectan al grupo y que atentan contra la seguridad individual, contra el orden público y la estabilidad social. Según la Declaración de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Racismo, Discriminación, Xenofobia, y otras formas de intolerancia realizada en

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

el año 2001, en Durbán (Sudáfrica), "El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, constituyen graves violaciones de todos los derechos humanos y obstáculos al pleno disfrute de esos derechos, niegan la verdad evidente de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, constituyen un obstáculo a las relaciones pacíficas y de amistad entre los pueblos y las naciones, y figuran entre las causas básicas de muchos conflictos internos e internacionales, incluidos conflictos armados, y el consiguiente desplazamiento forzado de poblaciones". Las Naciones Unidas en el año 1963, firmaron la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en el Mundo, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1963 (Resolución 1904, XVIII), en la cual, en el art. 1, se determina que: "La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un- atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos"; el art. 3 de la mencionada Declaración, señala; "1. Se pondrá particular empeño en impedir en las discriminaciones fundadas en motivos de raza, color u origen étnico, especialmente en materia de derechos civiles, acceso a la ciudadanía, educación, religión, empleo, ocupación y vivienda. 2. Toda persona tendrá acceso en condiciones de igualdad a todo lugar o servicio destinado al uso del público, sin distinción por motivos de raza, color u origen étnico". Según las Naciones Unidas la discriminación racial comprenden la "violación a los derechos humanos y a las libertades fundamentales", de ahí que, define a "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública" (Art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A, XX, de 21 de diciembre de 1965, que entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el art. 19). Sobre el derecho a la igualdad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, en su art. 3, determina que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto". Así también, el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Nro. 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". El derecho a la igualdad, se refiere a la igualdad ante la ley, que significa igualdad de oportunidades igualdad de trato, por esto, se debe favorecer al más débil, para elevar su nivel de oportunidades y hacer más viable su aspiración a la igualdad. Los artículos 56, 57, 58 y 59 de la Constitución de la República, se refieren a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades '(indígenas, afro ecuatorianos y montubios), reconociendo el derecho colectivo a no ser objeto de racismo, de discriminación, fundada en su origen, identidad étnica o cultural, y de producirse violación a estos derechos se repararán los daños ocasionados por estas formas de discriminación. La doctrina constitucional contemporánea que inspira nuestra Constitución, reconoce la existencia del denominado "Bloque de Constitucionalidad" (La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un "Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano", en su sentencia nro. 001-10-SIN-CC; CASOS nro. 0008-09-1N Y 0011-09-IN

ACUMULADOS, en el Registro Oficial No. 176 del 21 de Abril de 2010); bloque de constitucionalidad que es el conjunto de normas que a pesar de no estar previstas en la Constitución, por disposición expresa de ésta, cuentan con jerarquía constitucional y por ende deben ser consideradas al realizar el examen de constitucionalidad de las normas. Art. 11 numeral 3 y el Art 426 de la Constitución vigente, claramente les otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual implica la incorporación de este tipo de normativa al Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las resoluciones de los casos "Baena Ricardo y Otros", "La Última Tentación de Cristo" y "Masacres de Mapiripán" se refieren al Bloque de Constitucionalidad, integrado por los tratados de derechos humanos ratificados por cada país. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio pacta sunt servanda-:(Rafael Oyarte Martínez, Curso de Derecho Constitucional, I. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, p. 122: "...el principio pacta sunt servanda por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de derecho interno -ni aún en la propia Constitución- para desconocer compromisos internacionales, que aunque positivizado no deja de ser tal"). Al respecto, es necesario tener presente que incluso frente a una eventual contradicción entre el texto constitucional y los instrumentos de derechos internacionales, deberá aplicarse la norma que sea más favorable a la efectiva vigencia de éstos. Por todo lo anterior, se han enunciado normas del derecho internacional, referentes a los derechos humanos, para entender de una mejor manera el presenté caso. Ahora bien, retomando el tema de los delitos de odio, la mayoría de países criminaliza este tipo penal, en el cual, se viola el ideal de igualdad entre los miembros de la sociedad, en este caso, la víctima experimenta una lesión psicológica y un sufrimiento agravado de vulnerabilidad por lo que le acontece, lo que repercute en el grupo social al que pertenece la víctima. Con estos lineamientos ha quedado claro lo que significa el delito de odio y su aplicación. En el caso *sub judice*, el Tribunal, una vez analizadas las pruebas de cargo y de descargo aportadas por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento, a la luz de la sana crítica, determina que no se justificó el nexo causal existente entre la infracción y su posible responsable, como lo determina el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a la inequívoca conclusión de que en el presente caso, no se probó suficientemente la responsabilidad del acusado, conforme se lo demuestra a continuación: El ofendido Michael Andrés Arce Méndez, en su testimonio manifestó que la persona que intervino en el hecho es el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, y en un evento denominado empalizada intervino el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a volcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; no recuerda las fechas en que sucedieron los hechos porque fueron varios eventos en los que. fue maltratado, pero esos eventos se dieron en el año 2011, de esto, ha tratado de olvidar; todos los hechos fueron cometidos en la Base Pucará, en la ESMIL; las personas que saben del hecho son sus ex compañeros y todos los tenientes que estaban a cargo de los diferentes pelotones, entre los que se encuentran Freire David, Asadovay Wilmer, Aguilar Jorge, Cantuña y otros; que le aconteció sufrió psicológicamente ya que sufría constantes acosos de parte del señor Teniente Encalada, él constantemente le llamaba vago, sucio inútil, muérgano y otros términos que denigraban a su persona, otro evento sucedió en la piscina, en la quinta semana, le tocaba hacer las prácticas de natación y habilidades acuáticas, en el primer día los 190 cadetes estaban practicando natación, pero cuando él (Michael Arce) nadaba en la piscina olímpica, le hizo salir y le hizo entrar a la fosa, por el lapso de media hora, la temperatura era sumamente baja y les dijo a sus compañeros que le vigilen; en el segundo día tenía que hacer prácticas de habilidades acuáticas, estas se dividían en varios segmentos, en el primero, se sintió mal porque en el entrenamiento le tocaba ponerse una mochila, con la cual tenía que botarse a la piscina y desequiparse, que no lo pudo hacer, al Teniente Fernando Encalada le dijo que ya no podía más, que se estaba entumiendo su cuerpo y Encalada le mandó a la fosa y le dijo que se meta ahí, por esto su cuerpo ya no resistía, luego le hizo que se sumerja a la piscina; la otra práctica era la del boxeo, que es de defensa personal, suponía que la práctica era con otro cadete pero en su caso, le obligaba a pelear con dos y más personas a la vez, estas prácticas eran excesivas, a sus

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

contrincantes les decía que tenían que masacrarle y si no lo hacían les iba a masacrar a ellos, además el Teniente Encalada le ponía a boxear con mujeres, lo que para él era un reto, por ese motivo solo se dejaba golpear por ellas y les esquivaba para no golpearlas, por las excesivas prácticas de boxeo, le ocasionaron una fractura en la nariz; para ingresar a la escuela se sometió a las pruebas sicológicas médicas y físicas, si no hubiera estado bien medicamente, no hubiera pasado las pruebas físicas; cuando les tocaba comer, todos entraban al comedor y se sentaban en las mesas con sus alimentos, mientras qué a él cuando tomaba los alimentos, le mandaba a trotar alrededor de la Base, en eso se le iba el tiempo y le quedaba solo un minuto para comer, esto le sucedía solo a él, mientras que el resto de compañeros se quedaban sentados almorzando, en varias ocasiones comió fuera del comedor, en el suelo, esto le hacía solo a él; cuando salían de caminata a diferentes sectores, a los vagos se les hacía cargar una campaña, la misma que él sí la cargó, un día en una caminata le culpó a él, de haber dejado caer la camilla en la cual llevaban a un compañero; en el momento en que todos se reunían y practicaban canciones militares, el Teniente Encalada le obligó a que haga el puño coreano y no las canciones que hacían el resto de sus compañeros, el puño coreano le lastimó las manos porque tenía que hacerlo durante un tiempo indefinido, ya que tenía que apoyar sus puños en piedras que se le incrustaban en sus manos, por esto perdió el movimiento de sus manos, es por esto que el día que salió, ya no pudo escribir el informe y éste le escribió su madre, ya que no podía mover sus manos, tampoco las sentía, lo único que hizo a duras penas fue firmar el informe; los ejercicios físicos, llamados "Teques" consisten en un castigo, ejercicios que se los realizan hasta que el cuerpo aguante; cuando recibía maltratos y agresiones verbales por parte del teniente Encalada, nadie le ayudó por el odio que le tenían; en la práctica de disparo, se percató que su fusil estaba dañado por esto se encasquilló, esto comunicó al Teniente Encalada para que le cambien el fusil, pero Encalada le dijo "déjale a este hijo de puta para que se largue de la escuela", por esto se sintió mal, el brigadier mayor le cambió el arma y continuó realizando la práctica de tiro; el día en que pidió la baja regresó a las instalaciones de la Escuela donde sus papás ya se habían acercado y habían hablado con alguien, sin saber con quién, luego· cuando habló con sus padres, el Teniente Coronel Argoti le dijo que regrese a la Base, que todavía estaba a tiempo, su madre le dijo aguanta solo te falta una semana, entonces el Teniente Bayas le llevó a los dormitorios de la Escuela y le puso boca abajo y le pasó pisando la espalda, además le dijo "ahora por sapo te fregaste" y luego le hizo subir a la base con una roca enorme en la maleta justo cuando llegó estaba formada toda la compañía con los 190 cadetes, llegó con un brigadier, en ese momento dijo a Arias si podía regresar a la fila, en esta vio al Teniente Encalada que se burlaba, ese día tuvo que hacer y varios ejercicios, corrió con la roca, por esto pensó que no va cambiar su situación, por lo que nuevamente pidió la baja; en relación a las guardias, un fin de semana el Teniente Encalada le ordenó a un brigadier, que no recuerda quien era, que le anoten en la guardia para toda la semana, a pesar que las guardias toda la semana, a pesar que las guardias no se las realiza durante toda la semana, el día que le tocó la guardia no durmió un día entero, los otros días igual. le obligaban hacer las guardias pero sus otros compañeros no lo hacían, él recibía un trato diferenciado; agregó que había una estación donde teman que aprender como lanzar una bomba molotov, pero como estaban 40 personas, no había suficientes bombas, por lo que no pudo realizar esta práctica, ni siquiera pudo encenderla, porque lo consideraban lo peor; todas las estaciones eran calificadas por el brigadier, solo había una materia que calificaba el Teniente Encalada, quien le puso como nota cero, con los demás brigadieres obtuvo buenas calificaciones; el Teniente Fernando Encalada les ordenaba a sus compañeros que le tengan realizando alguna actividad porque era un vago un ocioso, esas eran las palabras que él decía y eso solo le decía al deponente (Arce), les decía a sus compañeros que si no le tenían haciendo alguna actividad física, les iban a castigar a ellos, por eso le tenían haciendo flexiones, en dos ocasiones, al ver el trato discriminatorio que le daba el Teniente Encalada, se armó de valor, salió de la fila, habló con Encalada y le dijo porque le hacía eso, qué le disgustaba de su persona y Encalada ir dijo que no quería ver gente como él en el ejército, en una segunda ocasión, le dijo que ya faltaba poco para terminar la fase de instrucción, pero que haría todo para que me marche de la escuela, siempre Encalada le hablaba con palabras denigrantes, como vago, ocioso, muérgano, personas como tú no deben estar aquí, esas palabras eran solo para él, al resto de sus compañeros les trataba bien; es decir, todos los hechos relatados constituían un hostigamiento hacia

su persona, ya que Encalada puso a sus compañeros en su contra. Como se puede observar en el testimonio del ex cadete Michael Andrés Arce Méndez, existen una serie de inconsistencias, imprecisiones y contradicciones, ya que él atribuye el trato discriminatorio que le daban, especialmente al Teniente Fernando Encalada Parrales y en una ocasión al Brigadier Cevallos Richard, quien según el acusador particular le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; sobre las acusaciones que le hizo el ofendido al Teniente Encalada, relativas al hostigamiento, malos tratos verbales, físicos y psicológicos de los cuales supuestamente fue víctima (según el ofendido Encalada le ordenaba boxear con dos o más cadetes a la vez y con mujeres, le hacía llevar una campana supuestamente por ser vago y le ordenaba que haga el puño coreano) no existe prueba alguna de estos hechos y más bien todos los testigos de cargo y descargo (inclusive los presentados por el ofendido) desvirtuaron esos hechos y más bien coincidieron que el acusado no se adaptó a la vida militar por lo que pidió su baja voluntaria, además los testigos aseveraron que dentro del proceso de instrucción no se discriminaba a nadie, peor aún al ofendido Michael Arce, ya que los instructores, entre los que se encontraban el acusado, Teniente Fernando Encalada Parrales, les trataba a todos los cadetes por igual, es más la aseveración del acusado de que el Teniente Encalada le tuvo en la piscina por varios minutos, lo que le ocasionó hipotermia, no tiene ningún asidero, ya que el instructor de la práctica de habilidades acuáticas era el Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez y no el Teniente Fernando Encalada, por lo que el acusado, jamás pudo obligarle a permanecer por largo tiempo en el agua a Arce, como lo afirmó el acusador particular, esto se lo demuestra con los testimonios: 1. Con el testimonio propio del Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, quien manifestó que es Comandante del Equipo de Hombres Rana de la ESMIL, da instrucción en habilidades acuáticas, sus alumnos a más de saber nadar deben desarrollar otras actividades en el agua como ·virar el bote para cubrirse de ataque del enemigo; el cadete Arce ha manifestado que ha sufrido de hipotermia, que se ha ahogado, cosas que jamás han ocurrido, para que a una persona le de hipotermia debe permanecer 40 minutos en el agua inmóvil, pero eso no puede pasar porque los cadetes pasan en movimiento; todas las personas no somos hábiles en el agua, pero les dio confianza e instrucciones, el cadete Arce no pudo superar la prueba pero cumplió esa tarea con un chaleco salvavidas como el resto de ·cadetes, en otra práctica que la hicieron en una piscina de agua fría, el cadete Arce fue atendido por un enfermero, quien le dijo que solo tenía frío, le dispuso que se ponga un buzo y siente en las gradas, a Arce no le gustaba el agua, sus compañeros le· insistían que haga la prueba porque la nota a más de individual era grupal; 2. Con "el testimonio propio de la brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, quien manifestó que es estudiante de la ESMIL; agregó que el Capitán Holguín era el instructor de las habilidades acuáticas y supervisaba a los brigadieres para que den correctamente las instrucciones; en la práctica de viraje del bote, él no pudo ·subirse al 'bote y no le consta que Arce haya sufrido de hipotermia, tampoco castigó a Arce, con él eran compañeros de pelotón, por eso conoce que a él le actitud, no se esforzaba, las mujeres le ayudaban; el Teniente Encalada observaba si las acciones estaban bien o mal realizadas; 3. Con el testimonio propio del señor Esteban Javier Ampudia García, quien manifestó que conoce al señor Michael Arce desde que ingresaron a la ESMIL, él dormía en· su dormitorio en la Base Pucará, eso fue por el lapso de cuatro semanas; también conoce al Teniente Encalada porque era Comandante en Pucará; agregó que todos los cadetes hacían la misma instrucción y no conoce de casos de agresión o que a alguien se le haya dado un trato diferente; cuando iban a comer siempre iban cantando; hacia la oración, luego de esto comían todos juntos; en la instrucción llevaban la mochila y la radio para comunicarse, el fusil, el casco, no llevaban nada de piedras, no le consta que le hayan hecho cargar piedras ni el campanario a Arce; el Teniente Encalada en una ocasión resaltó a Arce por haber obtenido una buena calificación; las sanciones que les imponen a los cadetes depende del tipo de falta, que puede ser grave, leve, que están previstas en el Reglamento, así por ejemplo por falta de aseo pueden darle medio día al infractor, depende del instructor o brigadier, si es reincidente se le aplica una falta grave de 2 a 6 días, si está mal cortado el cabello, se le puede imponer 30 flexiones de pecho, si no cumple la sanción se le informa al superior; Arce era poco aseado, llegaba al último a la formación, no se amarraba rápido las botas, pero eso -dependía -de él, en el trote se quedaba atrás, era flojo, todo le cansaba, él decía mañana voy a meter ñeque para hacer las cosas bien, él le dijo que era la segunda vez que intentaba en la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

escuela y que no podía regresar a la casa por eso tenía que graduarse como sea; dijo que fue entrevistado por la Defensoría del Pueblo, en donde le dijeron que era un problema por racismo, le preguntaron que si alguien se lesionaba le dejaban irse al policlínico, respondió que sí, que únicamente tenían que pedir permiso, no era necesario que Arias conozca eso; Encalada se encontraba al frente de un pelotón, pero los instructores rotaban; cuando su compañero Dorval estaba en la camilla llevaban la misma entre cuatro personas, pero Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención por violar la ·medida de seguridad; cuando tuvieron la instrucción del bote, en la piscina; a cargo de Holguín, Arce fue el único que no pudo cumplir con esta prueba que era calificada, él no pudo subirse al bote, recuerda que le sacaron de la piscina a Arce desmayado,: por eso no pudieron cumplir con la misión; Arce tenía buenas ideas en la instrucción, pero se demoraba mucho en completar las misiones; y, 4. Con el testimonio propio de Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció al ex cadete Arce en el periodo de reclutamiento, fue su compañero de pelotón y en la cabaña, nunca tuvo una conversación íntima con él; conoce al Teniente Encalada porque fue su Comandante de pelotón en primer año; en el período de reclutamiento todos fueron tratados de la misma manera, se les llamaba reclutas a hombres y a mujeres; para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los mismos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia; en la Base Pucará no hay piscina y la instrucción de natación la realizaban en la escuela, nunca estuvieron desnudos en la piscina; en la práctica del bote, tenían que darle la vuelta al mismo y quedarse hundidos, de ahí debían darle la vuelta para subirse, esta práctica no la pudo realizar Arce y no pudieron ayudarle porque era calificada, por eso· permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir, ese día no estuvo el Teniente Encalada, el encargado de la instrucción era Holguín, no podían desobedecer porque estaban formándose para eso; la forma de actuar de Arce retrasaba al pelotón, en una ocasión Arce se había quedado dormido y eso les retrasó en la instrucción, tuvieron que ayudarle inclusive a tender la cama y a meter todas sus cosas, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (pintarse la cara de verde) para que todos estén en el pelotón, una vez Arce sacó una calificación superior a todos los integrantes del pelotón, por eso el teniente les hizo ver que todos podía obtener una buena nota, le puso como ejemplo, no recuerda en qué materia, eso fue algo positivo de él; Arce fue el único afro ecuatoriano que había en el pelotón. Como se observa, los testigos de cargo: Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, y los testigos de descargo: Esteban Javier Ampudia García y Wilmer Jonathan Asadoyay Cajas, coincidieron que el instructor de habilidades acuáticas era el Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez y como tal estuvo presente en el viraje del bote, prueba que no la pudo cumplirel cadete Michael Arce, por lo que permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir; en esta prueba no tuvo nada que ver el Teniente Encalada como lo afirma el acusador particular Michael Arce en su testimonio, pero con los testimonios antes señalados se ha demostrado la falta de interés que demostraba el cadete Arce en sus prácticas de instrucción militar, lo que incidía en las calificaciones del grupo (pelotón del que formaba parte Arce); por el eficiente desempeño en las actividades físicas de Michael Arce, inclusive todo el pelotón, como lo afirmó el señor Juan Francisco Romero Toro. En relación a las prácticas de box, que el ex cadete Michael Arce, manifestaba que le hacían boxear con dos o más cadetes y con mujeres, testificaron sobre este punto las siguientes personas: 1. Con el testimonio propio del General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano, quien manifestó en resumen que el boxeo tiene que ser entre dos personas mínimo, entre más de dos personas, podría ser posible; por equidad de género cuando le toque a una, mujer pelear con un hombre debe hacerlo, ya que cuando esté con un enemigo tiene que defenderse, lo mismo sucede con los hombres; agregó que la palabra muérgano es una terminología que se emplea en el argot militar para una persona que no hace las cosas bien, la palabra paquete se emplea en la persona que no hace bien su tarea; desconoce que es el puño coreano; 2. Con el testimonio propio de la Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, quien manifestó que no vio al cadete Arce boxear con mujeres, pero de haberlo hecho esa era una práctica usual, ya que todos los pelotones estaban constituidos por mujeres, por eso tenían que realizar la instrucción con hombres, eso era parte de la instrucción, no recuerda haber castigado a Arce; veía que Arce

tenía un rendimiento físico deficiente, salía a formar al último, hacia menos flexiones, inclusive menos que las mujeres, siempre quedaba· al último en todo, a más de esto, era descuidado en su aspecto físico; cuando salía a las formaciones salía mal puesto las botas y las mismas estaban ·sucias, por eso le llamaban la atención, sus faltas disciplinarias constituían "anotados ·negativos"' por lo que recibía un castigo, también pagaba la falta, el grupo entero, pero no podría decir que era por culpa de Arce, no había otros cadetes afro ecuatorianos en ese tiempo; agregó que ella estaba encargada de las cadetes mujeres; 3. Con el testimonio propio del Capitán del Ejército Juan Carlos Arias Cazco, quien en lo principal manifestó que no ha recibido ningún documento en el cual consten las actividades de boxeo o defensa personal entre hombres y mujeres, ni tampoco ha presenciado ni ha sido partícipe de este tipo de actividades y de ser así tendría que pedir aclaración, pero eso no es una actividad común; 4. Con el testimonio propio del señor David Freire Coba, quien en resumen manifestó que en las prácticas de boxeo les enseñaban a defenderse, peleaban entre hombres y las mujeres entre mujeres y mujeres contra hombres, pero era como entrenamiento; y, 5. Con el testimonio propio del señor Luis Antonio Muñoz Guerra, quien en resumen manifestó que las peleas de box eran en cinco estaciones por un día, usaban el protector bucal y cabezal dentro del ring, como esas prácticas eran calificadas daban todo de sí, les enseñaban a defenderse y a esquivar los golpes. Como se observa en estos testimonios no existe ningún trato discriminatorio hacia Arce, las prácticas de box eran usuales para todos los cadetes hombres y mujeres, eso les servía para desarrollar destrezas y defenderse de una mejor manera, más aun estando en combate:- En lo que ·respecta a lo manifestado por el ex cadete Michael Arce, en relación al evento· denominado empalizada, en el cual intervino supuestamente el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra, el Tribunal determina que dicho brigadier no está procesado en este juicio, sin embargo para determinar contradicciones en el testimonio de Michael Arce, se menciona lo afirmado por el señor David Freire Coba, quien en su testimonio propio manifestó que en la empalizada con lodo les enseñaban a reptar a todos los cadetes; en muchas ocasiones fue castigado por culpa de Arce, por eso todo el pelotón le aconsejaba cuando les imponían castigos por él; no conoce que es el puño coreano; agregó que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce; todos los ,cadetes hacían guardia, así también todos comían por igual en el comedor; no observó que Arce haya tenido alguna lesión, tampoco observó que haya sangrado. El testimonio rendido por David Freire Coba, en lo relacionado a que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce, fue corroborado por los señores Luis Antonio Muñoz Guerra y Edith Anabel Ortega Mendoza, de la Defensoría del Pueblo, quien , agregó que no hubo un trato discriminatorio por ser afro ecuatoriano, sino porque le habían encontrado caramelos y chocolates, afirmación que concluye haciendo un juicio de valor, que no ha sido demostrada en este juicio.- En lo que respecta al incendio ocasionado por Arce, por una bomba molotov, la señorita Bertha Gabriela Palla Chalco, manifestó que presentó un informe que lo entregó en la Escuela Militar, por los acontecimientos suscitados por la manipulación de una bomba molotov, que produjo un pequeño incendio, provocado por el cadete Michael Arce, en esa temporada el 'bosque estaba seco y eso podía seguir quemando el bosque, en esa práctica estuvieron los compañeros del ex cadete y los instructores, entre los cuales no estuvo presente el Teniente Encalada; para manipular ese objeto primero se leyeron las medidas de seguridad, se verificó el sitio en donde se iba hacer la práctica, se cercó el lugar con cinta; de peligro, habían extintores y tenían una ambulancia como doble función entre la inspección y el polígono de tiro.- En relación al hecho que el ex cadete Arce hace caer la camilla en la que se encontraba un herido, esto lo corroboró el cadete Esteban Javier Ampudia García, quien manifestó que cuando su compañero Dorval estaba en la camilla que la llevaban entre cuatro personas, Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención; por violar la medida de seguridad.- Cabe mencionar que el ex cadete Michael Arce durante todo el tiempo que estuvo en la ESMIL, presentó dos lesiones que no revestían mayor gravedad, esto lo confirmó el Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinuesa, quien dijo que al señor Arce le hizo el reconocimiento médico el Capitán Franklin Castillo, el 23 de noviembre de 2011, luego él, como Jefe del Departamento Médico, legalizó el documento, al conocer a través del médico militar que no existían novedades; el certificado médico se lo hace en el policlínico que queda en la parte de abajo; durante el tiempo que fue jefe del

policlínico no le reportaron novedades respecto al cadete Arce, él únicamente presentó dos lesiones debido a patologías que no revestían gravedad, en ese entonces Arce fue atendido por la Dra. Jiménez por presentar mialgias y no por otra cosa que no recuerda, de esto existe constancia en un parte diario elaborado por la mencionada doctora. Previo a la solicitud de baja voluntaria de algún militar (cadetes, clases u oficiales), tiene que legalizar el reconocimiento médico del jefe del policlínico, esto se lo hace como norma; en el caso de Arce, el Capitán Castillo le realizó el reconocimiento médico al mencionado cadete, testimonio fue corroborado por el Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo, médico de la ESMIL, quien· dijo que el 23 de noviembre de 2011, revisó al cadete Michael Arce, previo a su salida de la institución; para la evaluación médica de un paciente que ha solicitado la baja, éste llega acompañado de un Oficial encargado, hablan con el Jefe del Policlínico, para la evaluación médica, el jefe habla con el médico para que evalúe al paciente, éste le realiza un examen clínico, anamnesis, donde el paciente tiene que referirle algún síntoma, también se le realiza el examen físico luego de eso, el médico da -un parte al Coronel Director, a donde va frente a él, se hace el certificado médico, que firma el cadete y el Director, si el cadete tenía alguna inconformidad con el mismo, no lo firmaba; ese mismo día salieron varios cadetes con la baja y él les hizo la valoración; el Jefe del Policlínica el coronel Yépez. A su vez, la Capitana Rebeca Piedad Jiménez Jiménez; manifestó que el cadete Arce requirió de sus servicios como médico por dos ocasiones, en las que se presentaba una gripe y un dolor muscular, para atenderle fue de la Base Pucará al Centro Médico como se puede observar ninguno de los médicos antes señalados refiere que el cadete Michael Arce presentó durante su permanencia en la ESMIL alguna fractura en los huesos propios de la nariz, por lo que ese evento, debió producirse luego que le dieron la baja de la escuela militar a dicho cadete, por lo que el argumento de Arce en el sentido de que esa fractura se produjo en las prácticas de box, no tiene ningún asidero ni sustento médico, ya que no se ha justificado este hecho con prueba técnica alguna (reconocimiento médico legal realizado en forma oportuna), lo único que existe es el testimonio propio de la Dra. Linda Mena Álvarez, quien para realizar su informe se basó en una placa radiográfica y en las fotografías que las tomó al señor Michael Arce, al momento de la diligencia y" en las· fotografías que él le llevó, lo que de ninguna manera puede determinar que dicha fractura de los huesos propios de la nariz se produjeron cuando era cadete de la ESMIL; por eso la Dra. Linda ·Mena sugirió la revisión de la historia clínica que tenía el cadete Arce en la ESMIL, lo que jamás se concretó.- En lo que respecta al pedido de baja voluntaria de la ESMIL, solicitado por Michael Arce, le consta este hecho al Teniente Coronel Mauro Rogelio Argoti Zambrano, quien manifestó que conoció de los hechos cuando el señor Arce puso una denuncia en la Defensoría del Pueblo, la ESMIL dispuso que se averigüe lo sucedido por medio de informes. El Capitán Arias le indicó que un estudiante (Arce) quería separarse voluntariamente de la institución militar, antes de realizar el procedimiento se entrevistó con el señor Arce quien -le manifestó que extrañaba a su familia, que no se acostumbraba al ritmo de vida, que no le gustaba la escuela y que quería separarse, le preguntó si alguien le había maltratado y le dijo que· no, posteriormente conversó con sus padres a quienes les comentó el deseo de su hijo · de separarse de la institución, su madre le pidió que converse con su hijo para que no se retire; la baja es revisada por él, de lo que comunica al Comandante de la Compañía y él acompaña al cadete en el proceso de baja. Sobre este hecho (sobre la baja de Arce), testificó el Teniente Coronel José Enrique Pastor Guevara, quien manifestó que estuvo de Subdirector Encargado de la ESMIL, conversó con Arce y su familia sobre las políticas y procedimientos para retirarse, les indicó que debían acercarse a pagaduría para que cancelen los valores que estaban pendientes, que ascendían a la suma de USD. $ 2.000,00, la mamá de Arce le dijo a él, tú no sales de aquí, por eso les dejó solos unos momentos y luego Arce dijo que ya no quería retirarse, posteriormente Arce volvió a pedir la baja, cuando sucede esto, se comunica a la Dirección y ésta comunica a sus padres; el procedimiento para la baja está en el Manual de Procesos; en donde está que se debe designar a un Oficial para que le acompañe al cadete para que realice la· hoja de salida, después pasa al Centro Médico y luego va a Pagaduría. Sobre este' mismo particular testificó el Teniente Rolando Paúl Bayas Rea, quien manifestó que era instructor de los cadetes de primer año de la ESMIL y como tal, ayudó a Arce a legalizar los documentos para su retiro voluntario (baja), le entregó las prendas y todo lo que determina la hoja de salida; Arce habló con el Coronel Argoti y éste

le dijo que Arce ya no quería la baja, subió con Arce a la Base Pucará y le dejó en su dormitorio,, pero Arce pidió por segunda vez su retiró el que se concretó, en esta ocasión ya no le acompañó; la baja es una decisión voluntaria del cadete, quien tiene que hablar previamente con sus superiores, con el psicólogo, quienes le hacen reflexionar; conoce que el cadete Arce estaba a órdenes del Teniente Encalada; Arce no se adaptó a la vida militar, seguramente no era lo que él esperaba para su vida. Previo al pedido de baja tiene el cadete que entrevistarse con el psicólogo de la ESMIL, así lo hizo, primeramente se entrevistó por el lapso de 15 minutos con el Dr. Marcelo Antonio Arcos López, a quien le dijo que -reconsidere su decisión de salir de la ESMIL, pero Arce le dijo que extrañaba a su familia, que no se adaptaba que se siente como perseguido, que le hacen a un lado, que alguna vez le hicieron comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores, luego de eso, intervino el Dr. Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, quien manifestó que el cadete Arce solicitó su baja, ante esto le hizo reflexionar, le preguntó sobre sus motivaciones internas y externas que tiene para retirarse la institución militar, él le mencionó que hubieron tres personas que estuvieron exigiéndole un mayor desempeño y desenvolvimiento, ellos son Encalada, Cevallos y Gavela, no recuerda que le haya mencionado términos de humillaciones, pero le refirió que le quitaban la comida, que amanecía de guardia. Esto último fue desvirtuado por sus compañeros cadetes: David Freire Coba (testigo de cargo), Wilmer Jonathan Asadovay Cajas y Esteban Javier Ampudia García, quienes coincidieron que para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los alimentos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia. Los testigos: Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, Rodolfo Ramiro Cifuentes Chubiceta manifestaron que el cadete Arce tenía un bajo rendimiento físico, así también, la subteniente Carla Jacqueline Calapi Mena, manifestó que como instructora de cadetes del primer año de la ESMIL, le consta que el cadete Arce era incumplido, salía a formar al último·, no tendía bien su cama, no cumplía con el horario de régimen interno, no ponía atención a las instrucciones que recibía, en base a esto se hacía la relación de castigados; el testigo Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, manifestó que a Arce le ayudaban a tender su cama y a guardar sus cosas para que no les castiguen al pelotón, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (le pintaban la cara de verde), esto también lo mencionó el testigo del acusado Esteban Javier Ampudia García. De todos los testimonios antes analizados se desprende que Michael Arce no se adaptó al régimen militar, en donde se tiene que ser totalmente disciplinado y se debe acatar órdenes de los superiores, ya que la institución militar y en especial la ESMIL, son instituciones jerarquizadas, en donde la antigüedad de sus miembros juega un papel importante y los cadetes tienen que someterse a la disciplina militar, so pena de recibir sanciones por las faltas cometidas en su proceso formativo, lo que le ocurrió al ex cadete Michael Arce, quien a más q:ue no se adaptó a la milicia, su actuación en las prácticas físicas fue muy baja; por lo que en algunas ocasiones recibió llamados de atención de sus superiores y compañeros. Cadetes para que cambie su proceder y no afecte al pelotón del cual formaba parte, por lo que más bien solicitó su baja voluntaria la que se dio en un segundo intento porque el deseo del ex cadete Arce era regresar a su seno familiar porque extrañaba a su familia, como lo afirmaron los psicólogos de la ESMIL que le aconsejaron para que reconsidere su decisión tomada respecto a su baja. El acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por su parte, negó los hechos a él incriminados al decir que Arce pidió la baja a mediados del mes de diciembre del 2011, porque Cevallos le ha tratado mal a partir de su ingreso a la ESMIL, el señor Arce pertenecía al Cuarto pelotón, del cual él era su instructor, apoyado de dos brigadieres llamados Toledo y Abambari; las tres primeras semanas eran de ambientación, en esas semanas recibían instrucción formal y legislación militar, está en aulas y la otra al aire libre; durante las semanas de adaptación los cadetes no estaban presionados por los oficiales ni por los brigadieres, solo pasaban con los Comandantes de los pelotones y brigadieres, transcurrían las cosas con normalidad a excepción de cosas pequeñas como tender una cama, limpiarse sus botas, colocarse bien el uniforme y si lo hacían mal se les anotaba en la libreta de novedades; algunos no estaban acostumbrados a madrugar, eran sedentarios, en ciertos casos habían cadetes que se dormían por el cansancio mismo no prestaban atención a las clases, luego de las tres semanas viene la instrucción de educación física, al inicio no era rigurosa, para que se vayan ambientando, en la cuarta semana de octubre, empezaron el período

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de instrucción individual de combate en la Base Pucará, como eran nuevos los cadetes y no se familiarizaban con el Reglamento, ningún cadete era sancionado con registro en la conducta, por eso todos tenían 20; una vez que iniciaron el período en la Base Pucará ahí cambiaron las cosas, se volvió más fuerte la actividad física y el horario de régimen interno, tenían que colocarse la mochila, llevar el fusil, llevaban de 20 a 30 libras de peso, ·al momento de realizar la instrucción los cadetes se dirigían las estaciones dirigidas por los cadetes de cuarto año, mientras que los oficiales supervisaban el trabajo como inspectores. El régimen se volvió más fuerte, en la parte física ya empezaron a realizar trotes más largos y forzados, no como al inicio, se recorría una parte en bloque para realizar el calentamiento y luego una carrera continua, corta; media o larga, durante la instrucción se observó que el cadete Arce no estaba bien preparado, él quedaba atrás con las cadetes mujeres, en natación el mencionado cadete se cogía del andarivel, por eso el Comandante dispuso que se los separe a todos los que tenían este problema para que el profesor les prepare; en los partes diarios se evidenciaba que Arce tenía descuido en su aseo personal, como lo han dicho los campaneros y cadetes antiguos, además la mochila no la tenía arreglada, no se camuflaba ·adecuadamente, algunos cadetes informaban que Arce no se bañaba, pero eso a él no le constaba porque los Oficiales utilizan otros baños; al momento de dirigirse al comedor, el Oficial tomaba el control, mientras el pelotón estaba formado para la comida, los cadetes de primer año, iban por escuadras con su Comandante de Escuadra que era el brigadier, antes de la comida hacían una oración y empezaban a comer, jamás se· le ha excluido al cadete Arce; las habilidades acuáticas eran ejecutadas por el Capitán Holguín, el Teniente Encalada sólo estaba de observador, no de supervisor; cuando Arce pidió la baja, tuvo que realizar un informe; agregó que no estuvo en la semana del 11 al 18 de noviembre de 2011, porque sus suegros fallecieron, por eso salió con permiso a El Oro; los cadetes boxeaban una vez a la semana, eran 5 pelotones, en esas prácticas se les ensenaban a lanzar golpes para defenderse y luego se hacía un round entre hombres y mujeres, los hombres no podían golpear sino hacer sombra; Arce pidió la baja y luego se retractó, posteriormente volvió a pedir la baja, en la cual actuó Arias para que continúe con el proceso de salida; que no ha tenido problemas con Arce ni con ningún afro ecuatoriano, se ha relacionado bien con ellos, nunca ha tenido problemas, en la celda en la que se encontraba encarcelado por este caso, vivía con un afro ecuatoriano y en las celdas contiguas habían 3 afro ecuatorianos; no conoce sobre el campanario ni sobre la piedra en la mochila de Arce, no ha escuchado eso en la Base Pucará; todos los Oficiales comían en el comedor con los cadetes y el Oficial de Control estaba al mando, quien les encolumnaba para irse al comedor, el resto de Oficiales esperaban hasta que se siente el último para empezar a comer, no vio que nadie sacara a nadie del comedor; estuvo en la instrucción de habilidades acuáticas, pero no vio nada extraño, el Capitán Holguín le dijo que a Arce le daba calambres por el frío; la vida militar es un trabajo en equipo, cuando alguien se porta mal o hace mal alguna cosa la sanción es grupal; no vio que el cadete Arce haya tenido una lesión en la nariz; agregó que a él no le entrevistaron en la Defensoría del Pueblo; recuerda que la madre de Arce indicó que lo único que pedía, era no cancelar los haberes por 1a baja de su hijo, luego el padre de Arce se le abalanzó a él y a Cevallos, les dijo que iba a averiguar los: teléfonos, eso fue en el hall, luego salieron con la asesora de la ESMIL, luego les topó nuevamente al padre de Arce y les dijo lo mismo; cuando los cadetes cometían faltas, se les anotaban en unos papelitos como positivos o negativos, no se registraba en la conducta porque aún los cadetes no terminaban sus estudios y se les sancionaba registrándoles en la relación de castigados, que son enviadas a la administración académica, la mencionada relación consistía en la noche realizar ejercicios o mantenimiento; Arce no se rendía en la parte física ni en la piscina, no nadaba más de 100 metros y el mencionado se cogía en el andarivel; en las prácticas de tiro, el señor Arce apuntaba hacia el espaldón a la derecha o izquierda y ponía en riesgo la vida, incluso a un cadete lo expulsó del área de tiro, el cadete Arce no prestaba atención a los brigadieres, no sabía cómo manejar el arma, el señor no se adaptó a la vida militar. Como se puede observar, el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales en su testimonio menciona que las causas para que Michael Arce haya pedido la baja era por los maltratos proferidos por Cevallos a partir de su ingreso a la ESMIL, circunstancia que coincide con lo manifestado por el ofendido, ex cadete Michael Arce, en su testimonio, quien entre otras cosas atribuyó su decisión de pedir la baja de la ESMIL por los maltratos ocasionados por el Brigadier Cevallos Richard, quien luego de hacerle una

práctica en la empalizada le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra, evento que ha tratado de olvidar; como se puede ver, este juicio se inició en contra de Fernando Encalada Parrales y no contra el Brigadier Richard Cevallos. Es preciso señalar que el testimonio rendido por el acusado Fernando Mauricio Encalada· Parrales fue espontáneo y su relato fue coherente ya que existe verosimilitud con las pruebas de cargo y de descargo, presentadas por los sujetos procesales, en especial, con los testimonios rendidos por los cadetes (compañeros de Arce), brigadieres y Oficiales de la: ESMIL, quienes coincidieron que el ex cadete Arce no se adaptó a la disciplina militar, por lo que su rendimiento físico fue bajo, que incidió a que decida pedir su baja voluntariamente para regresar con su familia, a la que extrañaba mucho. Por todo lo expuesto, al testimonio del acusado se lo considera como un medio de prueba y defensa a su favor como lo establece el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal. El acusado presentó como prueba de descargo, los testimonios propios de los señores: Raúl Oswaldo Gordillo Benenaula y Mark Bncolict Bol, quienes acreditaron su buena conducta con anterioridad a la supuesta infracción. En este punto cabe resaltar la entrevista psicológica realizada al Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, por parte de la psicóloga clínica de la Fiscalía, Dra. Barbarita Miranda, quien manifestó que el 2 de mayo de 2013, realizó una entrevista psicológica al mencionado oficial, a quien le aplicó el test proyectivo MMPI versión 2, además le aplicó el test HTP; en el test proyectivo MMPI determinó que el reconocido tiene una gran rigidez, poca flexibilidad frente al medio en cuanto al aspecto emocional, presenta ansiedad, reacciona de forma impulsiva frente a las actitudes de la vida que marcan a una tendencia al aislamiento; en el test. HTP se vuelve a mostrar la actitud de rigidez que es un descriptivo de su personalidad, muestra normalidad, en cuanto a su conciencia existen sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio, tiene una actitud narcisista u sobre valoración frente al medio, el nivel de energía que el test muestra, es de normalidad, presenta rasgos de insinceridad. Examen que de ninguna manera refleja una inadaptación social del Teniente Encalada, quien tiene una gran rigidez por su formación militar y su estado de ansiedad seguramente se dio debido a la situación por la que estaba atravesando al momento de la evaluación psicológica. Por otro lado, el Cabo Primero de Policía Darlin Yovany Cañar Chamba, perito en inspección ocular técnica manifestó que el día jueves 12 de julio de 2012, a partir de las 10h00, realizó la fijación de indicios en el interior de la Base Pucará; el indicio número 1, lo levantó -del patio central del -campamento Pucará (de esto existen fotos), el mismo que fue rotulado; el indicio dos, fue levantado de la parte posterior de la cabaña número 6 donde existe una carretera con piedra y arena (detallada en las fotos). También levantó como indicio número 3, un embace de vidrio, en el cual presenta un impreso en donde se lee "Tropical", eso se encontró en el campo antimotines. Dicho envase no contiene ningún elemento en su cuello; en el lugar donde hizo la fijación de este indicio había vegetación en todo su contorno; y, el indicio número 4, consiste en un envase de las mismas características y en su cuello existe un trapo; indicio que se encontró dentro de la vegetación; no logró evidenciar algún indicio de incendio; no encontré huellas de violencia; testimonio que lo única que justifica la existencia física de la Base Pucará, lugar en el que supuestamente se produjo el delito que motiva esté enjuiciamiento. Por todas pruebas antes analizadas; no se demostró la existencia del delito, motivo de este enjuiciamiento, ya que los supuestos maltratamientos de palabra (insultos) y obra (fractura de los huesos de la nariz; producidas según el ofendido, en las prácticas de box) en el interior de la ESMIL, en realidad no se produjeron, y más bien, tanto el ex cadete Arce como el resto de cadetes recibieron una instrucción militar en igualdad de condiciones, siguiendo los respectivos procedimientos y protocolos militares, sin direccionamiento a ninguna persona, recibiendo todos los alumnos de la ESMIL, en especial, Arce y sus compañeros de pelotón un trato idéntico, sin excesos ni preferencias hacia nadie, por lo que no se puede decir que Michael Arce fue discriminado o que se ejercieron en su contra prácticas racistas o xenófobas, por lo que no existió violación a sus derechos humanos, en ninguna forma; lo que sí se demostró con la prueba de cargo y de descargo presentada en la audiencia de juzgamiento, es que Michael Arce tenía un bajo rendimiento en sus prácticas físicas (box, natación, trote, carreras, flexiones de pecho, barras, guardias, reptar, entre otros, además era desaseado, como lo refirieron sus ex compañeros cadetes y superiores en sus testimonios propios lo que le hizo incurrir; en faltas disciplinarias establecidas en el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Reglamento de la ESMIL, como lo afirmó el señor William Arturo Ortiz Amaquiña, sin que esto implique que tal reglamento se lo aplicaba únicamente al cadete Michael Arce, ya que otros cadetes también fueron sancionados por sus faltas disciplinarias como ha quedado demostrado en la audiencia de juzgamiento. Cabe precisar que el testimonio de la madre del acusador particular señora Lilian Oliva Méndez, testigo de oídas, lo único que hizo fue narrar en su testimonio lo que le contó su hijo Michael Arce, sin constarle los mismos, por lo que tal testigo carece de credibilidad e idoneidad. En relación a los testimonios rendidos por los señores: Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza, funcionarios de la Defensoría del Pueblo?, quienes participaron en la elaboración del informe defensorial, dando curso a la queja presentada por Michael Arce, informe que sirvió de base para el inicio del presente juicio, para ello se basaron en entrevistas anónimas al personal militar y a compañeros de Arce de la ESMIL, quienes habían dicho que Arce sufría tratos discriminatorios, pero en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento los testigos de cargo y de descargo presentados por las partes dijeron todo lo contrario, esto es, que no les consta que Arce sufrió algún tipo de discriminación por parte del acusado Fernando Encalada Parrales, por lo que no hubieron actitudes racistas en contra del ofendido, por eso, los testimonios de la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreña, Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza quedaron sin sustento alguno, como se tiene analizado, lo mismo sucedió, con los testimonios rendidos por los señores: psicólogo Gino Grondona Opazo, sociólogo John Antón Sánchez y Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, los cuales no aportan mayores elementos para el esclarecimiento de los hechos. La Dra. Mónica Ortega Dávila, en su testimonio refirió que el señor Michael Arce presentaba llanto fácil, tenía pesadillas por los eventos vividos y concluyó que tiene estrés post traumático por lo que le recomendó someterse a un tratamiento psicológico. Al respecto, el Tribunal considera que el hecho de haber pedido la baja voluntaria, pudo influir en ese cuadro psicológico, porque al dejar la vida militar en la forma que lo hizo y con ello terminar con su proyecto de vida, incide en su futuro, lo que puede generar dicho llanto fácil y estrés. Por lo anotado el Tribunal considera que persiste todavía, a favor del acusado, el principio de presunción de inocencia contemplado en el Art. 76 numeral 2 de la Constitución, en concordancia con el art. 4 del Código de Procedimiento Penal. La presunción de inocencia que rige a favor del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, se encuentra garantizada por la Constitución de la República, Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, misma que no ha podido ser desvirtuada por la Fiscalía, con las pruebas de cargo presentadas en su contra, con las que ni siquiera la existencia de infracción. En este orden de ideas, el análisis que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la presunción de inocencia, se refiere a que: "El imputado no prueba su inocencia, sino quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de los medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus provandi corresponde a quien acusa" (CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencias de 2 julio de 2D04, Serie C No. 107, párrafo 154). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también manifiesta que: "Una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla" (CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 153. Caso Cantora Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 120). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que el derecho a la presunción de inocencia "exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson vs Perú, párrafo 160). Es decir que el Tribunal debe juzgar de acuerdo a su íntima convicción sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado y si tuviere alguna duda deberá dictar sentencia absolutoria (Zabala Baquerizo, Fundamentos del Derecho Procesal Penal, IX, 2007, p. 135). ·Por· las pruebas

antes analizadas, en aplicación a lo dispuesto en los arts.; 304-A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** el Tribunal Séptimo de Garantías, Garantías Penales de Pichincha, RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA DEL CIUDADANO FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía número XX, nacido en la ciudad de Santa Rosa, provincia de El Oro, de 29 años de edad, de estado civil casado, de instrucción superior, de profesión militar en servicio activo, en el grado de Teniente del Ejército ecuatoriano, domiciliado antes de su detención en la ESMIL, villa B3. Al término de la audiencia de juzgamiento, se dispuso que el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, recupere su inmediata libertad, por haber obtenido a su favor sentencia de ratificación de inocencia, para lo cual se giró la respetiva boleta constitucional de excarcelación a favor del mencionado ciudadano, libertad que debía operaría siempre y cuando no existan otras medidas privativas de libertad ordenadas por otro juez competente. Se revoca la prohibición de enajenar los bienes de propiedad del señor Fernando Mauricio Encalada Parrares; dictadas por el Dr. Franz de Jesús Valverde de Gutiérrez, Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, para lo cual se oficiará al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Quito, haciéndole conocer esta disposición. Se califican como debidas las actuaciones de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, del Dr. Juan Pablo Albán Alencastro abogado del acusador particular y de los Drs. Caupolicán Ochoa Neira y César Augusto Ochoa Balarezo, defensores del acusado, quienes cumplieron adecuadamente sus roles. No se califica como maliciosa ni temeraria a la acusación particular presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez. Sin costas.- Incorpórese al proceso el escrito presentado por el señor Demecio Ángel Molina Mosquera; en atención al mismo se dispone, por secretaria y a costa del peticionario confiérase copias certificadas conforme se solicita en el escrito que se despacha, por esta ocasión tómese en cuenta los casillero judiciales y correo electrónico. Señalados por el peticionario anteriormente nombrado para notificación que le corresponda.- En cumplimiento de la Resolución expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 564 de 26 de octubre del 2011, resolución que en el texto dice: " . Art 1.- En los casos que por imposibilidad física o fuerza mayor, debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudiera firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular consiguientemente por la licencia médica concedida al Dr. Luis Fuentes Juez Tercero, la actuaria de este Tribunal de estricto cumplimiento con esta disposición y proceda a notificar la presente resolución.- **Cúmplase y notifíquese.**
f) Sin datos.

APELACIÓN

Juicio No. 2014-0585

Jueza Ponente: Dra. Anacelida Burbano Jativa

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. Quito, jueves 24 de julio del 2014, las 08h20.
VISTOS: Encontrándose legalmente integrado este Tribunal de Alzada, luego de haber evacuado la audiencia oral, pública y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168, número 6; y, 169 de la Constitución de la República, en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Penal en lo atinente a la tramitología del mismo, en aplicación de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal; y, bajo los principios de oralidad, contradicción e inmediación constantes tanto en el Código Adjetivo Penal, como en el Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo con lo preceptuado en la Disposición Transitoria Segunda del último cuerpo legal citado, se pronuncia por escrito, sobre los recursos de nulidad y apelación planteados por los señores Michael Andrés Arce Méndez y Gina Gómez De la Torre, de la sentencia ratificatoria del estado de inocencia emitida a favor del ciudadano Fernando Mauricio Encalada

Parrales, por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el 27 de marzo de 2014, las 11h14. Radicada la competencia en este Tribunal y encontrándose la causa para resolver, se pronuncia al respecto considerando.

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de Alzada es competente para conocer y resolver sobre los recursos de nulidad y apelación de la sentencia venida en grado, de conformidad a lo previsto en los artículos 29, número 1; 325 1; 333; 335; 343, número 2 del Código de Procedimiento Penal; 208, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en virtud de la Resolución No. 179-2013, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, de 14 de noviembre de 2013.

SEGUNDO.- ANTECEDENTES.- El presente enjuiciamiento penal se inicia en el Juzgado Sexto de Garantías Penales de Pichincha, el 3 de julio de 2013, a las 15h39 con la Audiencia Oral de formulación de cargos, ante el doctor Franz Valverde Gutiérrez, Juez de dicha Judicatura, en la que la doctora Gina Gómez de la Torre, Fiscal, señala que se tiene conocimiento de la noticia *criminis* a través del informe defensoría que decía en resumen que el Cadete Michael Arce al haber ingresado a la Escuela "Eloy Alfaro" recibe tratos humillantes, no le permitían dormir, comer, a tal punto que solicitó su baja, cuando le comenta a su madre estos hechos, ella se acerca a la Defensoría del Pueblo, Órgano que hace una investigación anónima y los compañeros cadetes le manifiestan que le hostigaban y el teniente le bajaba la moral y le decía que se ponga en postura y que pida la baja, todo el pelotón para no estar castigado le humillaba, el maltrato era todos los días, "Arce estaba en otro pelotón y escuche (sic) que lo castigaban, Arce estaba con la ropa mojada y creo que no le dejaron dormir, excesos con Arce, a veces no dormía, no le dejaban comer o le dejaban sin comida, había discriminación y le sacaban a comer en el patio, el teniente encalada (sic) le dijo Arce ya pidió la baja y se va a despedir y les va a leer una carta y le hizo leer la carta que le mandaron los familiares delante de todos y el teniente Encalada se reía, y la mama (sic) le decía en la carta que siga siendo el mejor como lo era en el colegio, Arce quería llorar y sus compañeros también los cadetes dijeron todo lo que sabían y si no era de esta manera estaba (sic) impedidos de hablar ". A continuación detalla los elementos y resultados que sirven de fundamento jurídico para formular la instrucción fiscal por noventa días e imputar cargos por el delito tipificado y sancionado en el artículo 212, número 2 del Código Penal, esto es, ODIO RACIAL, en contra del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, por encontrarse reunidos los elementos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal y para garantizar la presencia del procesado a juicio, solicita se dicte su prisión preventiva. El Juez A quo, notifica a los sujetos procesales con el inicio de la instrucción fiscal y en virtud de que los hechos narrados por Fiscalía hacen presumir la existencia de la infracción tipificada y sancionada en el artículo 212, número 2 del Código Penal, así como la presunta responsabilidad del procesado, al cumplirse los presupuestos constantes en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, ordena la prisión preventiva de Fernando Mauricio Encalada Parrales. El 30 de septiembre de 2013, a las 15h39, en la misma Judicatura, se desarrolla la Audiencia Oral de Vinculación, en la que la Fiscal, doctora Paola Gallardo, solicita la vinculación del señor Juan Carlos Arias Casco, imputándole la comisión del presunto delito de odio, por ser el Comandante del Pelotón y era su superior a quien reportaba el señor Encalada y quien conocía lo que sucedía en la Base Pucará, en consecuencia, supo de los tratos denigrantes y discriminatorios que sufrió Michael Arce, que le obligaron a solicitar su baja de la Institución Militar. Solicita se dicten las medidas cautelares constantes en el artículo 160, números 4 y 7 del Código de Procedimiento Penal. El Juez A quo, pese a lo señalado por Fiscalía, ordena la prisión preventiva del señor Juan Carlos Arias Casco y notifica con el inicio de la instrucción fiscal por treinta días. El 21 de agosto de 2013, a las 11h39, se efectúa la Audiencia de Revisión de Medida Cautelar, en la que el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, solicita la sustitución de su medida cautelar de orden personal, prisión preventiva, pedido que es negado por el Juez de la causa. En la Audiencia preparatoria de juicio y sustentación del dictamen fiscal, de 18 de noviembre de 20, el abogado defensor del procesado, considera que este proceso se dio inicio por un informe presentado en la Defensoría del Pueblo, que tiene vicios de procedibilidad y procedimiento y no se ha identificado con claridad el delito que se investiga, al tratarse de un supuesto delito de odio, la Defensoría no tenía por qué investigar nada y excusarse ante el Fiscal para que se inicie una indagación, no se identifica quienes son las personas que declaran en favor o en contra, no están acompañados de un defensor, ni está

presente la otra parte para impugnar. La defensa del procesado Juan Carlos Arias Casco, nada tiene que alegar. El abogado Juan Pablo Albán Alencastro, señala que este no es el escenario en que se pueda hacer la impugnación de un acto administrativo, el informe defensorial es simplemente una noticia *criminis*, es la Fiscalía la que ha realizado la investigación correspondiente. Fiscalía General del Estado, manifiesta que en cuanto a requisitos de competencia, procedibilidad, procedimiento y requisitos prejudiciales nada alega, la Defensoría del Pueblo cumpliendo con sus funciones realizó una investigación y existen muchos documentos, pero el que llegue un documento a la Fiscalía no significa que sea válido o no es simplemente una noticia criminis, pero esto tiene que investigarse, por lo que se inició una indagación. El Juez A quo, escuchados los sujetos procesales, declara la validez del proceso. A continuación, la doctora Gina Gómez De la Torre, emite dictamen acusatorio en contra del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales y dictamen abstentivo a favor del Capitán Juan Carlos Arias Casco, solicita se mantenga en contra del primero de los nombrados, la prisión preventiva. El doctor Franz Valverde Gutiérrez, en calidad de Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, dicta AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO, en contra del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales por el supuesto delito tipificado y sancionado en el artículo 212 innumerado segundo del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 *ibídem*, se ratifica la medida cautelar que pesa en su contra. En cuanto al otro procesado, Juan Carlos Arias Casco, remite el proceso al señor Fiscal Provincial a fin de que se pronuncie sobre el mismo. Sorteada la causa, recae su conocimiento en el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que efectúa la Audiencia de Juzgamiento el 18 de diciembre de 2013, a las 08h34, resolviendo RATIFICAR EL ESTADO DE INOCENCIA DEL CIUDADANO FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES. Inconforme con esta sentencia el señor Michael Andrés Arce Méndez y la doctora Gina Gómez De la Torre, interponen recursos de nulidad y apelación que se encuentran en análisis de este Tribunal.

TERCERO.- AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA ATINENTE AL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR ACUSACIÓN PARTICULAR Y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal convocó a las partes procesales para la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria dentro de la presente causa. Se concede la palabra en primer lugar a los recurrentes dentro del recurso de nulidad, acusación particular y Fiscalía General del Estado. **3.1.** El doctor Juan Pablo Albán Alencastro, en representación del señor Michael Andrés Arce Méndez, manifiesta que ha interpuesto el recurso de nulidad invocando las causales constantes en los números 2 y 3 el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 76, número 7, letra 1 de la Constitución de la República del Ecuador que corresponde a la falta de motivación. La sentencia emitida por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha el 27 de marzo de 2014, a las 11h14, se da luego de tres meses después de concluida la Audiencia Pública de Juzgamiento y de anunciado verbalmente el fallo, esta decisión no cumple con los requisitos determinados en los números 2, 3 y 7 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal que exige la anunciación de la prueba clara del hecho punible y de los actos acusados que el Tribunal estime probados, pero es evidente que el Tribunal no ha tomado en consideración la mayor parte de la prueba producida en la Audiencia. Se debe agregar que de la simple lectura del fallo claramente se desprende que el Tribunal no toma en cuenta ninguno de los argumentos y prueba que presentó acusación particular, lo que obviamente acarrea la nulidad de la Audiencia del Juicio, la decisión de los jueces y juezas debe contar con una exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, la misma garantía de motivación suficiente está contemplada en el artículo 76, número 7, letra l de la Constitución de la República del Ecuador, la sentencia carece de motivación suficiente, no hay un análisis de la conducta incurrida por el procesado ni de la prueba aportada durante el juicio y hay simplemente una especulación que además no se funda en prueba de que su defendido habría tomado la decisión de retirarse de la Escuela Superior Militar por razones personales de no sentirse en condiciones de rendir con los rigores de la Escuela Militar, hace especulaciones sobre las causas del estrés postraumático que fue debidamente acreditado en la Audiencia de Juicio, que todavía hoy experimenta el señor Michael Andrés Arce Méndez, esta falta de motivación suficiente impide que las partes conozcan las verdaderas razones por las cuales el Tribunal emite el fallo

absolutorio, traslada la responsabilidad de los hechos que fueron entregados en su momento al Teniente Mauricio Encalada a un entonces Cadete hoy Oficial del Ejercito de apellido Cevallos, pero dice que como Cevallos no fue llevado a proceso no hay como condenarle, hace todo un análisis de responsabilidad sin indicar en que funda esta conclusión específica, la sentencia en suma adolece de falta de motivación. Finalmente ha invocado la nulidad en función de la violación de lo determinado en el número 7 del artículo 309, la sentencia del Tribunal de Garantías Penales por mandato expreso de la ley debe llevar las firmas de los jueces que participaron en el juicio y en este caso es necesario indicar que el doctor Luis Fuentes ejerció la Presidencia del Tribunal y actuó como ponente en el juicio a punto de que cuando se hizo el anuncio de la decisión el doctor Fuentes explica la conclusión del Tribunal y el fundamento supuesto de la misma que no se había acreditado de manera suficiente la responsabilidad del procesado en los hechos acusados, sin embargo, cuando tres meses después de concluida la Audiencia de Juicio y de anunciado verbalmente el fallo en violación expresa de lo que determina el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal notifica por escrito la sentencia que contiene la firma de las doctoras Elizabeth Martínez y Susana del Pilar Nájera, no así del Juez Ponente que fue el Presidente doctor Luis Fuentes, es importante anotar que en el caso de la doctora Elizabeth Martínez el nombramiento que ostentaba en la Audiencia era un nombramiento temporal que para el momento en que se emite la sentencia por escrito ya de acuerdo al Oficio del Consejo de la Judicatura no estaba en vigencia, por estas razones considera que hay vicios de nulidad que obligan a la nueva realización del juicio, es necesario que se anule la instancia de juicio y se lleve a cabo la Audiencia correspondiente. **3.2.** El doctor Wilson Toainga Toainga, en representación de la Fiscalía General del Estado, expresa que en cumplimiento de lo que dispone el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal le corresponde en condición de Fiscal de Pichincha sustentar el recurso de nulidad planteado por la doctora Gina Gómez, Fiscal de la causa, que ha interpuesto este recurso en virtud del artículo 330 número 3 del Código de Procedimiento Penal, ya que en el desarrollo de la Audiencia de Juzgamiento, el doctor Luis Fuentes miembro del Tribunal a título de hacer preguntas aclaratorias hace preguntas de práctica de prueba, realizando diligencias probatorias a las cuales están impedidos los Juzgadores del Tribunal, eso consta en la grabación magnetofónica del Acta de la Audiencia es por eso que Fiscalía para sustentar debidamente su recurso de nulidad solicitó a la Sala que se disponga que un perito transcriba el audio de la misma y efectivamente el Tribunal dispuso la práctica de esa experticia pero por la cantidad de tiempo que lleva la grabación el perito establece que potencialmente transcribir toda el acta conllevaría unos veinticuatro (24) días, por eso Fiscalía vuelve a pedir al Tribunal que se proceda a realizar la transcripción del audio de la Audiencia a efecto de que con ese documento y tal transcripción se sustente el recurso, porque si deja pasar la actuación del doctor Fuentes vulnera el principio dispositivo. Ante el pedido formulado por el señor Fiscal Provincial de Pichincha, la Presidencia del Tribunal, concede la palabra a la parte procesada. El doctor Caupolicán Ochoa, en representación del procesado Mauricio Encalada Parrales, señala que lo Páginas de 33 solicitado por el señor Fiscal no tiene sustento en ninguna disposición de carácter procesal ni legal, es un pedido motivado por sus celos de funcionario público que quiere tener alguna documentación que le permita sostener lo que ha venido a aseverar, sin embargo, no es el momento procesal oportuno para ello, en el supuesto de que el Tribunal requiriera con mayor detenimiento las particularidades de cómo se dio la Audiencia, tiene facultad plena para escuchar la grabación en el tiempo que considere pertinente, el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal hace referencia a la facultad que tiene el Presidente del Tribunal a conducir la diligencia, a solicitar aclaración o ampliación a los testigos cuando están exponiendo, lo que hizo el Presidente del Tribunal es cumplir aquella facultad que establece el Código de Procedimiento Penal que sería absurdo que en el ejercicio de su potestad escrita que es otorgada por la ley se quiera encontrar causa o fundamento de nulidad. El Tribunal en relación a este incidente, manifiesta que se proveyó la realización de esta diligencia en la que se dispone que esta era la última vez en la que se difería la Audiencia en la que se alegaría los recursos planteados, se ha tenido toda la apertura para que se realice la pericia peticionada por Fiscalía, sin embargo el perito indicó que tardaría aproximadamente un mes en desarrollar esa experticia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 269 de la Constitución de la República del Ecuador, lo que se sugiere bajo el principio de inmediación es que intervenga la

doctora Gómez la Torre, quien estuvo en la Audiencia de Juzgamiento, a fin de clarificar a este Tribunal cuáles fueron las preguntas que a su criterio, no eran aclaratorias y constituyeron una práctica de prueba. A continuación, la doctora Gina Gómez De la Torre, dice en el testimonio de Juan Francisco Romero, una vez que realizó las preguntas, el doctor Fuentes dice *"aclaro: durante la semana que usted refiere había algún acto de violencia fuera del reglamento militar contra el señor Arce en el caso de William Arturo Ortiz Amaquiña, dice si "*conoce de algún trato diferenciado contra el señor Arce ". Respuesta "trato diferenciado en qué sentido yo estuve presente ahí todo era normal que pasaban a ser castigados y no había diferenciación a nadie". En el caso de Richard Tomas Cevallos Domínguez, el doctor Fuentes pide como "aclaratoria durante la semana que usted refiere había algún acto de violencia fuera del reglamento interno militar del señor Arce". El testimonio de los peritos Gino Grandona Opazo y John Antón Sánchez, dio la impresión de parte de la defensa en relación al primer perito de que le dijeron que es un "charlatán", refiriéndose a que tal calificativo lo dio el doctor Ochoa (defensor del procesado), se los califico de parte de la defensa del proceso "como colombiano y chileno". A fin de aclarar toma la palabra el doctor Wilson Toainga, quien señala que efectivamente las preguntas que formula el doctor Luis Fuentes, Juez ponente del Tribunal, no constituyen preguntas aclaratorias son interrogatorios directos de práctica de pruebas, aspecto eminentemente vedado para los Jueces indudablemente que al realizar preguntas directas para práctica de prueba esas preguntas tuvieron una respuesta que fue cristalizada en el fallo lo que está influyendo en la decisión de la causa, por tanto acarrea indudablemente la nulidad conforme lo establece el artículo 330 número 3 del Código de Procedimiento Penal, Fiscalía insiste en la declaratoria de nulidad de la Audiencia de Juzgamiento. 3.3. Una vez escuchados los recurrentes, se concede la palabra al doctor Caupolicán Ochoa, en representación del señor Mauricio Fernando Encalada Parrales, a fin de que exponga sobre los argumentos de los recursos de nulidad planteados por la acusación particular y Fiscalía General del Estado, manifiesta respecto a la posición de la Fiscalía General del Estado hay un exceso de celo, una búsqueda desesperada de encontrar alguna causa para sustentar una nulidad que no existe, aquellas afirmaciones que se ha realizado aquí no tienen fundamento en la realidad y no pueden ser esgrimidas como argumentos para provocar la nulidad de todo el proceso y toda una Audiencia de Juicio, es necesario hacer un ejercicio de proporcionalidad respecto a lo que se está mencionando, recordándose el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, la actitud del señor Presidente del Tribunal tenía la sanísima intención de aclarar la verdad procesal, de contribuir con sus preguntas a tener una idea más clara de lo que realmente había ocurrido en ese afán sincero de la búsqueda de la verdad procesal para administrar justicia, no cree que esta actitud debe ser sancionada con una nulidad sino que al contrario está en ejercicio de una explícita facultad legal. Con relación al recurso de nulidad interpuesto por el doctor Albán Alencastro, en concreto ha manifestado en primer lugar que la sentencia carece de motivación y no reúne los requisitos exigidos por la ley en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, tiene en sus manos la sentencia, la he revisado una y otra vez y con absoluta sinceridad no encuentra que aquella argumentación tenga fundamento. El articulo 309 va determinando una tras otra las exigencias procesales para que la sentencia cumpla con los requisitos formales que dice esta disposición, y si se tiene la tranquilidad de estudiar cada uno de los aspectos de esta sentencia va a verse que en forma metódica, absolutamente clara y coherente reúne uno a uno los requisitos exigidos por el artículo 309 *ibídem*. También afirma que se ha violado el trámite al hecho de que han trascurrido por lo menos noventa (90) días después de la fecha en la cual se realizó la diligencia de Audiencia de Juicio y luego se notificó con la sentencia escrita y es verdad que es un tiempo exagerado en el que se emitió la sentencia por escrito, pero por ello no se puede afirmar que la Audiencia de Juicio sea nula ni decir que se ha violentado el trámite, ni que es necesario volver a sustanciar la Audiencia de Juicio, comprende la carga procesal que tienen los señores Jueces y la necesidad que ellos tienen de involucrarse de manera más detallada de este particular para redactar su fallo, además de que no pudieron contar con el acta pertinente para redactar su fallo definitivo y para notificar con el mismo, pero la resolución propiamente dicha sobre la cual se declara o se califica la inocencia o culpabilidad se la dio al momento mismo de terminar la diligencia, ha dicho el doctor Albán Alencastro que también existe causas de nulidad porque la sentencia carece de motivación, él no la encuentra, pero él la ve absolutamente sustentada y coherente, no se ha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

tomado en cuenta la prueba de la acusación particular, pero de qué prueba se está hablando, si lo que hubo fue una clamorosa, escandalosa, impresionante ausencia de prueba actuada por la acusación particular ya que no aporta nada, ya que se sumó a la prueba que actuaba Fiscalía y la que aportó fue mínima. Se ha dicho también que se declara la nulidad porque el señor Presidente del Tribunal no ha firmado el fallo pertinente con la redacción escrita con la cual se los notifica, pero la misma resolución en la parte final se refiere a una decisión de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 564 de 26 de octubre de 2011 que trata exclusivamente de la ausencia de ese momento del doctor Luis Fuentes, Juez del Tribunal en su momento, de tal manera que aquella inquietud también está solventada por el mismo Tribunal que dictó la sentencia. No existe causal de nulidad alguna y no se ha justificado la forma cómo esta supuestas anomalías, ausencias, violaciones han provocado o podrían haber incidido en la decisión de la causa, por lo que pide se declare la validez del proceso.

CUARTO.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN A LOS RECURSOS DE NULIDAD.- Este Tribunal de Alzada una vez escuchados a los recurrentes del recurso de nulidad de la sentencia ratificatoria de inocencia, dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, resuelve por unanimidad lo siguiente: En cuanto al argumento dado por la acusación particular en este caso, por el señor Michael Andrés Arce Méndez, el abogado de la defensa manifiesta que las causales de nulidad se dan en virtud de que se ha vulnerado el artículo 330, números 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, así como también el artículo 76, número 7, letra 1 de la Constitución de la República. En cuanto al artículo 330, número 2 del Código de Procedimiento Penal, hace alusión a otra norma constante en el mismo cuerpo legal, artículo 309 que se refiere a los requisitos que debe reunir una sentencia, argumenta la defensa que han sido omitidos los presupuestos constantes en los números 2, 3 y 7 de la citada norma, estos a saber son: *"Requisitos de la sentencia. La sentencia reducida a escrito, deberá contener 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados; 3. La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;...7. La firma de los jueces. ".* De la revisión prolija del fallo objetado se tiene que éste enuncia las pruebas practicadas, aquellas que luego de la valoración correspondiente bajo las reglas de la sana crítica le conducen a ratificar el estado de inocencia del señor Encalada Parrales, en concordancia con los artículos 86 y 304-A del Código de Procedimiento Penal. En lo ateniente al número 3 artículo 309 se refiere a la exposición concisa de los fundamentos de hecho y de derecho, de la revisión del fallo, consta desde Considerando Quinto, fojas 907 a 915 del expediente, esos fundamentos de hecho y de derecho que le llevaron al Tribunal de Mérito a arribar a una decisión que en la especie resulta ratificatoria del estado de inocencia del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, el hecho de que la sentencia resulte adversa a los intereses de determinados sujetos procesales, no implica que la misma adolezca de tales razonamientos o que aquella carezca de motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, manifiesta que: *"...la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada"* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 069-10-SEP-CC, caso No. 0005-10-EP Jueza Constitucional Ponente: Dra. Nina Pacari Vega); respecto a la falta de valoración de la prueba aportada por acusación particular, ello no es materia del recurso de nulidad, por lo que su argumento se lo desecha por impertinente. En cuanto al número 7 del artículo 309 se refiere a la firma de los jueces, este Tribunal observa que la Audiencia de Juzgamiento fue llevada a cabo entre el 18 de diciembre a 26 de diciembre de 2013 en la que intervinieron los doctores Susana Nájera Verdesoto, Elizabeth Martínez y Luis Fuentes López, este último como Presidente del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, (lo cual no quiere decir que sea el Juez ponente), quien al finalizar la Audiencia dio lectura al anticipo del fallo, en aplicación de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal que preceptúa: *"Terminado el debate, el Presidente ordenará a los sujetos procesales que se retiren. A continuación, el tribunal procederá a deliberar con vista de los medios de prueba practicados durante la audiencia de juicio. Mientras dure la deliberación no se permitirá la entrada a ninguna persona y el Presidente dictará las medidas necesarias para el cumplimiento de esta disposición. El tribunal deliberará de modo continuo y permanente hasta que llegue a una decisión y no podrá suspender la deliberación. Una vez que el tribunal*

tenga una decisión, el Presidente dispondrá la reinstalación de la audiencia y dará a conocer oralmente a los sujetos procesales su decisión de declarar la culpabilidad o confirmar la inocencia de los procesados"; ya en la sentencia motivada emitida por escrito, el 29 de marzo de 2014, a las 11H14, en ésta consta solamente la firma de dos de los jueces que intervinieron en la Audiencia de Juzgamiento (doctoras Nájera y Martínez), no se tiene la firma del doctor Luis Fuentes López, sin embargo consta la razón dada por el señor Secretario del Tribunal A quo, en la cual motiva el por qué no consta dicha firma, lo cual tampoco vulnera procedimiento alguno de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 316 del Código Adjetivo Penal que dice: *"La sentencia se firmará por todos los jueces del tribunal de garantías penales, que intervinieron en la sustanciación y conclusión de la audiencia del juicio aun .cuando alguno haya sido de opinión contraria a la mayoría. Si alguno se negare o no pudiere firmar, el secretario anotará esta circunstancia en el proceso y la sentencia expedida seguirá su curso normal. Puesto el hecho en conocimiento de la respectiva Corte Provincial, esta destituirá al infractor. El juez sancionado no podrá ser elegido miembro de ningún Tribunal de Garantías Penales de la República. En todos los casos en que, por imposibilidad física o fuerza mayor debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudieran firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular por el secretario, dicho fallo surtirá efecto y seguirá su curso legal. "*, es legal tal proceder, propio de nuestra actividad jurisdiccional, en la que bajo el principio constitucional de inmediación se requiere mínimo la firma de los dos jueces que estuvieron en la Audiencia de Juzgamiento y si no es posible contar con la firma de un tercero, con la razón sentada por el actuario del Tribunal, el fallo se lo reputa válido, en aplicación de lo previsto en la Resolución de 5 de octubre de 2011 , publicada en el Registro Oficial No. 564, de 26 de los mismos mes y año, en la que la Corte Nacional de Justica, resolvió en su artículo 1, lo siguiente: *"En los casos que por imposibilidad física o fuerza mayor, debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudiera firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular por el secretario, dicho fallo surtirá efecto y seguirá su curso normal"* . Por último, sobre la demora en la emisión del fallo motivado, pues la Audiencia de Juzgamiento culminó el 26 de diciembre de 2013 y la resolución por escrito se la dicta el 29 de marzo de 2014, tratándose de una Audiencia desarrollada en varios días con la comparecencia de más de sesenta testigos, resulta imposible cumplir con los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal, sin embargo, el anticipo del fallo, fue dado el 26 de diciembre de 2013 , cumpliendo con los principios que rigen el sistema acusatorio oral y la sentencia motivada debidamente notificada, permite a los sujetos procesales activar su derecho de impugnación, por lo que esta tardanza no influye en la decisión de la causa, requisito sine qua non para declarar su nulidad. En lo atinente a la argumentación del señor Fiscal Provincial de Pichincha de que se ha vulnerado el principio dispositivo estipulado en el artículo 168, número 6 de la Constitución de la República: "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.", que prohíbe al Juzgador ordenar de oficio la práctica de prueba iniciativa probatoria, determinando el objeto de la prueba y examinar al testigo sobre este objeto, toda vez que en la dirección de la Audiencia de Juzgamiento llevada a cabo entre los días 18 de diciembre a 26 de diciembre de 2013, el Presidente del Tribunal A quo realizó preguntas que a criterio de Fiscalía General del Estado, resultaron práctica de pruebas, ello no es observado por este Tribunal de Alzada, se trata de una de las atribuciones que tiene el Presidente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal que determina: *"Concluida la declaración del perito o del testigo, el presidente y los miembros de tribunal de garantías penales podrán interrogarles para que amplíen o aclaren puntos especiales de su declaración. Terminado el interrogatorio de los jueces, podrán interrogar al testigo el Fiscal, el acusador particular mediante su defensor y el acusado o su defensor. El presidente cuidará que las preguntas no sean capciosas, impertinentes o sugestivas"*, en consecuencia, no le está prohibido interrogarlo para que amplíe o aclare las respuestas tanto al examen del sujeto procesal que lo presenten, como al contra examen, en consideración a que, lo que el testigo declara debe tener coherencia, ser comprensible, debe responder de manera concreta y precisa lo que se le pregunta y cuando no lo hace, es obligación de los miembros del Tribunal o su Presidente

solicitar aclare sus respuestas cuando se encuentran obscuras o amplíen cuando no responden lo que se les pregunta, lo cual no constituye una violación del principio dispositivo de la prueba, por tanto, este Tribunal no observa vulneración de principio constitucional alguno, es más la Fiscal de la causa a viva voz dentro de la Audiencia se refiere a que el Presidente del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, para formular la pregunta dice "aclaro, aclaratoria", con lo cual ha cumplido con lo previsto en la norma legal citada. Por lo expuesto, este Tribunal, no advierte nulidad alguna en lo aseverado por la defensa de la acusación particular, así como del titular de la acción penal pública. La norma procedimental penal, invocada por los recurrentes, habla del tema de nulidades procesales, el cual es el vicio que afecta el acto procesal o el procedimiento y para que acarree la declaratoria de nulidad debe ser trascendente, este vicio es trascendente cuando hubiera influido en la decisión de la causa, de tal modo que el recurso de nulidad, es una severa sanción frente a las irregularidades procesales, que se traducen en ostensibles violaciones de los derechos del procesado, lo cual conforme párrafos precedentes no se evidencia en la sentencia objetada en análisis, deviniendo en una pretensión improcedente, el artículo 169 de la Constitución de la República *"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".* Por las consideraciones expuestas y toda vez que la sentencia recurrida ha sido emitida conforme a derecho y su trámite se ajusta a la normativa que rige la materia, al haberse garantizado a los sujetos procesales intervinientes el ejercicio pleno de los derechos establecidos en la Constitución de la República, este Tribunal declara la validez de las actuaciones judiciales sometidas a su análisis.

QUINTO.- CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA REFERENTE A LOS RECURSOS DE APELACIÓN PLANTEADOS POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- 5.1. El doctor Juan Pablo Albán Alencastro, fundamenta las razones por las cuales acusación particular interpuso el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343, número 2 del Código de Procedimiento Penal contra la sentencia emitida por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el día jueves 24 de marzo de 2014, a las 11h14. En el año 1979 el legislador ecuatoriano decidió incluir en nuestra Ley Sustantiva Penal un tipo que castiga el odio basado en el origen, ese tipo penal adoptado en el año 1979 dio paso en el año 2009 a la iniciativa de una Asambleísta que es parte del pueblo afroecuatoriano a una ampliación de la figura para castigar toda forma de discriminación racial basada en una condición personal, los delitos de odio y este es el primer caso en que se ha invocado la norma a efectos de sancionar la conducta de un funcionario público y miembro de las Fuerzas Armadas que prevalido de su condición de oficial de nuestro Ejército y encomendado con la importante tarea de formar nuevas generaciones de oficiales decidió que en su Ejército no podía haber gente negra, ellos no tienen cabida porque son ''vagos, sucios, perezosos" y escuchará después que se trata de descalificar a su defendido, ese es el caso en análisis. Su queja e inconformidad con la resolución impugnada tiene que ver con la vulneración de supuestos esenciales de la operación de la justicia que se llaman garantías del debido proceso, contempladas en el artículo 76, número 7, letras e, k y 1 de la Constitución de la República, viola también los artículos 5, 8, 9, 21 y 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, menoscaba además una serie de normas relacionadas con las garantías del debido proceso contenidas en tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte por mencionar dos puntuales que son de aplicación inmediata en función de lo que disponen los artículos 11, número 3 y 426 de la Constitución también violentados a través de esta decisión espuria del Tribunal A quo, los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuál es la sustancia, muy simple, el temor a lo que es distinto conduce a una actuación violenta y el odio racial se-fundamenta en ese temor que ciertos segmentos tienen respecto de los consideran diferentes y esa es la materia de la discusión, los tipos penales de odio en general han proliferado en la legislación de distintos países del mundo con la intención de atacar no actos de violencia material, verbal, psicológica ·o moral que ocurre de manera aislada, sino que tienen como fuente inspiradora, la "discriminación", ese es su verbo, lo que buscaba el Tribunal Séptimo de Garantías Penales era una evidencia material, de cuándo le "chirleo", cuándo le hizo

hacer flexiones de pecho, que la fractura de nariz que sufrió el cadete Arce fue consecuencia de un golpe directo que le propinó el teniente Mauricio Encalada no se afirmó, pero cuando un individuo es puesto a boxear con cinco personas de manera simultánea no se espera que pueda esquivar ciertos golpes y esa orden la giró el teniente Encalada, la discusión no es cómo se materializa la acción que afecta el bien jurídico e integridad personal o psicológica de Michael Andrés Arce, por el momento todavía padece síndrome de estrés postraumático, está documentado, está en el proceso la evidencia sociológica y antropológica de la existencia y prejuicio racial, la explicación técnica de cómo en instituciones absolutas como son las Fuerzas Armadas es notable la propensión al establecimiento de patrones discriminatorios, están las declaraciones de los compañeros cadetes de Michael Arce, subordinados del teniente Encalada, "Arce era un inútil, un vago, un sucio, no sabía tender su cama, tenía que ser asistido por las mujeres" y la reproducción del patrón discriminatorio en la propia Audiencia de Juicio descalificando ahora a las mujeres que son cadetes de segunda, por eso corren al último con Arce, todo eso está en ese expediente y no está en la sentencia impugnada, si se hubiere tomado en cuenta el informe defensorial que es parte del acervo probatorio, en sus conclusiones declara que hay práctica de discriminación al interior de la ESMIL, ahí están los informes forjados por el señor General Gustavo Cabrera Campuzano. Michael Arce Méndez ingresó a la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", el día domingo 2 de octubre de 2011 luego de haber cumplido con todos los requerimientos legales y reglamentarios para ingresar en calidad de cadete en un grupo de más de 1200 estudiantes, habiendo cumplido a cabalidad con las pruebas físicas que implicaba correr, nadar entre otras cosas, su permanencia en la ESMIL se prolongó hasta el día 28 de noviembre de 2011, Michael Arce Méndez estuvo en las instalaciones de la ESMIL un mes y veintiséis días, porque alguien decidió que no era apto para pertenecer al Ejército Nacional, en ese tiempo la persona procesada en este juicio ejecutó en contra de su defendido una serie de actos de hostigamiento, de amenazas, violencia verbal, psicológica, física, moral en función de su color de piel y en la propia Audiencia de Juicio el psicólogo de la ESMIL dijo que durante la entrevista de salida de su defendido en el momento en que se le preguntó las razones por las cuales estaba abandonando, él explicó que había sido víctima de hostigamientos y cuando le preguntaron que si tenía idea de porqué había sido víctima de hostigamiento, explicó de manera directa y expresa que por su color de piel, pero ese informe fue modificado, alterado, pero afortunadamente la Defensoría del Pueblo ya había hecho su investigación que trae dos ejemplares del informe, uno modificado para no afectar el honor, el buen nombre, la integridad de la personas ahí mencionadas curioso que esto de la discriminación esté extraído y el otro que está completo, eso tampoco dice la sentencia cuestionada; en su momento esas acciones de hostigamiento, de violencia verbal física, psíquica y moral en perjuicio de su representado constituyen violaciones a los derechos humanos constantes en los artículos 66 y 326 de la Constitución; 3, 5, 11 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 11 y 52 de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, su representado fue obligado a permanecer en una piscina de clavados que tiene una profundidad media de 7 metros por un tiempo excesivo, la piscina no es temperada, tiene temperatura ambiente del valle en donde se encuentra la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro" que en horas de la mañana fluctúa entre 6 y 10 grados, certificado por un peritaje practicado por secuencia de un proceso de reconocimiento del lugar de los hechos ordenado por Fiscalía en la fase de indagación previa que obra como parte del expediente y que no consta mencionado en la sentencia del Tribunal Séptimo, resultando un cuadro de hipotermia y la necesidad de ser auxiliado por sus compañeros, la risa de su superior pero además el señalamiento de "inútil no sabe nadar", en más de una ocasión fue impedido de tomar sus alimentos junto con el resto del grupo durante el período de entrega del rancho, era obligado a realizar "teque" que dentro de la terminología militar significa hacer ejercicio físico en castigo por alguna falta disciplinaria puntual cuando restaban pocos minutos para que termine la hora del rancho, se le permitía recibir sus alimentos pero se le impedía consumirlos en el comedor de la base Pucará que es donde se realiza el entrenamiento inicial, debía consumirlos afuera porque los "negros no comen en ese comedor"; durante una práctica de tiro se le asignó un rifle defectuoso y cuando no pudo realizar los disparos se dijo que era por "inútil, incapaz", un brigadier le cambió el fusil y su representado pudo cumplir con la práctica de tiro de manera normal, en varias ocasiones los llamados

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de atención ante las supuestas faltas por falta de prolijidad, atención, disciplina, falta de espíritu militar para cumplir tareas físicas iban condimentadas con epítetos como "negro vago, hediondo, negro hijo de puta, inútil eres menos que las mujeres, ningún negro será oficial", se lo acusó en más de una ocasión de haber ingresado alimentos de manera clandestina a la base Pucará cuando en realidad ninguno de los cadetes tenía permitido entrar con nada, todo esto para trasladarlo a una entre comillas "relación de castigados", la que debe constar por escrito y las faltas deben registrarse deméritos con indicación expresa del momento y la falta por la cual se impuso sanción con una aceptación del sancionado, no hay relación de castigados del procesado porque era un inútil, un perezoso, un descuidado, no se bañaba, tender su cama, en más de una ocasión el procesado obligó a los compañeros pelotón de Michael Arce a castigarlo, a insultarlo, a mojarlo con agua fría y luego rociar su cuerpo con gas, obligado a revolcarse en el ripio de la base PUCARA, también está documentado cómo es el suelo de la base PUCARA, en el contexto de reconocimiento del lugar de los hechos, de manera constante el procesado le decía a su representado que se largue, que si no pedía la baja voluntaria los compañeros y él serían castigados. Durante la Audiencia de Juicio se recibió el testimonio de varios cadetes compañeros de Michael Arce que reconocieron que en varias ocasiones los castigos le habían sido impuestos como consecuencia de supuestas faltas y cuando se les preguntó de manera directa y no a título aclaratorio "qué faltas" ellos decían que no habían presenciado, pero que dijeron que eran faltas de Michael Arce para generar un ambiente en el que se predispone al grupo en contra de una persona, ya no era solamente la consigna del procesado de lograr que Michael Arce renuncie a ser el primer General negro de nuestro Ejército, ahora era una consigna de grupo, tampoco consta en la sentencia objetada, que su representado fue obligado a boxear de manera simultánea con varias personas, está acreditado en el proceso con el peritaje médico legal que sufrió una fractura de nariz, una dislocación de hombro, no está aquí porque el Tribunal Séptimo de Garantías Penales lo que quería era una evidencia física de que le habían hecho daño a Michael Arce, porque todo lo que dijeron sus compañeros y los testigos que desfilaron más de cincuenta, señalaron que era un ''vago, perezoso, descuidado", eso no es evidencia de discriminación, la afectación existe, esa realidad procesal no está y no coincide en lo absoluto con la verdad procesal condimentada, una afectación psicológica de tipo permanente, en la Audiencia se estableció el perfil psicológico del procesado con la indicación particular de sus características de vanidad y de predisposición a la agresividad y eso no está en dicho fallo, su defendido no tiene un interés económico, lo que quiere es justicia, el pueblo afroecuatoriano quiere su dignidad de vuelta, es la razón por la que se planteó el recurso, aquí está en juego mucho más de la simple aplicación de las normas penales que nos rigen, está en juego el control de convencionalidad al que las autoridades de justicia de todos los Estados del mundo se encuentran obligados, el Ejército asumió la defensa del procesado como institucional y se empezó a manipular el proceso y aunque la Defensoría del Pueblo determinó que hubo una violación de derechos humanos y dio recomendaciones específicas a nuestro Ejército sobre qué hacer para evitar que en el futuro se reproduzcan incidentes similares, no se han adoptado y ahora lo que se está garantizando a través de esta sentencia es impunidad, un relato sesgado, incompleto. Qué hay con los hechos concretos del patrón discriminatorio, eso está probado, el Tribunal debió decir esta prueba no es suficiente por tal o cual razón, no lo dice, el Estado ecuatoriano debe ser coherente si se quiere combatir la discriminación racial o de otro tipo, no se puede permitir que la intolerancia se imponga, que la gente afroecuatoriana, homosexual o las mujeres o cualquier otro grupo de atención prioritaria tenga miedo de ingresar al Ejército, ya es irreversible en este momento, Michael Arce por su edad, por sus decisiones personales de carrera, ya no podrá ser el primer General negro de las Fuerzas Armadas Ecuatoriana, se va a escuchar que hay personas afroecuatorianas en el Ejército, es mentira, hay haitianos, afroecuatorianos no y esta conducta de intolerancia orientada a desanimar a una persona, a destruir su proyecto de vida no debe quedar impune. **5.2.** La doctora Gina Gómez De la Torre, en representación de la Fiscalía General del Estado, dice en relación al recurso de apelación que agregó como prueba el informe defensorial emitido por la Defensoría del Pueblo, el mismo que fue ordenado por la señora Karla Patiño y dentro de las investigaciones estaban los señores Jacqueline Cáceres y Milton Guaranga, fueron alrededor de quince investigadores a la Escuela Militar "Eloy Alfaro", una vez que se presentó una queja en relación a cómo habían sido violados los derechos humanos de

Michael Arce, los señores defensores se dirigieron a la Escuela Militar y luego de muchas visitas y como obviamente no iban a permitir en este tipo de instituciones jerarquizadas que se fuera a afectar a un superior como en este caso era el señor Mauricio Encalada, en tal razón se utiliza un método para poder entrevistarse con los compañeros cadetes de Michael Arce, este método es la informalidad, todas esas órdenes señalan los cadetes que le tenían ojeriza, que no le permitían comer, que le hacían cargar una campana que le han hecho de todo, para la Audiencia se presentaron dos de los investigadores, J Jacqueline Cáceres y Milton Guaranga, está el testimonio de Gabriela Patiño y ellos ratifican qué decían la mayoría de cadetes, explicaban que al señor Arce le castigaban, la mayoría hablaba que el instructor Fernando Encalada lo castigaba o lo insultaba en forma exagerada o agresiva, decían también que le quitaban su derecho a alimentarse, que a veces el instructor Encalada le daba medio minuto para que almuerce o le tentaba con una funda de tostado, Milton Guaranga señala que él hacía lo mismo le preguntaban que si escuchaba algún tipo de insulto, dijo que sí, sobre todo en la zona PUCARA, al señor le daba medio minuto para comer mientras que las otras personas lo hacían en mayor tiempo, en lo que respecta a las prácticas de boxeo, a Michael Arce le hacían practicar con tres a cinco personas y que en alguna oportunidad también escucharon decir al señor Arce que los instructores le habían dicho que se acoja a la baja, eso se puede escuchar en la grabación y se entregó el informe defensorial que tiene alrededor de ciento veinte (120) hojas, allí estaba qué se dijo sobre Michael Arce, pero más allá de eso en el mencionado informe consta cuatro informes que los cadetes brigadieres, todos desacreditando a Michael Arce, la teniente señor Cevallos, entre otros y ellos también rindieron testimonio, se les llamó a los testigos, Carlos Albán, Abigail Arrobo, Juan Carlos Arias, Fabián Muñoz, William Ocaña, son cadetes, algunos compañeros de Michael Arce y se tomó en cuenta testimonios en la sentencia, todos son coincidentes de que Michael Arce era "vago, dejado, no se quitaba el pixelado de su rostro, tenía que correr con las mujeres al último", es más se estableció que Michael Arce boxeaba con las mujeres, porque en la guerra van a tener que boxear hombres con mujeres, sin embargo, a la pregunta que se les hace a todos sobre cuándo usted vio a Michael Arce sucio, vago o estaba de último le castigó, responden que "sí porque tenemos un Reglamento de Castigos" y eso lo dice también en el testimonio el General Cabrera, todo castigo obligatoriamente debe ser registrado, la Fiscalía dentro de la instrucción y luego en la etapa de juicio agrega la relación de castigados, es decir, si Michael Arce, era "vago, sucio, era el último", tenía que ser castigado, sorpresa, en la relación de castigados no estaba Michael Arce y eso se agregó en la prueba, nunca se registró un solo castigo a Michael Arce, pese a que el Reglamento obliga y ordena que cuando sea castigado, el cadete tiene que admitir o no su castigo y firmar y vemos que el resto de cadetes que fueron castigados por faltas leves inclusive anotan su castigo, aceptan su castigo y firman y eso está en el informe de la Defensoría del Pueblo. Se agregó las notas que puso el teniente Encalada a Michael Arce, el único afroecuatoriano que consigue la fantástica nota de 110 puntos menos sobre 20, o sea ya no le faltaba más que ser parapléjico pese a que pasó las pruebas dentro de un distinguido grupo de estudiantes, pero aquí él era inútil. Fiscalía presentó como teoría del caso un delito de odio no un delito de lesiones por eso había que entender que era el delito de odio quien podía ilustrar mejor sobre el delito de odio es el sociólogo PHD de la Universidad Flacso y profesor del IAEN, John Antón, experto en estos temas, que indicó cómo funcionaba la violencia en los grupos afros y en las organizaciones militares, hay el testimonio como la violencia simbolizada está dada y no obligatoriamente con violencia física, se dio en el caso de Michael Arce pero había una violencia simbólica y también había estereotipos y prejuicios. Gino Grondona que también rinde su testimonio de su experticia de Psicología social de la Universidad Politécnica Salesiana, dijo que los prejuicios y estereotipos de "negro" prejuicio "vago, sucio, pobre" y si se compara con los testimonios de cada uno de los cadetes que llegaron allá ratificaban esos prejuicios, qué más se tiene que probar, había violencia física, si entra con la nariz entera y sale con la nariz rota y eso se probó con el testimonio del doctor Guillermo Yépez Vinueza, que emite el certificado médico, está agregado al proceso, pero no le hizo el examen; el testimonio del doctor Franklin Alonso Castillo, quien tampoco le hizo el examen médico a Michael Arce, el día que Michael Arce pide la baja correspondía realizar ese examen a Rebeca Piedad Jiménez y no se hizo. Ni siquiera se tomó en cuenta los informes de los psicólogos de la Fiscalía, Bárbara Miranda y Mónica Ortega en los que se habla de los efectos de la violencia que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

se tuvo en contra de Michael Arce y en relación a la violencia física Linda Mena le hace un examen médico legal en base a rayos X y en efecto tenía una fractura antigua de la nariz y cuando el sale de la Escuela Militar a los tres días se va a un Centro Médico y tiene una fractura de la nariz eso se agregó también, él entra sin fractura y sale con fractura y los médicos dicen que salió muy bien, pero ninguno de ellos le hizo el examen. Se va a decir aquí que hay oficiales afros y es verdad si hay y son los de servicio aquellos que ayudan a las muelitas, los arquitectos, los abogados, los que ponen servicios a los oficiales, hay afros en la tropa, pero quiere saber si hay un solo afro que esté en el grupo de oficiales de línea, no hay ni uno y van a decir si hay afros de Haití, qué dijo en el testimonio la señora de la Defensoría del Pueblo, dijo que a ellos les llamaban paquetes y que estaban felices porque después que acabe el curso se iban y se le preguntó al General Cabrera que es un paquete y señalaba que es un inservible, eso está en los testimonios pero no está en el acta. Los casos de discrimen racial tiene consecuencias gravísimas, la violencia puede ser en muchos aspectos y hay una violencia representativa, cuando hay este tipo de organismos en donde un superior está induciendo, invitando a sus inferiores que le maltraten, que afecten derechos porque es el único afroecuatoriano. Fiscalía no ha dejado ni un detalle fuera y ha entregado toda una investigación sobre el caso que es un caso de violación de derechos, viene afectaciones y responsabilidades del Estado y ello le preocupa, porque lo dijo el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos aprobados por el Comité 81 que hace falta procesos judiciales por discriminación racial, preocupa a Comité la ausencia de casos de delitos vinculados a la discriminación racial en los Tribunales Nacionales y los reportes de que dichos casos raciales se desestiman y más si son presentados por personas indígenas, a:froecuatorianas o montubias, el Comité reitera su recomendación en la anterior sesión, contra el discrimen racial, el Ecuador como Estado parte debe capacitar a los Tribunales Constitucionales a que traten casos sobre discriminación racial, consta personas indígenas, a:froecuatorianas y montubias a la luz de la Recomendación General No. 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento del sistema de justicia penal, el Comité recomienda que se incrementen los esfuerzos para asegurar un acceso igualitario de la justicia para todos y difundan información acerca de los recursos internos disponibles contra los actos de discriminación racial, las vías legales existentes para tener recuperación en caso de discriminación y sobre el procedimiento de denuncia individual previsto en la Constitución. Fiscalía dentro de la Dirección de Derechos Humanos, dio una respuesta, investigó el caso, agregó lo que le entregó la Defensoría del Pueblo, está cumpliendo, con el Estado ecuatoriano investigar, sancionar, resarcir y si no se cumple esa obligación, que se dirá al comité de lo que le pasó a Michael Arce. Se debe tomar en cuenta el informe No. 66 de la Convención Interamericana aplicable al caso y se hizo conocer al Juez que existe eso y está en el debate y puede leerse menos que lo que se le hizo a Michael Arce, Brasil fue debidamente informado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las pruebas que entregaron tanto Fiscalía como acusación particular motiva que esa persona sea sancionada, quien ha violado derechos humanos, quien ha cometido el delito debe ser sancionado, caso contrario, opera la impunidad. Que quede claro, Fiscalía no está contra las. Fuerzas Armadas, ni contra la Policía, su Unidad solo vigila el cumplimiento de derechos y que éstos no se violen por parte de funcionarios. 5.3.- A continuación el doctor Caupolicán Ochoa, a nombre del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales, expresa que es necesario recordar cuál es el tipo penal que se le atribuyó a la conducta de su defendido para no hacer especulaciones y no divagar de manera exagerada tratando de justificar lo que no se ha podido justificar, el delito que se le atribuye a su defendido está consignado en el artículo 212 del Código Penal. Es verdad que se puede hacer un discurso fluido y elocuente sobre la vigencia de los derechos humanos, pero en este caso más allá de la elocuencia respecto a estos temas se debe demostrar en el momento procesal oportuno de manera fehaciente aquello que reclama el tipo penal, esto es, el haber actuado, realizado actos de violencia moral o física de odio o de desprecio, se ha dicho por parte de uno de los abogados que interviene en esta diligencia que el verbo rector es "discriminar", el verbo rector es "cometer actos de violencia moral o física que expresen, que representen que hagan ver que son manifestaciones que obedecen a un sentimiento objetivo de odio o desprecio y que ese odio y desprecio es en razón en este caso de una situación de carácter racial", corresponde a los abogados responsables probar lo que se asevera,

demostrar lo que se dice, recuperar la historia procesal de los hechos, porque aquí lo que sanciona son actos que signifiquen que se ha cometido un delito, se dice que aquí hay una víctima que ha sido maltratada que se le metía a una piscina llena de lodo, que se le hacía caminar de esta manera, que se le aplicaba "Teques" y electricidad luego de recién salido de la ducha, de que se le hacía cargar una campana, pero al desarrollar la prueba se fue determinando que no eran más que afirmaciones absolutamente irresponsables basadas en un estereotipo de querer afectar a la institución de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas. Se dice que para demostrar esos actos de violencia moral se había ido consumando uno a uno, por tanto es necesario que se rectifique la sentencia dictada en primera instancia y se sancione a su defendido, porque de lo contrario inclusive el Estado ecuatoriano y la institución correrían el riesgo de ser sancionados de manera internacional porque estaría dejándose en la impunidad acciones tan graves producto del delito de odio, dicen que se le obligó a introducirse en la piscina al cadete Arce y comenzó a sufrir hipotermia y que es más habían risas burlonas, se demostró que aquello jamás ocurrió, hubieron prácticas de natación en las que se entrenan los oficiales que están formándose para actividades sumamente difíciles como son las de carácter militar y que ciertamente el cadete al cual hace referencia no tenía la mejor disposición para realizar aquellas prácticas razón por la cual fue inclusive atendido de manera oportuna y fue auxiliado por el oficial que dirigía esas prácticas que no era el teniente Encalada y que pareciera ser que ni siquiera durante la realización de aquellas actividades el teniente se encontraba en el lugar y fueron dirigidas por otro oficial que compareció a la Audiencia de Juicio y bajo juramento dio su testimonio explicando cómo son estas prácticas, cuáles son los detalles de cada una de estas actividades, el rigor, las exigencias que se tiene que desarrollar en la formación de oficiales que tienen que pasar por ellas e inclusive reconoció frente a aquellos que tenían menos destrezas para estas actividades acuáticas se les hizo un grupo aparte y se les dio un entrenamiento adicional para que logren superar los parámetros que exigen los exámenes, las evaluaciones pertinentes; sobre los hechos de un armamento que no servía y que luego se le dio un fusil que servía, pudo hacer mérito de esa actividad pero aquello qué prueba, de que como él no tenía una arma que funcionaba adecuadamente pues ha tenido una suerte de discriminación, podía haber o no a ocurrido aquello, pero eso no es de ninguna manera determinante, más aún que quien acreditaba esas armas sobre las cuales hay entrenamiento no era el teniente Encalada, se sabe perfectamente que los cuerpos organizados y disciplinados de carácter militar las armas permanecen y se las va adjudicando para la prácticas indistintamente, sin dedicatoria alguna, pero pretender decir que desde allí se deriva una actitud de abuso moral por parte de una persona en particular con el designio de causarle daño, de estigmatizarle, es aventurado; que no se le dejaba comer en el comedor, que se le daban 30 segundos para que coma, aquello nunca fue probado en el expediente, al contrario todos los cadetes y funcionarios de la Institución Militar manifestaron que aquello no podía hacerse ya que tienen que ir formados al rancho como llaman ellos, siguiendo una disciplina y organización que no se puede romper, La abogacía es el arte de probar, de demostrar los hechos, no el de hablar, ni de amenazar, ni de presumir, respeta profundamente a quienes ejercen esa tarea de defensa de derechos humanos, no puede sino expresar mi admiración, pero esa tarea exige más rigurosidad y eficiencia en la prueba, ser serios, rigurosos, responsables, porque de lo contrario se deslegitima aquello, el discurso de los Derechos Humanos pierde legitimidad cuando no va acompañado de hechos, de actuaciones probatorias ciertas, contundentes, muéstreme la prueba, en dónde está demostrado aquello, en esta foja consta tal testimonio, eso dijo tal persona, hay este examen pericial que había una piscina llena de lodo, en donde se le sumergía para que se ahogue, nunca se hizo el reconocimiento del lugar de la piscina de lodo, se habló de otra piscina de prácticas acuáticas que de ninguna manera era de otra piscina llena de lodo ni mucho menos, se trata de una instalación importante destinada a estas actividades con solvencia. Se lo sorprendió con alimentos clandestinos hay prueba, hay testimonios de varios cadetes que efectivamente lo encontraron con unas galletas y algo más, quizás para superar estos rigores de la exigencia de la vida militar en donde posiblemente los cadetes tendrán estas necesidades, parece que es una debilidad humana absolutamente comprensible, pero que esto se inventó y que era para perjudicarle, no hay invento alguno el mismo cadete reconoció que efectivamente había al final de las instalaciones unas cercas y que al frente se acercaba un hombre y que ofrecía estas tentaciones a los cadetes, hay una característica de los cadetes es que siempre

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

tienen sueño y tienen hambre y lastimosamente alguien les ofrece este tipo de efectos y en más de una ocasión la Unidad del Oficial Encalada había caído en aquella tentación y efectivamente fue objeto de sanción disciplinaria, pero pretender que eso es una muestra de odio racial, de discriminación, a la cual se ha hecho referencia en esta diligencia hay una gran distancia; que se obligaba al pelotón a castigarlo, muestre un testimonio, una prueba, algún elemento de convicción, algo que diga que el pelotón le castigaba y que todo esto era estimulado por la mente macabra, perversa del teniente Encalada, quien luego de estar siete meses en la cárcel, tuvo que dar el examen para ingresar al curso de ascenso a Capitán, a pesar de todo el trauma que significó estar en la cárcel, tuvo la primera antigüedad por sus conocimientos, vocación, esfuerzo, por su compenetración con la actividad militar y altos valores morales, por su conocimiento en los temas y destrezas qué exigen este tipo de carrera, hay una solidaridad institucional, porque el Ejército es su familia, expresa por lo menos su preocupación frente a una situación: de esta naturaleza, lo que también se quiere satanizar. Esos no son los derechos humanos, porque también el sujeto procesal que está siendo objeto de juzgamiento tiene derechos humanos que son insoslayables. Que se le ponía agua fría y luego gas, dónde está la prueba, que se le hacía revolcar en el ripio, presente la prueba, en qué lugar, cuándo o a qué hora, delante de qué personas o en qué situaciones, lo que se debe hacer en un proceso penal es probar lo que se asevera; que se le hacía boxear con varias personas, que tiene una fractura en la nariz antigua, es verdad, antes de que entre al Colegio Militar, lo dicen los informes médicos dentro del expediente y aunque no se dice es que en varias oportunidades el cadete Arce manifestó de manera honrada que sentía que su vida no era la vida militar, se sentía extraño, que no lograba acondicionarse a sus peculiaridades, que él tenía otro estilo de vida, inclusive cuando el manifestó que quería separarse, él dijo "yo me quiero ir porque extraño mi familia, mi casa, mis actividades personales, no me siento que soy parte de esto, quiero irme", le confesó al psicólogo que su mama le exigía que se quedara de lo contrario tenía que reconocer una suerte de indemnización económica por frustrar su carrera y en realidad por las inversiones que hace la Institución. en la formación de los oficiales y cuando sale antes de hora tiene que reconocer esos gastos que se han dado que no es ninguna cosa mayor y que se sentía obligado, lo dijo él con su puño y letra, firmó un documento pidiendo la baja y ratificando que lo hace por motivos absolutamente personales porque cree que no tiene ese espíritu, esa vocación para la vida militar, él tenía otras cualidades, otras fortalezas sin duda, no lo va a tratar de "negro vago, ni de muérgano" ni mucho menos, porque es el que menos puede estigmatizar, es necesario superar estos conflictos, nimiedades, mezquindades para entender este fenómeno. Es el teniente Encalada el que pone de ejemplo al cadete Arce con sus compañeros en alguna oportunidad porque hace una prueba en donde logra la más alta nota y él dice miren el ejemplo del cadete Arce porque ha estudiado, es un cadete responsable, lo pone de ejemplo, alguien que le pone de ejemplo frente a sus compañeros, que realza su talento, su vocación se puede decir que está manifestando actos de odio, de violencia moral o que está organizando para sacarlo o que afirma aquello que ningún negro será militar, que ningún negro estará en la Escuela, el teniente Encalada es compañero de muchos afrodescendientes, uno de ellos es el teniente Ponce que es compañero de promoción y quizás es uno de los compañeros con los que más se lleva, una actitud de prejuicio racial se supone que la tiene contra todos, no contra alguien en particular; que a las personas afrodescendientes les llaman "paquetes", quién está utilizando esos términos, esos vocablos estereotipados y distintivos, no es él. La prueba estrella que se ha presentado es el informe de la Defensoría del Pueblo, en donde dice que hay la investigación informal lo que corresponde es traer a quienes hicieron ese informe para que den su testimonio en el juicio, para que le cuenten al Juez aplicando la inmediación qué encontraron o qué vieron y qué es lo que dijeron las pocas personas que concurrieron a la Defensoría, violentando lo que dice la Ley Orgánica de la Defensoría; qué es lo que habían hecho en la investigación, informar que entrevistaron a alguien, que le dijeron que efectivamente se podría dar estas manifestaciones con el cadete Arce, pero no dijeron a quiénes entrevistaron, cuándo entrevistaron no lo determinan, no dijeron si esas entrevistas fueron legalizadas luego judicializadas ante Juez competente para que tengan valor procesal, desde el punto de vista procesal es en la Audiencia de Juicio, en donde hay que demostrar las cosas, ese informe tiene el carácter de ser una noticia criminis nada más, que tiene que ser demostrado con la prueba pertinente, cuál prueba, la que establece el

Código de Procedimiento Penal, porque tampoco cualquier cosa puede ser prueba, dicen que han traído dos peritos que iban a ilustrar en la Audiencia y esa también es la prueba estrella, una intervención brillante de un sociólogo estudioso de la FLACSO, compañero suyo en el IAEN y dice que sí hay problemas de odio racial, Que es un tema socialmente perverso que está vigente en la sociedad, cuenta que es un problema que se basa en estereotipos y prejuicios, pero nunca dice que él conversó con el teniente Encalada, nunca dice que investigó el tema ·al interior de las Fuerzas Armadas, nunca dice que tiene indicios de que efectivamente en la ESMIL en esa época habían estas circunstancias que denotan odio racial, peor identificar a persona alguna de una descripción de odio, ello no constituye prueba que comprometa la responsabilidad penal de su defendido y viene otro joven psicólogo social que dice que en instituciones jerarquizadas se dan estas manifestaciones de discriminación, pero nunca hace un estudio del caso concreto al interior de nuestras Fuerzas Armadas, no habla con el teniente Encalada, con ninguno de los oficiales que participan en la formación, -nunca se probó la responsabilidad penal de su defendido, el proceso penal lo que hay que hacer es probar la existencia material de la infracción, todos fueron discursos, suposiciones, análisis teóricos, conclusiones absolutamente especulativas, afirmaciones agresivas, amenaza de que van a llevar el caso a la Corte, pero de la prueba que es el corazón del proceso, nada absolutamente nada, por eso exhorta a la contraparte para que muestre la prueba de la existencia material de la infracción y luego la vinculen con la conducta del procesado para que haya responsabilidad procesal.

SEXTO.- ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EN LO ATINENTE A LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR ACUSACIÓN PARTICULAR Y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- Desde el punto de vista estrictamente semántico, apelar es: "Recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior. " Eugenio Florián señala que: "La apelación es el recurso clásico y de uso más común; es además el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo de la causa. Tiene raíces muy antiguas, y así lo encontramos ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial. El recurso de apelación se materializa en el acto por el cual una de las partes en litigio comparece ante el juez que ha emitido un auto o sentencia desfavorable y le pide que remita el proceso al juez o tribunal superior para que sea éste quien vuelva a leer y examinar el expediente; y de haber error, lo corrija enmendando o revocando la providencia recurrida. El doctor Walter Guerrero Vivanco, sostiene "...a nuestro juicio, la apelación es un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, y el ofendido, manifiestan su inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello que un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de los que consideran agravios, dicte una nueva resolución judicial". (Derecho Procesal Penal, Tomo IV: El Proceso Penal, Editorial Pudeleco, pág. 237). En el caso *in examine,* los recurrentes manifiestan su inconformidad con la sentencia venida en grado, toda vez que en sus criterios no se ha tomado en cuenta el acervo probatorio incorporado por el titular de la acción penal pública y por la acusación particular del cual se establece tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales. El artículo 81 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa: "La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley ". De la misma manera, en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los cuales nuestro país es signatario, en su texto, manifiestan que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad derechos", su artículo 2 agrega, por su parte, que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados por la Declaración misma, sin distinción alguna de "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". La utilización de las palabras "sin distinción alguna" y la inclusión del término "o cualquier otra condición" dejan en claro que no se está frente a una lista taxativa, por lo que se admite la inclusión de otras condiciones. El artículo 7 establece que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción,

el derecho a igual protección de la ley, como asimismo el derecho a la igual protección contra toda discriminación y contra la provocación a tal discriminación. Luego, hay una serie de otras disposiciones que refuerzan este derecho. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, considera que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación, en su artículo 1 define a la "discriminación racial" como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública''. Por último, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sienta la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, entendiéndose para sus efectos que persona es todo ser humano[1] Acorde con la normativa internacional, el artículo 212.5 del Código Penal, preceptúa dentro del Capítulo "De los delitos de odio" llamados en el mundo anglosajón *"hate crimes",* agregado mediante Ley publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, lo siguiente: "Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que **cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.** Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años. " El verbo rector del tipo penal en análisis es **"cometer actos de violencia moral o física",** impulsado el sujeto activo del delito por sentimientos de odio o de desprecio contra una o más personas en razón de su color de piel (en el caso en estudio) y el bien jurídico protegido es el derecho a ser diferente o a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro, en su primer inciso (vulnera el principio de igualdad y a la dignidad personal como bienes constitucionales), mientras que el segundo protege la integridad personal, siendo estos bienes afectados a causa de actos de violencia moral o física, es preciso que el autor realice los mismos a través de distintos medios, movido por esos sentimientos que se exteriorizan después con acciones que ponen en peligro los bienes tutelados por el delito, lo que se criminaliza no es el sentimiento que corresponde al fuero interno del individuo, sino la acción generadora de violencia moral o física. La doctrina establece que en los delitos de odio existen dos elementos que los estructuran, a saber: 1) La realización de un acto que constituya un delito tipificado en la legislación penal ordinaria (por ello en la tipificación penal se establece la sanción penal cuando esos actos de violencia física o moral atentan contra la integridad física, provocando heridas o la muerte); y, 2) El móvil del mismo, la discriminación que lo distingue del resto de delitos comunes, lo que significa que el autor, intencionalmente escogió su blanco para cometer el delito y ese sujeto amenazado o atacado comparte alguna de las características que son protegidas por el ordenamiento jurídico (color de piel)[2]. De lo precedente se tiene que constituye un yerro lo manifestado por la defensa del acusador particular y la titular de la acción penal pública al señalar que el tipo penal tiene como verbo rector el "discriminar", ese es el elemento subjetivo del tipo penal

[1] No todo trato diferenciado es equivalente a discriminación, sinó solo aquel que no es razonable, es injustificable y perjudicial para la persona. Por tanto, las medidas especiales adoptadas a favor de grupos minoritarios o vulnerables serán legítimas (acción afirmativas o discriminación positiva).

[2] La norma no sancionada ideas o sentimientos racistas que forman parte del fuero interno del autor, sinó por cometer actos de violencia moral o física en razón de una causa de discriminación e intolerancia.

que corresponde a la motivación discriminatoria del sujeto activo que impulsan su acción ya exteriorizada y penalmente relevante, sin embargo, no solo la motivación del sujeto activo prima en estos delitos, sino el impacto en la víctima que seleccionada por su pertenencia a una determinado grupo o colectivo afecta e intimida a ese grupo o colectivo del que es miembro. En este contexto, es pertinente señalar que Fiscalía General del Estado, dentro de la causa in examine, acusa al señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el delito de odio tipificado y sancionado en el artículo 212.5, en calidad de autor, en contra del señor Michael Andrés Arce Méndez, a quien por su color de piel se lo ha discriminado hasta culminar con su petición de baja de las filas de las Fuerzas Armadas, a las que ingresó en calidad de cadete y en las que el acusado fue su instructor. Luego de la sustanciación de la causa, el Tribunal de Mérito, ratifica el estado de inocencia del señor Encalada Parrales, ya que a su criterio no se ha probado suficientemente la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, por lo que se mantiene la presunción de inocencia a su favor, la misma que .no ha sido desvirtuada con las pruebas de cargo aportadas por Fiscalía. De este fallo, los recurrentes interponen recurso de apelación el que se basa fundamentalmente en la falta de valoración de la prueba dada por la titular de la acción penal pública y la acusación particular, ya que a su parecer se encuentra demostrada tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del imputado Fernando Mauricio Encalada Parrales. Al respecto este Tribunal revisada prolijamente la sentencia subida en grado, se tiene que la misma analiza detalladamente la prueba incorporada por los sujetos procesales y en un análisis pormenorizado establece que ninguna de las aseveraciones sobre presuntos tratos discriminatorios han sido probadas en juicio, es más dentro de la Audiencia desarrollada en esta instancia, el abogado defensor del señor Michael Andrés Arce Méndez, taxativamente manifestó que a su defendido le habían tratado de **"negro vago, hediondo, negro hijo de puta, inútil eres menos que las mujeres, ningún negro será oficial"**, ante lo cual uno de los miembros del Tribunal de Alzada, solicitó informe quién manifestó eso y si ello consta en la Audiencia de Juicio, ante lo cual respondió que constaba en el **"informe defensorial de la Defensoría del Pueblo"** que ha sido presentado como prueba documental en esa fase procesal. El artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, determina que "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por los jueces de garantías 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.**" Llama la atención que las diferentes etapas procesales, sobre este informe defensorial, los sujetos procesales recurrentes, se refieran a él como una noticia criminis, en base de la cual se inició la investigación preprocesal y procesal, es así como la doctora Gina Gómez De la Torre, dentro de la Audiencia de Formulación de Cargos, inicia su intervenci6n señalando que se tiene conocimiento de "...la noticia *criminis* a través del informe defensorial...", en la Audiencia Preparatoria de Juicio y Sustentación del Dictamen Fiscal, la defensa de la acusación particular indica que este no es el momento procesal para impugnar un acto administrativo (como lo hace la defensa del procesado), ya que "...el informe defensorial es simplemente una noticia *criminis*... pero el que llegue un documento a la Fiscalía no significa que sea válido o no es simplemente una noticia *criminis*, pero esto tiene que investigarse, por lo que se inició una indagación...", para ahora en la fase de impugnación, considerar que el mismo es prueba fehaciente sobre la materialidad de la infracción y responsabilidad del acusado. Tratándose de una noticia *criminis*, su alcance es restringido y sirve de fundamento para iniciar la investigación de un posible delito[3] Tal informe defensorial fue elaborado por servidores de la Defensoría del Pueblo que rindieron su testimonio en la Audiencia de Juicio, haciendo referencia a entrevistas anónimas realizadas en la Escuela Militar "Eloy Alfara", a varios cadetes que señalaron que en dicha Institución Militar había prácticas discriminatorias en contra de **Michael Andrés Arce Méndez,** sin embargo, ya en la Audiencia de Juicio, todos los testimonios hacen relación a los

[3] Aún más cuando dicho informe defensoría contiene una serie de entrevistas "anónimas" de miembros delas Fuerzas Armadas

rigores de la vida militar, a los que sucumbió el cadete Arce, solicitando voluntariamente su baja por motivos personales. Adicionalmente, en sus alegatos, los recurrentes se refieren a los testimonios vertidos por los señores Gino Grandona Opazo y John Antón Sánchez, el primero psicólogo experto en atención a grupos vulnerables y, el segundo, docente del IAEN, experto en el tema de racismo, el último para testificar leyó el informe presentado por la Defensoría del Pueblo, ambos expertos se refieren a la cuestión general del racismo y sus implicaciones dentro del Estado, más no realizaron un estudio dentro de la Institución Militar, como tampoco respecto al procesado para establecer si éste tiene un "complejo de superioridad racial" lo que en el testimonio de Antón Sánchez señala es una característica del autor del delito de odio, como tampoco investigaron al ofendido (acusador particular) y las posibles repercusiones de esta práctica discriminatoria, con lo cual tampoco para este Tribunal aportan al esclarecimiento de los hechos en estudio. Lo que se tiene del acervo probatorio constante en el expediente es en lo principal, lo siguiente: El testimonio del acusador particular, Michael Andrés Arce Méndez, que señala varios episodios dados especialmente en la Base Pucará bajo el mando del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, indica que sufrió acoso de parte del acusado, él que lo llamaba "vago, sucio, inútil, muérgano y otros términos que denigraban a su persona", fue obligado a realizar prácticas de habilidades acuáticas en las que el imputado lo enviaba a una fosa hasta que su cuerpo no resistía; lo hacía boxear con varios personas a la vez, hombres y mujeres que devino en una fractura de la nariz; a la hora de la comida, lo mandaba a trotar, quedándole un minuto para alimentarse o comía afuera en el suelo; cuando sus compañeros practicaban canciones militares, él tenía que realizar el puño coreano, consistente en apoyar sus puños en piedras por un tiempo indefinido, lo que le hizo perder el movimiento de sus manos; igualmente, en prácticas de tiro se le dotó de un fusil dañado y el acusado no lo cambió sino que lo hizo el Brigadier Mayor; realizaba guardias por una semana completa, cuando ello no es usual; cuando pidió la baja, el Teniente Encalada se burló y lo obligó a correr con una roca. Consta el testimonio de la madre del acusador particular, señora **Lilian Oliva Méndez** quien refiere que recibió una llamada anónima que le manifestó que su hijo estaba sufriendo maltratos, cuando solicitó la baja su hijo, concurrió a la ESMIL y bajó el brigadier (no consta nombre y apellido), quien dijo que le daba pena por Arce porque sí se le había pasado la mano al Teniente Encalada. Los testimonios de los servidores de la Defensoría del Pueblo, señores **Carla Gabriela Patiño Carreño, Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilson Vicente Guaranda Mendoza,** quienes realizar una "investigación informal" que concluyó declarando la vulneración de derechos del señor Arce Méndez, los entrevistados indicaron que al acusador particular le imponían sanciones desproporcionadas, el procesado le castigaba o le insultaba en forma exagerada o agresiva, sin embargo, en el testimonio de la señora Ortega Mendoza, dice textualmente: " ... los cadetes señalaron que en relación a la fase Pucará requerían mayor esfuerzo físico, pero que no hubo un trato discriminatorio por ser afroecuatoriano, sino porque le habían encontrado caramelos chocolates y que seguramente hizo que Encalada le haya visto mal ". El General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano, expresa que "... las faltas pueden ser que se disponga al cadete que haga flexiones de pecho, de la vuelta a carreras, pero los ejercicios físicos no constituyen sanciones ya que son un procedimiento normal...". En el testimonio del Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinueza, s e tiene que atendió en dos ocasiones al cadete Arce, debido a patologías que no revestían gravedad el Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo, realizó el reconocimiento médico del cadete Arce Méndez, certificado que fue firmado por el mentado cadete y. inconformidad debía manifestarlo. La Capitán Rebeca Piedad Jiménez Jiménez señala que atendió por dos ocasiones al señor Arce por gripe y un dolor muscular En el testimonio rendido por varios miembros de la Institución militar, algunos de ellos compañeros de Michael Arce Méndez, indican que no lo vieron boxear con mujeres, pero de haberlo hecho era una práctica usual porque los pelotones están constituidos por mujeres y hombres, tenía un rendimiento físico deficiente, es así que el señor David Freire Coba, menciona "...en las prácticas de boxeo les enseñaban a defenderse, peleaban entre hombres y las mujeres entre mujeres y mujeres contra hombres, pero era como entrenamiento... ", en el testimonio vertido por el imputado, Fernando Mauricio Encalada Parrales, dice los cadetes boxeaban una vez a la semana, eran 5 pelotones, en esas prácticas se les enseñaban (sic) a lanzar golpes para defenderse y luego se hacía un

round entre hombres y mujeres, los hombres no podían golpear sino hacer sombra..."; ellos manifiestan que consumían sus alimentos en el comedor, todos debían estar en él, hacían una oración y se servían la comida; igualmente todos los pelotones tenían que -hacer un día de guardia, no podía hacer únicamente Michael Arce la guardia porque eran seis pelotones; sobre el incidente en la piscina de la ESMIL, esas prácticas se encontraban bajo las órdenes del Capitán Holguín Ordóñez y el acusador particular no pudo realizar una de ellas, habiéndose desmayado por lo que tuvo que ser auxiliado. El psicólogo Marcelo Antonio Arcos López, realizó la evaluación pscicológica al cadete Michael Andrés Arce Méndez y estableció que presentaba cierta inestabilidad emocional que se reflejaba en tristeza, propia de los cadetes que salen de la ESMIL, él les dijo que extrañaba a su familia, presenta ansiedad, le dijo además que no se adapta, que se siente como perseguido, que le hacen a un lado, que alguna vez le hicieron comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores. Igualmente el psicólogo Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, manifestó que realizó la entrevista de baja al cadete Arce, en la que se le pregunta las motivaciones internas y externas que tiene para retirarse de la Institución Militar, él le mencionó que hubieron tres personas que le exigieron un mayor desempeño y desenvolvimiento, Encalada, Cevallos y Gavela, no recuerda que le haya mencionado términos de humillaciones, pero le refirió que le quitaban la comida, que amanecía de guardia. La doctora Barbarita Miranda, realizó la entrevista psicológica del Teniente Fernando Encalada, determinando que el reconocido tiene gran rigidez, presenta ansiedad; en cuanto a su conciencia existen sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio, tiene una actitud narcisista o sobrevaloración frente al medio. De la entrevista psicológica realizada al señor Michael Andrés Arce Méndez, la doctora Mónica Sofía Ortega Dávila, establece que existe un estrés post traumático por lo que recomienda someterse a un tratamiento psicológico urgente. La doctora Linda Mena Alvarez, realizó el examen médico legal al señor Michael Andrés Arce Méndez, quien le llevó una placa de RX (rayos X), realizada el 1 de abril de 2013, en donde se ve una fisura antigua en la nariz, concluyó que tenía una fractura antigua de huesos propios y no es posible determinar la fecha exacta de la misma, le llevó igualmente fotografías no encontrando diferencia alguna entre ellas. En el testimonio del Capitán Alex Roberto Holguín Ordóñez, Comandante del Equipo de Hombres Rana de la ESMIL, se establece que él dirige las actividades en el agua a los cadetes, que el cadete Arce no pudo superar la prueba, pero cumplió la tarea con un chaleco salvavidas como el resto de cadetes. De lo precedente, se tiene que la prueba aportada por Fiscalía General del Estado y acusación particular, ninguna de ella hace relación a calificativos o epítetos que demuestren odio o desprecio al señor Michael Andrés Arce Méndez, ni tampoco que ello haya devenido en actos de violencia moral o física, en razón de su color de piel, por parte del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, no se ha demostrado que exista discriminación alguna con él, al contrario, lo que se observa es determinada rigurosidad en las prácticas que tienen los aspirantes a oficiales de las cuales inclusive consideramos que se apartan de principios constitucionales intrínsecos a la calidad de ser humano y su dignidad, pero éstas son dadas a la generalidad de cadetes y no de manera exclusiva al acusador particular, insistimos en base a su color de piel. El tratadista Julio Mayer, señala "La certeza positiva o probabilidad positiva es aquella que afirma el hecho imputado y la certeza negativa o probabilidad negativa es aquella que se dirige a explicar cómo inexistente el hecho imputado, por tanto es correcto afirmar que solo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad permiten la absolución como consecuencia del in dubio pro reo". El artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa, "La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa (de juicio) ... "; y, el artículo 304A del mismo cuerpo legal dispone, "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. ". Este Tribunal considera que el fallo venido en grado es razonable, motivado, analiza la prueba aportada en Audiencia de Juicio y llega a la decisión acerca de la falta de certeza respecto de la participación en el ilícito penal que se le imputa al señor Encalada Parrales sobre el delito de odio. La

certeza es la íntima convicción, es la seguridad y firmeza en el conocimiento, y este elemento extremadamente necesario no puede ser equivocado en una sentencia condenatoria resolviendo sobre su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica, las reglas de experiencia; y, en base a la prueba pertinente debidamente actuada, que a decir de Eduardo J. Couture "son las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; **pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia".** El artículo 76 de la Constitución de la República, prescribe: "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:..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.". El principio *in dubio pro reo* no es un derecho subjetivo, sino un principio de jerarquía constitucional cuyo fin es garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual, bien para resguardar su plena vigencia, bien para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla. La existencia de este principio, dentro de la Carta Suprema, se manifiesta en la obligación que impone a los jueces de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo. Norma que es vulnerada cuando se condena sin haber alcanzado tal convicción. ***"In dubio pro reo*** es una locución latina, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (reo). Es uno de los pilares del Derecho penal, que va íntimamente ligado al principio de legalidad, y podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo". Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el Juzgador no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio. E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA señalan que: "Dentro de este marco legal, el principio in dubio pro reo se ha considerado como una consecuencia indudable del principio *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa,* y se ha interpretado por la mejor doctrina como la exigencia de que la condena vaya precedida de la certidumbre de la culpa, pues la duda en el ánimo del juzgador debe conducir a la absolución". Esto es: "El juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, es posiblemente no punible ", porque "la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia". (E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Penal, Novena Edición, Madrid, 1981, pág. 280. Citado por FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE en "In dubio pro reo, Libre Apreciación de la Prueba y Presunción de Inocencia". Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7. Número 20. Mayo-Agosto 1987. Pág. 17). Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, en atención a los artículos 250, 304-A, 309 y 311 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 REPÚBLICA,** resuelve desechar el recurso de apelación interpuesto por los señores Michael Andrés Arce Méndez, en su calidad de acusador particular y Gina Gómez De la Torre, en representación de la Fiscalía General del Estado y confirma la sentencia subida en grado. A fin de respetar lo que establece el artículo 82 de la Constitución de la República que expresamente consagra la seguridad jurídica y el artículo 172 ibídem, que dice relación al principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, sin dilaciones, se dispone que por Secretaría de Sala, una vez ejecutoriada esta sentencia, devuelva el expediente al Tribunal de origen.- **Notifíquese y cúmplase.**
f) Dra. Anacélida Burbano Játiva, Jueza de la Sala Penal; Dr. Fabricio Robalino Jarrín, Juez de la Sala Penal; y, Dr. José Jiménez Álvarez; Juez de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

CASACIÓN

Juicio nro. 1331-2014

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, Distrito Metropolitano, 19 de agosto de 2015, las 15h30.

VISTOS: El ciudadano Michael Andrés Arce Méndez, acusador particular; y, la doctora Gina Gómez de la Torre, fiscal, interponen recursos de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 24 de julio de 2014, las 08h20; la cual, confirma la sentencia emitida por el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de 27 de marzo de 2014, las 11h14, que ratificó el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, quien fuera procesado por el delito tipificado y sancionado en el segundo artículo innumerado, agregado, después del artículo 212 del Código Penal, que tipifica al delito de violencia moral física de odio y desprecio, y que forma parte del Capítulo innumerado, identificado como (VIII.I) De los delitos de odio, agregado por la Ley sin número publicada en el R.O. Suplemento No. 555, de 24 de marzo de 2009, en donde se lo refiere como el artículo innumerado (212.5). Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la resolución por escrito, para hacerlo se considera:

1.- COMPETENCIA

1.1.- El Consejo de la Judicatura, conforme a la Constitución de la República del Ecuador en su artículo nro. 182, al Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y a la Resolución Nro. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

1.2.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas; La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a las disposiciones emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución Nro. 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Nacional Ponente, y los doctores Vicente Robalino Villafuerte y Jorge M. Blum Carcelén, Jueces Nacionales.

1.3.- Este recurso de casación, ha sido tramitado conforme a las normas de los artículos 349 al 358 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la época de los hechos; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República.

2.- ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES

Del acta de audiencia de formulación de cargos, celebrada el 3 de julio de 2013, las 15h39, ante el Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, doctor Franz Valverde Gutiérrez, se extraen los siguientes hechos que han servido para dar inicio al presente proceso penal:

Mediante informe defensorial –Defensoría del Pueblo–, se llega a conocer que: "el cadete Michael Arce había ingresado a la escuela Eloy Alfaro en donde se sometió a un período de reclutamiento, y pasó las pruebas psicológicas, físicas y médicas y una vez que ingresa en la primera fase de reclutamiento no tiene ningún problema y en la fase pucará es una fase más fuerte y es en esta fase que el cadete recibe tratos humillantes, no le permitían dormir, comer, no le permitían estar dentro del grupo al momento de comer, aparentemente; ésta era la fase de formación y estaba en un punto tan fatal que decidió pedir la baja y cuando le comenta a su madre estos hechos y la madre se acerca a la defensoría del pueblo y la defensoría del pueblo hace una investigación y a la defensoría no le permitían investigar el fondo, por lo tanto la defensoría del pueblo utilizando el principio de poder hacer en forma simple y sencilla se reúne con los cadetes y le dice no me den los nombres y le dice díganme que paso y los cadetes le dicen e inician diciendo, le hostigaban y el teniente le bajaba la moral y le decía que se ponga en postura y le decía el teniente Encalada que pida la baja, todo el pelotón para no estar castigado le humillaban, la

última semana estaba como ido y el maltrato era todos los días, Arce estaba en otro pelotón y escuche que lo castigaban, Arce estaba con la ropa mojada y creo que no le dejaron dormir, excesos con Arce, a veces no dormía, no le dejaban comer o le dejaban sin comida, habla discriminación y le sacaban a comer en el patio, el teniente Encalada le dijo a Arce ya pidió la baja y se va a despedir y les va a leer una carta y le hizo leer la carta que le mandaron los familiares delante de todos y el teniente Encalada se reía, y la mamá le decía en la carta que siga siendo el mejor como lo era en el colegio, Arce quería llorar y sus compañeros también, los cadetes dijeron todo lo que sabían y si no era de esa manera estaban impedidos de hablar"[1]

Con base a ello se inició la investigación correspondiente, que concluyó con dictamen acusatorio en contra del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el delito tipificado y reprimido en el artículo "212 segundo innumerado"[2]; dictamen que fuera acogido por el Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, el cual, con fecha 26 de noviembre de 2013, las 12h31 , dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Fernando Mauricio Encalada Parrales, como "presunto autor del delito, puntualizado y sancionado en el Art. 212 segundo innumerado del Código Penal"[3]

Radicada la competencia en el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, luego de evacuada la audiencia de juzgamiento (18 de diciembre de 2013; fs. 851 -893), en sentencia de 27 de marzo de 2014, las 11h14 (fs. 897-915), ratifica el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales.

Ante la sentencia del Tribunal de Juicio, tanto la acusación particular –Michael Andrés Arce Méndez–, como la acusación oficial -doctora Gina Gómez de la Torre, fiscal-, interponen recursos de nulidad y apelación, ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual, mediante sentencia de 16 de abril de 2014, las 09h34 (fs. 35-70 cuaderno de instancia), rechaza dichos recursos y confirma la sentencia subida en grado.

De esta sentencia, el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez, y la fiscal, doctora Gina Gómez de la Torre, interponen los recursos de casación, que ahora nos ocupan.

3.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

3.1.- Del recurrente, Fiscalía General del Estado

En representación de la Fiscalía General del Estado, la doctora Paulina Garcés, señaló:

- Como antecedentes; están las dos sentencias, la del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha que ratifica el estado de inocencia, y la de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la que niega la apelación y se confirma la ratificación de inocencia.
- Como antecedentes fácticos, señaló: que este delito tiene que ver con la discriminación racial, que tuvo Michael Andrés Arce Méndez, cuando ingresó de cadete a la Escuela Militar Eloy Alfaro y recibió tratos degradantes, hasta que decidió pedir la baja; que esta transgresión de derechos se puso en conocimiento de la Fiscalía, mediante informe, por parte de la Defensoría del Pueblo, de que recibió un trato diferente, desigual y que lo humillaban; que en la etapa de juicio, Fiscalía demostró la existencia del delito, y que los tratos degradantes los recibió por parte de Fernando Encalada Parrales, instructor de la Escuela Militar Eloy Alfaro.
- En cuanto a la fundamentación, manifestó, que conforme el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede, por la violación de la ley, en la sentencia, por tres causales (contravención de su texto, indebida aplicación, o errónea interpretación); y, está prohibido revisar la prueba.

• <u>Vulneración del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, garantía de la motivación,</u> cuya falta acarrea la nulidad constitucional, que asegura el derecho de los sujetos procesales y justiciables, ora saber por qué se aceptó o denegó sus pretensiones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha pronunciado en varios casos y sentencias sobre esta garantía de motivación, sobre congruencia entre los hechos y las normas a

[1] Ver acta de audiencia de formulación de cargos que obra de fs. 4 a 6 del expediente (cita a fs. 4)
[2] Ver acta de audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal que obra de fs. 19 a 32 del expediente cita a fs. 28)
[3] Ver auto resolutorio de llamamiento a juicio que obra de fs. 34 a 42 del expediente (cita a fs. 42)

aplicarse que deben guardar congruencia entre ellas; indicó, que la sentencia carece de este silogismo. La Corte Constitucional, en sentencia de 8 de marzo de 2012 (caso 921 -12-SEP-CC), resolvió que la motivación debe referirse a un proceso lógico para que la decisión no sea arbitraria ni antojadiza.

En este caso la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, recibió dos teorías, que hablan indistintamente, la una sobre el delito de odio, y luego de la discriminación; no hablan del delito dispuesto en el artículo 212 -segundo innumerado agregado a continuación de éste-; se habla de un delito de discriminación del que no habla el Código Penal; se mencionan varias normas constitucionales -bloque de constitucionalidad-, pero que no se relacionan ni con la acusación fiscal, ni con la particular.

La motivación no solamente rompe con la congruencia, sino también con el principio de imparcialidad, ya que la Corte confunde los hechos y el derecho; por lo cual se da otra violación constitucional, ya que hay vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita (art. 75 de la Constitución de la República); la tutela judicial se cumple en tres momentos: en el derecho de acción; en el sometimiento a las disposiciones legales, judiciales, fundadas en derecho, en las resoluciones motivadas.

- Errónea interpretación del artículo 212.2 del Código Penal; el delito de discriminación racial, tiene especificidades propias; en este caso el señor Arce estuvo sometido a un tratamiento indebido por parte de su instructor.

La norma es correctamente mencionada por el juzgador, pero erróneamente interpretada, pues existieron elementos probatorios que dieron cuenta que fue discriminado, hay declaraciones en el informe de la Defensoría de Pueblo; hay otros elementos de prueba que no fueron tomados en cuenta por el juzgador, estos son los informes psicológicos que refieren estrés post traumático, declaraciones de sus compañeros que rindieron ante la Defensoría del Pueblo, los cuales no comparecieron "por obvias razones".

Se ha vulnerado el principio de igualdad y de dignidad de esta persona, pues se asegura que no hubo el trato igualitario que sí tuvieron las otras personas; hubo discriminación racial pues hubo desigualdad en el trato.

- Violación indirecta de norma, por indebida aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación de las reglas de la sana critica, la lógica y la experiencia; que en el juicio no han sido aplicadas, el juzgador omite y hace apreciaciones indebidas, sin tomar en cuenta las huellas psicológicas que deja el delito; también se realizó un examen psicológico al agresor, determinándose que es un hombre de gran rigidez, agresivo, narcisista.

- Recalcó: que en el caso 1153-2013 de la Corte Nacional de Justicia, se determinó que no existe motivación cuando el juez no actúa bajo los principios de interculturalidad, cuando no se toman en cuenta ciertos aspectos de grupos vulnerables, relacionados con la aplicación de las normas constitucionales por sobre otras; que la Corte Provincial, confunde el delito de odio con el de discriminación pensando que es lo mismo, no saben diferenciar, es por ello que, la sentencia, carece de motivación, no hace una valoración bajo las reglas de la sana critica; por lo que solicita se case la sentencia y se declare la nulidad constitucional por falta de motivación.

3.2.- Del recurrente, acusador particular, Michael Andrés Arce Méndez

- Quien para fundamentar su recurso, por intermedio de su abogado patrocinador, doctor Juan Pablo Albán, manifestó:
- Este proceso penal tiene que ver con actos de discriminación, que implican actos de violencia moral y física que se concretaron en hostigamiento, por un miembro militar, cuando su defendido ingresó a la Escuela Militar, lo cual conllevó a que sus compañeros también lo hagan.
- Contravención expresa del texto de la ley, por falta de aplicación de los artículos 330 y 331 del Código de Procedimiento Penal; que acarrean la nulidad, y la obligación de las autoridades judiciales de declararlo incluso de oficio.

Señaló, que se indicaron las causales de omisión de requisitos del artículo 309.2.7 del Código Penal, en cuanto al contenido de las pruebas practicadas y la relación de los hechos, pues no fue tomado en cuenta; también se indicó que el fallo del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, carece de la firma del Juez Ponente.

- De Contravención expresa del texto de la ley, con relación a las reglas de valoración de la prueba, artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 86 Procedimiento Penal; a

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

partir de las máximas de la experiencia, es decir, las de la sana crítica.

Indicó, que se debe examinar el principio de congruencia que debe existir entre la acusación, la prueba y la decisión, lo cual obliga a establecer la verdad procesal.

- Contravención expresa del texto de la ley, de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República: 23 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial: y, 11 5 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 76.7, l) de la Constitución de la República se refiere al deber de motivación de las resoluciones, la Corte Provincial al hacer el examen en la sentencia recurrida, omitió aquello, pues no explica las razones por que no ha incorporado en su análisis las pericias antropológicas que evidencian discriminación en las Fuerzas Armadas del Ecuador; porqué no se tomó en cuenta a los testimonios contestes de varios compañeros cadetes del señor Arce que señalan que había discriminación; señaló, que no hay motivación e hizo referencia a sentencias de la Corte lnteramericana de Derechos Humanos, precisando, que no hay una explicación razonada en la sentencia, lo cual es necesario para convertirla en legitima y no arbitraria.

Señaló, que esta sentencia -la ahora impugnada-, es un acto de arbitrariedad judicial que no está acorde con los instrumentos internacionales (Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.).

Los artículos 76.7,l) de la Constitución de la República; 23 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, determinan que las resoluciones o fallos que no están motivados serán nulos.

Con relación al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que habla de la valoración de la prueba y que debe ser apreciada en su conjunto, indicó, que la prueba de la acusación particular no consta en la sentencia.

- Contravención expresa del texto de la ley, por falta de aplicación del segundo artículo innumerado de la Ley reformatoria del Capítulo lnnumerado del Título II del Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; que fue por el que se realizó la acusación durante el proceso penal.

Manifestó, que la sentencia del Tribunal de Juicio no se refiere de modo alguno a dicha norma, y aquello fue uno de los motivos por los cuales se planteó la apelación, y tampoco lo hace la sentencia de segunda instancia.

El principio de congruencia obliga a que existe correlación entre la acusación, la prueba y la decisión; y no se hace relación a esta norma sustantiva; pues no se tomó en cuenta la acusación, ni la prueba, y se pronuncian sobre cualquier cosa, menos acerca de las pretensiones de la acusación; no existen los motivos por los que se llegó a la absolución.

- Contravención expresa de normas convenciones; se hace referencia a varios Convenios y Tratados internacionales sobre discriminación y racismo; con relación al control de convencionalidad al que están obligados los juzgadores.

Señaló, que el referido control exigía de los jueces de la Corte Provincial observar los artículos 2, 4 y 6 de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 8 y 25 de la Convención sobre Derechos Humanos; 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como Informes y Recomendaciones y Reportes de Observaciones, del Comité para la eliminación de la Discriminación Racial (Recomendación General No. 31 -2005); reiteró, que los jueces contravinieron el texto expreso de las normas y tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte y que son de invocación y aplicación directa en el plano local.

Hizo referencia a: la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, de 17 de septiembre de 2014, caso No. 136-14-SEP-CC, la cual determinó los criterios para motivación en casos de discriminación, estableciendo las pautas como debe abordarse dicho tema desde la justicia, lo cual implica no solo aspectos jurídicos sino también sociológicos; el Decreto Ejecutivo No. 60 de 18 de septiembre de 2009, y al Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural.

- Concluyó, que la sentencia impugnada viola diversas disposiciones de ordenamiento jurídico nacional e internacional, así como las políticas públicas, por lo que se pidió declarar la nulidad por falta de motivación.

3.3.- Del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales

Por quien para ejercer el derecho a contradicción, por intermedio de su abogado patrocinador, doctor César Ochoa, señaló:

El recurso de casación es un recurso técnico que se sustenta en las causales que constan en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

- En la intervención de la Fiscalía se ha hecho una confusión del contenido de la sentencia, se ha dicho que no hay motivación por falta de congruencia; precisó que no solo que hay aquello, sino que está debidamente motivada y que se valoró todas las pruebas aportadas por las partes; hay confusión con las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y la nulidad por falta de motivación, lo cual es incongruente; no ha habido falla en la sentencia y la norma aplicada; indicó, que se ha terminado pidiendo valoración de la prueba, lo cual no es aplicable.
- Manifestó, que estamos frente a un delito de odio, en el que se acusa a un miembro de las Fuerza Armadas, delito que está dispuesto en el artículo 212.4 del Código Penal -incitación al odio y desprecio-, por el cual, su defendido, es llamado a juicio; durante la audiencia de juicio, la Fiscalía debió haber probado que hubo incitación y que el responsable era el acusado, por ello el juez no encuentra el nexo causal entre los actos y su responsable, por lo cual se reconoce su estado de inocencia.
- Mediante recursos de nulidad y apelación, llega a la Corte Provincial, la cual en su análisis, señala que no hay causal de nulidad y ninguna razón para la apelación, porque jamás se probó la existencia material de la infracción y peor la responsabilidad, pues se demostró en la audiencia y durante el periodo que supuestamente fue discriminado, que su defendido no estuvo en la base Pucará, sino en El Oro por una calamidad doméstica.
- Se dice que no se tomó en cuenta los informes periciales sobre discriminación racial en el Ecuador, los cuales no son pertinentes para el caso que se juzgó, ya que su defendido no es responsable de la discriminación que existe en el País.
- En este caso hay doble conforme de inocencia, e indicó, que hay fallos de la Corte Nacional de Justicia respecto a este principio que se lo conoce en el Derecho Penal como *non bis in ídem* (sic).
- No procede el recurso de casación, más aún, cuando no se ha argumentado sobre las causales de casación.
- Concluyó, que si existe un problema social de discriminación que es innegable, el cual debe ser atacado como tal, sin buscar un chivo expiatorio, que a lo largo de este proceso no se demostró que el señor Arce haya sido objeto de discriminación y menos que su defendido haya incitado para ello, razón por la cual se ratificó por dos veces su estado de inocencia; pide que en esta ocasión, de igual forma, se ratifique su inocencia.

4.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Del recurso de casación

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: i) contravención expresa de su texto; ii) indebida aplicación; y/o, iii) errónea interpretación); que circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> (...) a) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; b) Error de pertinencia, referido por el articulo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, c) Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (...)[4]

[4] (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra. Resolución No. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el No. 508-2013). 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. 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,

4.2.- De la fundamentación del recurso

Como quedó indicado en los puntos 3.1 y 3.2, los casacionistas –acusación particular y acusación oficial-, al fundamentar sus recursos, arguyeron –haciendo una síntesis y agrupación de problemas jurídicos planteados-, los siguientes cargos a saber:

• Por parte de la acusación oficial:

i) **Vulneración del artículo 76. 7,l) de la Constitución de la República, garantía de la motivación;** ya que señala, hay falta de congruencia entre los hechos y la norma aplicada; lo cual acarrea también la vulneración al artículo 75 ejusdem del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.

ii) **Errónea interpretación del artículo 212.2 del Código Penal** –segundo artículo innumerado agregado después del artículo 212 del Código Penal, que tipifica al delito de violencia moral, física, de odio y desprecio, y que forma parte del Capítulo innumerado, identificado como (VIII.I) De los delitos de Odio, agregado por la Ley sin número publicada en el R.O. Suplemento No. 555 de 24 de marzo de 2009, en donde se lo refiere como el articulo innumerado (212.5)–; arguye, que el delito de discriminación racial, tiene especificidades propias, que si bien la norma es correctamente mencionada por el juzgador, empero es erróneamente interpretada, pues existieron elementos probatorios que dieron cuenta de aquello.

iii. **Indebida aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal** –violación indirecta de norma–, por falta de aplicación de las reglas de la sana critica, la lógica y la experiencia; las cuales no han sido consideradas por el juzgador el cual hace apreciaciones indebidas.

• Por parte de la acusación particular:

i) **Falta de aplicación de los artículos 330 y 331 del Código de Procedimiento Penal;** -causales de nulidad-, ya que se indicó la omisión de requisitos de la sentencia, del artículo 309.2.7 del Código Penal, en cuanto al contenido de las pruebas practicadas por la acusación particular, la relación de los hechos, lo cual no fue tomado en cuenta; también; y la falta de firma del Juez Ponente.

ii) **Contravención expresa del texto de la ley, con relación a las reglas de valoración de la prueba, artículos: 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 86 del Código de Procedimiento Penal;** a partir de las máximas de la experiencia, es decir, las reglas de la sana critica; pues se arguye que se debe examinar el principio de congruencia que debe existir entre la acusación, la prueba y la decisión, lo cual obliga a establecer la verdad procesal.

iii) **Contravención expresa de los artículos 76. 7,l) de la Constitución de la República; 23 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 115 del Código de Procedimiento Civil** -motivación de las resoluciones-; por cuanto el *ad quem* omitió aquello, pues no explica las razones de por qué no se incorporaron en el análisis las pericias antropológicas que evidencian discriminación en las Fuerzas Armadas de Ecuador; no se tomó en cuenta testimonios contestes de varios cadetes que señalan que había discriminación y que forma parte del expediente de la Defensoría del Pueblo.

iv) **Falta de aplicación del segundo artículo innumerado de la Ley reformatoria del Capítulo lnnumerado del Título II del Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009;** que fue por el que se realizó la acusación

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; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación 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. 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; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; 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 éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

durante el proceso penal, y las sentencias de instancia no se refieren a aquella, lo cual incluso fue cargo de apelación; violándose el principio de congruencia que obliga a la que existe correlación entre la acusación, la prueba y la decisión.

v) **Contravención expresa de normas de Convenios y Tratados Internacionales (Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2, 4 y 6; convención sobre Derechos Humanos arts. 8 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arts. 2 y 14; Informes, Recomendaciones y Reportes de Observaciones, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –Recomendación General No. 31-2005-);** en cuanto al control de convencionalidad al que están obligados los juzgadores.

4.3.- Examen de Casación

4.3.1.- Para proceder con este examen, es menester remitirse a los parámetros para analizar el recurso de casación, respecto de lo cual este órgano jurisdiccional ha indicado que:

(...) 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 especifico, 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.(...)[5]

4.3.2.- Ahora bien, empero de haber quedado ubicado en el punto 4.2., los problemas jurídicos, o el escenario casacional, esto es, los cargos planteados por los recurrentes; para proceder con el examen de casación, este Tribunal debe valorar de manera primigenia el tema atinente a la "motivación" de la sentencia del *ad quem*-; todo ello, con el objeto de analizar si efectivamente la sentencia, ahora recurrida, está o no motivada; puesto que, de ser así, –como en efecto ha ocurrido en el *sub iúdice*–, se vuelve menester reparar, que sin este requisito indispensable, que garantiza entre otros la seguridad jurídica, mal podría entrar a examinarse las violaciones legales en sede de casación[6]

4.3.3.- ACERCA DE LA MOTIVACIÓN

4.3.3.1.- Con respecto a esta garantía básica del derecho al debido proceso, prevista dentro de los derechos de protección, consagrada en la Constitución de la República; Título II; Capítulo VIII; artículo 76,7,l), este órgano jurisdiccional[7] ha señalado que:

(...) la motivación es la exteriorización de los argumentos (cualquiera que estos sean) con relación a los cuales el juzgador ha llegado a obtener el convencimiento del acierto de su decisión, la cual le es comunicada a los sujetos procesales mediante su transcripción en la sentencia. Permite generar

[5] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de casación No. 1 389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

[6] Este órgano jurisdiccional ha señalado que: • ... para que la Corte nacional de Justicia entre a resolver los cargos que el casacionista enuncia en contra de la sentencia del ad quem, se requiere que dicha sentencia esté completa, entendiendo por esto el que los fundamentos de hecho y de derecho del juzgador de último nivel se encuentren expresados en el fallo, independientemente de que dichos fundamentos sean correctos o incorrectos cuestión que va a constituirse en el tema decidendi del fallo de casación (…).” (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal recurso de casación 186-2012. Resolución número 46-2013).

[7] Ver Sentencia CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Recurso de casación No. 1 173- 2012. Resolución No. 428-2013).

en los intervinientes en el proceso penal, respecto del fallo expedido, la aquiescencia en cuanto a los argumentos utilizados por el órgano jurisdiccional para sentenciar, o los motivos en los cuáles basarán sus recursos procesales. Así también, la motivación, no solo de las sentencias sino de cada actuación judicial, es una de las maneras de legitimar a los funcionarios que ejercemos la labor de administrar justicia, al no provenir de la elección popular, a diferencia de las autoridades de las otras funciones del Estado.

La importancia de la motivación es tal, que se constituye en una de las garantías básicas del debido proceso, que a su vez son parte de los derechos de protección establecidos en la Constitución de la República, los cuales buscan que dentro de la solución de conflictos sociales, sometidos a la justicia ordinaria,"(...) no sea el juzgador, [o los órganos estatales en general] a quien el Estado le ha encargado la resolución de los conflictos sociales intersubjetivos, quien viole en este procedimiento los derechos de aquellos a quienes pretende conciliar (…)[8]

En este sentido, es, entre otros, un deber de los funcionarios judiciales el ajustar sus actos jurisdiccionales a lo dispuesto en el artículo 76.7 .l) de la Carta Magna, que indica que no habrá motivación si en el fallo no se hace constar " (...) Las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...; en otras palabras, no habrá motivación si por una parte, en la sentencia no se expresa la concreción de aquellos hechos que el juzgador estima probados, devenidos de la información que logra extraer de los medios de prueba presentados por los sujetos procesales (Fundamentos de hecho); y por otra, si no se ha expresado el basamento jurídico que ha tomado en cuenta el juzgador para arribar a su decisión, exteriorizando claramente los motivos que lo han llevado a aplicar tal o cual norma a los fundamentos de hecho (fundamentos de derecho).

Para que un fallo, pueda contener el adjetivo calificativo de motivado, debe reunir las características de ser objetivo y convincente, solo de esta manera se podrá decir que el juzgador ha expresado razones válidas con base a las cuales ha arribado a la certeza del acaecimiento de los hechos sometidos a juicio, la motivación será convincente, cuando denota que el juzgador, como ser humano incapaz de alcanzar una verdad absoluta[9], ha realizado un análisis de las pruebas dentro de sus capacidades, que ha vuelto creíble la teoría del caso que se ha propuesto plantear la parte a la cual se le va a dar la razón, por los mismos datos que ha logrado extraer de los medios probatorios; (...)

4.3.3.2.- La Corte Constitucional del Ecuador, en reiterados fallos, con respecto a la motivación ha indicado:

(...) Dentro de las garantías del debido proceso se encuentra la motivación, que a su vez se constituye en un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto para lograr el postulado constitucional de brindar una justicia efectiva imparcial y expedita, es indispensable la presencia de una decisión debidamente motivada. En este sentido, considerado la interdependencia de los derechos constitucionales, la presencia de una sentencia inmotivada podría generar la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. (...) En tal virtud, la garantía de motivación tutela que las personas obtengan de la justicia a la cual accedieron, una justificación del razonamiento lógico seguido por la autoridad judicial para tomar una decisión sobre el caso puesto a su conocimiento, lo cual consolida la transparencia en la administración de justicia y a su vez evita la arbitrariedad. (...)

Bajo esta concepción, la Corte Constitucional debe reiterar que la motivación de una decisión no se limita a la mera descripción de normativa y de antecedentes que constituyen el caso concreto, ya que su función es mucho más amplia. En tanto impone que las decisiones judiciales se encuentren dotadas de una fuerte carga argumentativa, que si

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal. Res. 1 408-201 2, dentro del recurso de casación signado con el No. 371-2010.

[9] Se ha manifestado en este sentido la Corte Constitucional en Sentencia número 0020-09-EP, del 13 de agosto del 2009 ha expresar lo siguiente: lograr la verdad absoluta está fuera del alcance del intelecto del juez, por lo que en una sentencia o auto el juez acoge una aproximación de lo que considera la verdad que idealmente se pretende alcanzar (...)"

bien tome como base premisas fácticas y jurídicas, tenga como fundamento principal el análisis intelectual de la autoridad judicial seguido para llegar a la conclusión final de un caso concreto.
Por tanto, la motivación de las decisiones, conforme la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional debe contener al menos tres requisitos: a) razonabilidad: b) lógica; y, c) comprensibilidad. Sobre estos requisitos, este Organismo señaló: 'El requisito de razonabilidad significa que la decisión se encuentre fundamentada en principios constitucionales y en disposiciones jurídicas pertinentes al caso concreto y que de su argumentación no se desprenda contradicción al ordenamiento jurídico. El requisito de lógica establece que las premisas que integran la decisión deben encontrarse formuladas en un orden sistemático, existiendo una debida correlación entre unas y otras. Por su parte, el requisito de comprensibilidad exige que la decisión se encuentre redactada en un lenguaje claro que más allá de ser entendido por las partes procesales, sea debidamente comprendido por el auditorio en general.' [Sentencia No. 133-14 SEP-CC, Caso No. 0644-1 4-EP] (...) (Subrayado fuera de texto)[10]

4.3.3.3.- En el caso traído a sede casacional, y para despejar de manera concreta el tema de la motivación, este Tribunal, de manera necesaria y estricta se remite al considerando "SEXTO" denominado "ANALISIS Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EN LO ATIENTE A LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR ACUSACIÓN PARTICULAR Y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO", de la sentencia recurrida, esto es, la dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 24 de julio de 2014, las 08h20; considerando en el cual yace concretamente el análisis –entiéndase motivación– que hace el *ad quem;* y el cual ha sido cuestionado al señalar que se ha vulnerado dicha garantía constitucional del debido proceso.

Para ello, es menester, a su vez, hacer el abordaje de todos y cada uno de los puntos medulares constantes en dicho considerando, a fin de determinar si en efecto -como ha ocurrido- se ha dado tal violación constitucional.

4.3.3.4.- Debemos referirnos a los cargos de apelación propuestos por los recurrentes, en aras de determinar si aquellos fueron analizados y despejados por el Tribunal de Apelación; toda vez que, si se considera que en la motivación, fundamentación, que hace el *ad quem*, debe constar lo necesario para dar respuestas jurídicas a cada una de las pretensiones y argumentaciones de los apelantes, las cuales, a su vez, tienen que estar acorde con el plexo probatorio y la norma jurídica aplicable; y de no haber aquello, emerge la violación constitucional.

En el considerando quinto, numerales 5.1. y 5.2, de la sentencia ahora recurrida, el Tribunal de Apelación hace referencia a los argumentos esgrimidos por los recurrentes apelantes, entre los cuales se hace constar:

(...) **5.1.-** E doctor Juan Pablo Albán Alencastro, fundamenta las razones por las cuales acusación particular interpuso el recurso de apelación (...) Su queja e inconformidad con la resolución impugnada tiene que ver con la vulneración de supuestos esenciales de la operación de la justicia que se llaman garantías del debido proceso, contempladas en el artículo 76 número 7 letras c, k, i, l de la Constitución de la República, viola también los artículos 5, 8, 9, 21 y 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, menoscaba además una serie de norma relacionadas con las garantías del debido proceso contenidas en tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte por mencionar dos puntuales que son de aplicación inmediata en función de lo que disponen los articulas 11 número 3 y 426 de la Constitución también violentados a través de esta decisión espuria del Tribunal *A quo*, los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuál es la sustancia, muy simple, el temor a lo que es distinto conduce a una actuación violenta y el odio racial se fundamenta en ese temor que cierto segmentos tienen respecto de los que consideran diferentes y esa es la materia de la discusión, los tipos de odio en general han proliferado en la legislación de distintos países del mundo con la intención de atacar no actos de violencia material, verbal, psicológica o moral que ocurre de

[10] [Sentencia No. 133-14 SEP-CC, Caso No. 0644-1 4-EP]

manera aislada, sino que tiene como fuente inspiradora, la "discriminación", ese es su verbo, lo que buscaba el Tribunal Séptimo de Garantías Penales era una evidencia material (...)[11] (subrayado fuera del texto).

(...) 5.2.- La doctora Gina Gómez De La Torre, en representación de la Fiscalía General del Estado, dice en relación al recurso de apelación que agregó como prueba el informe defensorial emitido por la Defensoría del Pueblo, (...)

Fiscalía presentó como teoría del caso un delito de odio no un delito de lesiones por eso había que entender que era el delito de odio quien podía ilustrar mejor sobre el delito de odio es el sociólogo PHD de la Universidad Flacso y profesor del IAEN, John Antón, experto en estos temas, que indicó cómo funcionaba la violencia en los grupos afros y en las organizaciones militares, hay el testimonio como la violencia simbolizada está dada y no obligatoriamente con violencia física, se dio en el caso de Michael Arce pero había una violencia simbólica y también había estereotipos y prejuicios. (...) Fiscalía no ha dejado ni un detalle fuera y ha entregado toda una investigación sobre el caso que es un caso de violación de derechos, tiene afectaciones y responsabilidades del Estado y ello le preocupa, porque lo dijo el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos aprobados por el Comité 81, que hace falta procesos judiciales por discriminación racial, preocupa al Comité la ausencia de casos de delitos vinculados a la discriminación racial en los Tribunales Nacionales y los reportes de que dichos casos raciales se desestiman y más si son presentados por personas indígenas, afro ecuatorianas y montubias a la luz de la Recomendación General No. 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento del sistema de justicia penal, Fiscalía dentro de la Dirección de Derechos Humanos, dio una respuesta, investigó el caso, agregó lo que entregó la Defensoría del Pueblo, está cumpliendo, pero es obligación del Estado ecuatoriano Investigar, sancionar, resarcir y si no se cumple esa obligación que se dirá al Comité de lo que pasó a Michael Arce. Se debe tomar en cuenta el informe No. 66 de la Convención lnteramericana aplicable al caso y se hizo conocer al Juez que existe eso y está en el debate (...)[12] (subrayado fuera del texto).

Por lo tanto queda claro que los cargos de apelación presentados por los recurrentes, estribaron en dos puntos generales, a saber: **i)** la falta de aplicación de normas de convenios y tratados internacionales, incluidos informes y recomendaciones, en lo que respecta al tratamiento que se debe dar al tema de la discriminación racial; y, **ii)** el acervo probatorio, en el cual se cuestiona, que dado el caso, su especificidad -en el contexto del ordenamiento jurídico-convencional-internacional-, el informe de la Defensoría del Pueblo, el tribunal a quo, buscó evidencia material, cuando dado el tipo penal aquello va más allá.

4.3.3.5.- Ahora bien, una vez que han quedado referidos –acorde a la propia sentencia impugnada–, los puntos que debieron ser despejados en la apelación; cabe remitirse al considerando en que el *ad quem* hace el análisis, y que como quedo señalado está en el considerando sexto que corre de fojas 66 a 70 vta, del cuaderno de instancia; en donde, en principio, constaría la motivación del fallo ahora impugnado en casación.

Cabe indicar, que en el considerando sexto, el cual arranca con citas doctrinarias, respecto de lo que es "apelar", para acto seguido señalar que: "En el caso in examine, los recurrentes manifiestan su inconformidad con la sentencia venida en grado, toda vez que en sus criterios no se ha tomado en cuanta el acervo probatorio incorporado por el titular de la acción penal pública v por la acusación particular del cual se establece tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales. "[13] (Subrayado fuera de texto).

La premisa de la que se parte es errada, pues como quedó evidenciado ut supra, los puntos a despejarse en apelación eran dos, el relacionado con el contexto internacional de normativa convencional y de tratados internacionales con respecto al tema de la discriminación; y, en segundo plano, el que guarda relación con el acervo probatorio; empero el *ad quem*, desde allí hace emerger su error de motivación, pues se limita a una sola de los pretensiones

[11] Ver sentencia de apelación que consta de fojas 55 a 70 del cuaderno de instancia cita a fojas 60 vta. y 61.)
[12] Ver sentencia de apelación, que consta de fojas 55 a 70 del cuaderno de instancia (cita a fojas 62 vta. 63, 63vta.; 64)
[13] Ibídem, cita a fs. 66 vta.)

y/o puntos de planteados por los recurrentes.

4.3.3.6.- Ahora bien, siguiendo con el abordaje minucioso del considerando en el que consta el "análisis" del Tribunal de Apelación, este continúa, y si bien, cita el artículo 81 de la Constitución de la República, en cuanto a que se deben establecer procedimientos "especiales" y "expeditos" para el juzgamiento y sanción, de entre otros delitos, aquellos crímenes de "odio"; cita, a su vez, los artículos 1, 2, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto a que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción, inter alia, de raza; el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; y, el artículo 1 de la Convención American de Derechos Humanos; para acto seguido referirse, también citando, al artículo 212.5 del Código Penal, que forma parte del Capítulo de los Delitos de Odio, agregado mediante Ley publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, en cuanto al verbo rector del delito, aspectos doctrinarios de los elementos que lo estructuran; más sin embargo, y he aquí la falta de motivación, en tanto y en cuanto no analiza el contexto, ni se remite el gran dosier de normativa internacional que existe respecto del tema de la discriminación, ni de los parámetros para el tratamiento que se han establecido al respecto; y, que por obligatoriedad, de los juzgadores y toda autoridad, se debe hacer, más aún, en tratándose de normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Aquello, a su vez, riñe o rompe con el parámetro de la razonabilidad, como uno de los tres requisitos que ha establecido la Corte Constitucional ecuatoriana, para que una resolución esté motivada; pues debe considerar principios constitucionales y disposiciones jurídicas pertinentes, al caso concreto, y que de su argumentación no se desprenda contradicción al ordenamiento jurídico; lo cual en el caso sub lite y, acorde con el "Manual de litigio de casos de discriminación racial ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"; no han sido tomados en cuenta al momento de resolver; este manual, nos remite a instrumentos internacionales para combatir la discriminación racial, que se pueden clasificar en tres grupos: tratados, declaraciones y normas de derecho emergente, conocidas como "soft law'; en donde los "Tratados, Convenios, Pactos, Convenciones, o Protocolos" -que son los que adicionan o modifican aquéllos-, son los instrumentos con mayor valor jurídico y eficacia, ya que contienen, además de reconocimiento de derechos, órganos para su supervisión y protección, así como procedimientos a seguir; incluyéndose la facultad de sus órganos para determinar violaciones y establecer reparaciones; y, que una vez que son elaborados en los foros internacionales, pasan por un proceso de firma, luego de aprobación y ratificación en cada país para que puedan entrar en vigor; en tanto que las "Declaraciones", en cambio, no tienen órganos ni mecanismos de protección; solamente declaran o reconocen los derechos humanos, y tampoco son sometidos a procesos de ratificación; empero, no obstante, desde el punto de vista del "principio de buena fe", los Estados deben asumir su cumplimiento con responsabilidad; por su parte las "normas de soft law", o derecho emergente, son aquellas que derivan de "Recomendaciones", de órganos especializados de Naciones Unidas o de sistemas regionales que promueven la implementación de buenas prácticas, directrices o códigos de conductas para que los funcionarios que se relacionan con la materia respectiva asuman esas recomendaciones en el ámbito de su competencia -son conocidos también como "Directrices" "Estándares", "Principios", "Códigos de conducta", etc.[14]

Para tratar el racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, el instrumento específico de referencia es sin duda la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; sin embargo, hay otros instrumentos internacionales de carácter general y específico que contribuyen a enriquecer el análisis y prevención del racismo por medio de un principio general fundamental consagrado en prácticamente todos los instrumentos de derechos humanos, que es "el principio de igualdad y no discriminación por condiciones de raza, religión, sexo, nacionalidad, etc."; principio que ha tenido una profusa utilización y ampliación

[14] Ver. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), "Manual de litigio de casos de discriminación racial ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2008. P.40

interpretativa en favor de la eliminación del racismo y de otras formas de discriminación a partir del desarrollo progresivo y del principio pro *homine* (pro persona humana), lo que se ha manifestado en la implementación de la doctrina de la acción afirmativa como un medio necesario, temporal, para establecer acciones que beneficien a grupos histórica y culturalmente discriminados y vulnerabilizados hasta tanto se alcance un balance adecuado dentro de las relaciones sociales.

Bajo el marco indicado desde el parámetro de la razonabilidad -normas pertinentes- la mormativa internacional a la que se debió remitir el *ad quem,* la encontramos en:

• En cuanto a Tratados[15]

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965; en vigor el 4 de enero de 1969;
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948; en vigor en la misma fecha;
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 30 de noviembre de 1973;
- Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1985.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984; en vigor desde el 26 de junio de 1987.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966; en vigor desde el 3 de enero de 1976.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; adoptado por la Asamblea General de la 'ONU el 16 de diciembre de 1966; en vigor desde el 23 de marzo de 1976.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966; en vigor desde el 23 de marzo de 1976.
- Convención sobre los Derechos del Niño; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979; en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; adoptado por la Asamblea General de la ONU el 6 de octubre de 1999);
- Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Convenio N° 169 de la 0IT sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes; adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.
- Convenio N° 11 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1958; entró en vigor el 15 de junio de 1960.
- Convención Relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 14 de diciembre de 1960; entró en vigor el 22 de mayo de 1962.
- El Protocolo para instituir una comisión de conciliación y buenos oficios facultada para resolver/as controversias a que pueda dar lugar la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; adoptado por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 1O de diciembre de 1962; entró en vigor el 24 de octubre de 1968.

• En cuanto a Declaraciones y normas de "soft law[16].

- Declaración Universal de los Derechos

[15] Tomado Ob.cit. P 41, 42.
[16] Tomado de Ob. Cit. P. 42, 43

Humanos; adoptada por la Asamblea General de la ONU el 1O de diciembre de 1948.
- Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; adoptada y proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 27 de noviembre de 1978.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas; 2007.
- Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra; proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 28 de noviembre de 1978.
- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; adoptada por la asamblea general de la ONU el 18 de diciembre de 1990.
- Declaración y Programa de Acción de Durbán.
- La Conferencia mundial contra el racismo la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia; conferencia de Durbán.
- Las dos conferencias mundiales para combatir el racismo y la Discriminación racial; celebradas en ginebra en 1978 y 1983.
- La conferencia mundial sobre derechos humanos de Viena (1993) y la Declaración y Programa de Acción de Viena para la Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia.
- Las actividades desarrolladas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.
- La Proclamación de la Tercera Década de Combate al Racismo y la Discriminación Racial y su Programa de Acción; a partir de 1993.
- La Proclamación de la Primera y la Segunda Décadas de Combate al Racismo y la Discriminación Racial; aun cuando sus objetivos principales no fueron alcanzados.

A manera de corolario, cabe indicar que el principio de no discriminación, se encuentra incorporado en todos los instrumentos internacionales, por lo que es una norma fundamental que abre el portal para proteger, por esa vía, contra la discriminación racial; y es allí, a partir de todo el contexto internacional normativa que queda referido, al cual el Tribunal de Apelación debió, necesariamente remitirse, para motivar su decisión, y no solo quedar en meros enunciados aislados de escasas normas.
La Corte Constitucional del Ecuador ha indicado que:
(...) es preciso señalar que el Ecuador se encuentra obligado internacionalmente a respetar los derechos y libertades sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen posición económica o condición social; aspecto establecido en algunos instrumentos ratificados por el Estado, entre ellos la Convención lnteramericana sobre Derechos Humanos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Internacional, sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial, que determina la obligación del Estado ecuatoriano de respetar y garantizar los derechos de todo ser humano sin hacer diferencias perjudiciales para aquellos, estableciendo el compromiso de seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas. (...)
El "Comité para la Eliminación de la Discriminación racial", creado en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, considera que "a menudo se subestima el grado en que los actos de discriminación racial e insultos por motivos raciales dañan la percepción de la parte ofendida de su propio valor de reputación" [Huertas Díaz Omar y otros. 2008] (...)
(...) Es por ello que es muy importante que los jueces y juezas analicen estos temas de modo integral, tomando en consideración todos los elementos del caso puesto a su consideración; y en ese marco, toda la normativa vigente aplicable al mismo. (...) (subrayado fuera de texto)[17]

[17] Ver Sentencia No. 136-14-SEP-CC, Caso No. 0148-11 –EP.

4.3.3.7.- En el análisis de la sentencia recurrida –ahora impugnada por falta de motivación–, los juzgadores de instancia señalan, también, que: "los recurrentes interponen recurso de apelación el que se basa fundamentalmente en la falta de valoración de la prueba dada por el titular de la acción penal pública y la acusación particular, ya que a su parecer se encuentra demostrada tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del imputado Fernando Mauricio Encalada Parrales. Al respecto este Tribuna al revisar prolijamente la sentencia subida en grado, se tiene que la misma analiza detalladamente la prueba incorporada por los sujetos procesales y en un análisis pormenorizado establece que ninguna de las aseveraciones sobre presuntos tratos discriminatorios han sido probadas en juicio. (…)[18] (Subrayado fuera de texto).

Nótese que, nuevamente, el *ad quem* evidencia que el tema medular y exclusivo de su análisis, giró únicamente, en torno al acervo probatorio, y para nada en el otro punto planteado por los recurrentes -como quedo indicado en el punto inmediato anterior-; y continúan refiriéndose exclusivamente al informe de la Defensoría del Pueblo, en donde se detiene a abordar lo atinente a si es o no "noticia criminis"; y acto seguido, consume el resto de fojas del considerando (tres hojas), haciendo referencia a los testimonios presentados en el juicio, para concluir señalando que: "Este Tribunal considera que el fallo venido en grado es razonable, motivado, analiza la prueba aportada en Audiencia de Juicio y llega a la decisión acerca de la falta de certeza respecto de la participación en el ilícito penal que se le imputa al señor Encalada Parrales, sobre el delito de odio. (...)[19] (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, cabe hacer la precisión en cuanto al rol, funciones y alcances de la Defensoría del Pueblo, como entidad que fuera incluida en el aparaje institucional del Estado ecuatoriano, mediante la disposición del artículo 96 de la Constitución Política de la República que rigió desde agosto de 1998; y, que, actualmente, se encuentra institucionalizada mediante la disposición del artículo 214 de la actual Constitución de la República (en vigencia desde octubre de 2008), que señala que: "La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior"; cuyas funciones, acorde con el artículo 215 *ejusdem,* estriban en "la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador: y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país"; estableciendo, la norma constitucional, que a más de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, sus Reglamentos; están:

"1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente por sus incumplimientos.

3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios Públicos.

4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenir e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas. (Subrayado fuera del texto).

Es precisamente desde el marco que queda indicado, que en el *sub lite,* consta que esta entidad, conoce del requerimiento de intervención defensorial que realizara el ciudadano Michael Andrés Méndez -ahora recurrente y acusador particular-, en virtud de que indica "ha sido objeto de supuestos tratos crueles - inhumanos y degradantes de manera constante por parte del señor Instructor, el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, manifestando que durante el periodo de reclutamiento en la ESMIL, en la base Pucará, recibió un trato humillante y de odio (...)[20]; y luego del trámite pertinente, dada a su investigación; en donde se requirieran y recabaran varios informes, entrevistas (testimonios, entendidos como verdades palpadas por su interviniente) de varios cadetes, todo ello en cabal ejercicio de su rol, funciones

[18] Ver sentencia de apelación, que consta de fs. 55 a 70 del cuaderno de Instancia (cita a fs. 67 vta.).
[19] Ibidem (cita a fs. 69 vta. y 70).
[20] Tomado de la Resolución Defensorial No. 006-DPE-DINAPROT-54708-HCJA-2012, que obra de fs. 1718-1726 de expediente (cita a fs. 17-18).

y atribuciones, específicamente al amparo de los artículos 215.2.3.4, de la Constitución de la República; 2,b); 13, 16, 21 ; y, 22 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; emitió la Resolución Defensoría No. 006-DPE-DINAPROT- 54708-HCJA-2012, que obra de fs. 17 18-1726, del expediente, en la que resolvió:

(...) 1. ACEPTAR la Queja presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez en contra del señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro"

2.- DECLARAR que el señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez.
(...)

6.- EXORTAR a la Escuela Superior Militar Eloy Alfara y a Ministerio de Defensa Nacional que en cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales implementen programas y políticas tendientes a erradicar la discriminación dentro de las escuelas Militares del Pals y garantizar el respeto a los derechos humanos, para lo cual la Defensoría del Pueblo se pone a su disposición para cualquier sustento técnico que sea requerido para brindar apoyo en la construcción e implementación de las mismas.

7.- REMITIR la investigación al Ministerio Público por existir indicios y evidencias de actos delictivos que implican violación en materia de derechos humanos, en este caso por el cometimiento de actos de tortura, trato cruel e inhumano y degradante por parte del señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor en contra del señor Michael Andrés Arce Méndez. (…)[21]

Resolución que, cabe indicar, a su vez, fuera ratificada dentro del Recurso de Revisión nro. 002-AP-DPE-2012-PBA. Expediente Defensorial nro. DINAPROT-54708-HCJA-2011, que obra de fs. 1758-1767; de allí, que los juzgadores de instancia, en la sentencia ahora recurrida y cuestionada en su motivación al haberse referido al "informe" de la Defensoría del Pueblo, de manera somera y centrar su análisis en que si era o no *"noticia criminis", no solo que limita su motivación, sino que soslaya el rol mismo de este organismo estatal, que como quedó indicado es "la Institución Nacional de Derechos Humanos que promueve, divulga y protege los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y coectivos que habitan en el país, de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, y los Derechos de la Naturaleza, así como (la llamada a) impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional para propiciar la vida digna y el Buen Vivir*[22]; y que, desde el marco de sus atribuciones, precisamente protege tales derechos, a través de: *"Atender peticiones individuales o colectivas relacionadas con amenaza o vulneración de los Derechos Humanos; Emitir medidas de Cumplimiento Obligatorio encaminadas a proteger el ejercicio pleno de estos derechos: Emitir pronunciamientos Públicos cuando existe vulneración de los derechos mencionados; Establecer responsables, recomendar acciones para frenar el acto violatorio y restituir los derechos vulnerados; (...)"* [23]

Por otro lado, y haciendo hincapié, en que en la sentencia ahora impugnada por falta de motivación, los juzgadores han señalado que *"la misma analiza detalladamente la prueba incorporada por los sujetos procesales y en un análisis pormenorizado establece que ninguna de las aseveraciones sobre presuntos tratos discriminatorios han sido probadas en juicio.";* al respecto es pertinente plantear la siguiente interrogación: ¿en verdad se analiza o no "toda" la prueba? ..., esto es, la presentada por la acusación oficial como por la particular, en donde obra además las resoluciones de la Defensoría del Pueblo; ¿se hace un análisis desde el punto de vista sociológico? ... ; –del problema social– …; ¿se abalizan los instrumentos internacionales de derechos humanos, el Bloque de Constitucionalidad? ...; ¿ se recurre a las sentencias, que sobre la materia ha dictado la Corte Constitucional del Ecuador? ...; planteamientos que, en definitiva, son el tema medular, dado el caso, para llegar a establecer si hay o no motivación en la decisión.

[21] Idem (cita a fs. 1724 y vta.).
[22] Tomado de la misión de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, constante en la página web www.dpe.gob.ec
[23] Tomado de página web www.dpe.gob.ec (Defensoría del Pueblo del Ecuador), link ¿QUE HACEMOS?; link. ¿CÓMO PROTEGE ESTOS DERECHOS LA DEFENSORIA DEL PUEBLO?.

Al respecto, cabe citar, lo que ya este órgano jurisdiccional ha señalado con relación a la obligación de tomar en cuenta los elementos sociales del caso; así: (...) En "Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral", Carla Espinoza Cueva (Tribunal Contencioso Electoral. Quito, 2010, pp. 91 -93), sostiene que la motivación de las resoluciones judiciales:

"[...] en el Ecuador puede ser tratada desde varios enfoques, tomando en consideración la diversidad de culturas y tradiciones, sus antecedentes históricos, sociológicos y los trasfondo ideológicos [...], toda decisión judicial debe alcanzar a altos niveles de racionalidad por parte del juez, en los cuales se incorporen elementos explicitas, tanto jurídicos como políticos, descartando la visión del positivismo kelseniano estrictamente jurídico. De esta manera se podrá alcanzar resoluciones más fundamentadas y coherentes. [...]"

Rodolfo L. Vigo, en "Argumentación Constitucional" [La Interpretación y Argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales. Argentina. 2011. P. 474], propone que la sentencia se construya, entre otros, con argumentos sociológicos.

"[...] consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etcétera. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídica, pero lo decisivo es que es visible a los ojos de un observador a un miembro de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en la que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera. [...] " (...)[24]

4.3.3.8.- Para ahondar en aquello de la falta de motivación, en cuanto a la congruencia que deben tener los fallos y resoluciones, cabe citar a la sentencia nro. 136-14-SEP-CC, Caso nro. 0148-11-EP, de la Corte Constitucional, que dentro de la acción extraordinaria de protección planteada, con relación a una causa penal, por el delito de violencia moral de odio y desprecio señala: (...) *En lo referente al tipo penal, se observa en el examen realizado por la Sala que únicamente constan consideraciones respecto al «delito de odio", cuando la infracción, tal como consta tipificada ley, se refiere al delito de odio «o de desprecio", aspecto sobre el cual dentro del fallo no se hace referencia ni se realiza ningún análisis. (...)";* como ocurre en el sub iúdice.

Además, la antes referida sentencia del máximo órgano de control constitucional del Ecuador, señala que *«es importante realizar un examen con enfoque jurídico, pero también sociológico del tema"*; e indica -en el caso analizado en sede constitucional-, que:

(...) Esta Corte considera que <u>para determinar si había o no delito de violencia moral de odio o de desprecio</u> contra el señor Mina Bonilla en razón del color de su piel o de su raza, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas <u>debió realizar un examen integral de los hechos y e derecho; siendo en ese marco necesaria no solo la ponderación antes señalada respecto al tipo penal, sino también la revisión y análisis de disposiciones constitucionales y normativa internacional vigente en el Pals, que desarrolla ampliamente el tema puesto a consideración de los juzgadores y que obliga al Estado por cuanto son parte de él, a los organismos de la función judicial a adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Al no haber considerado todos los elementos inherentes el caso esta Corte considera</u> que la Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución. (...)

De allí que, si ya el máximo órgano de control de constitucionalidad en el país, ha determinado, que para estos casos se debe realizar un estudio integral, y no solo quedarse en lo referente al tipo penal, y como en el sub lite, a determinadas pruebas; pues aquello, a más de violentar directamente la garantía de motivación, vulnera también el derecho a la tutela

[24] Ver CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito. Recurso de Casación No. 1069-2014 VR. Juez Nacional Ponente, Dr. Vicente Robalino Villafuerte. P. 11, 12.

judicial efectiva[25]; es por ello que se configura, perse, la falta de motivación de la sentencia en ciernes.

4.3.3.9. De lo transcrito, de la sentencia de segunda instancia, emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, fallo impugnado en sede de casación, la cual al conocer el recurso apelación -precisamente como Tribunal de Apelación-, si bien tenía la facultad de conocer, tanto los hechos como el derecho, para así poder llegar a una conclusión; más sin embargo, en su sentencia -conforme queda evidenciado-, no se encuentra que se hayan despejado todos y cada uno de los puntos planteados por los recurrentes apelantes; sobre todo, lo atinente a la aplicación y análisis integral que se debió realizar de la normativa pertinente; aquello, como cumplimiento del primer parámetro para señalar que una resolución judicial se halla motivada y que guarda relación con el requisito de la "razonabilidad", el cual determina que el fallo no debe imponer criterios contrarios a la Constitución, los derechos humanos, leyes vigentes y en definitiva todo el ordenamiento jurídico, tanto infraconstitucional, como de tratados y convenios internacionales -incluidas declaraciones, recomendaciones, informes, etc.-, de los organismos internacionales de los cuales el Ecuador es parte y los ha ratificado.

4.3.3.10. Por lo tanto, la sentencia impugnada, acorde con lo señalado, adolece de motivación, lo cual, a su vez, transgrede el deber de los jueces de motivar sus resoluciones, como lo exige el artículo 76.7,1) de la Constitución de la República; toda vez que, al reparar en el contenido del considerando sexto –que fuera citado–, en el cual, al parecer, constaría la motivación del juzgador ad quem, se observa la ninguna argumentación y/o análisis respecto de uno de los puntos de apelación que guarda relación con la aplicación o análisis de normas y tratados internacionales; asimismo con un análisis desde el punto sociológico y/o de la perspectiva del problema social que rodea al tema; pues, únicamente se refiere al acervo probatorio, en donde inclusive, consta la prueba aportada por la acusación oficial y particular, en donde obra la resolución de la Defensoría del Pueblo; y escasamente, en rasgos generales, se limita a hacer referencias no precisas de los hechos fácticos y de ciertas normas; a sabiendas, de que la mera cita de normas no implica motivar sino, que acorde con lo que manda la norma constitucional del artículo 76.7.1) *"No habrá motivación* ***si en la resolución no*** *enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (...)"* (negrillas fuera de texto).

4.3.3.11. Se debe reparar, además, que el juzgador, al pretender motivar su fallo, y explicar la pertinencia de las normas, acorde también con los elementos fácticos, debió dar, en su análisis, respuestas jurídicas a cada una de las pretensiones de los sujetos procesales, las cuales, a su vez, deben estar relacionados con el plexo probatorio y la norma jurídica aplicable; sin embargo, en el caso concreto, se evidencia que el *ad quem*, no dice nada con respecto al argumento nuclear de los apelantes, como si aquello no hubiese sido esgrimido; es por ello, que s*trictu sensu,* la sentencia del *ad quem*, al intentar hacer el análisis en el considerando sexto, riñe con aquello de que motivar es argumentar, explicar o exponer las razones que fundamentan la resolución judicial; más aún cuando, como quedó ya señalado, la motivación es una garantía constitucional que asiste a todo sujeto procesal, que apunta a evitar errores conceptuales de estructura o de garantía y que con ella se evita la arbitrariedad, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica y el actuar no razonado de los administradores de justicia.

4.3.12.- A manera de corolario, cabe reiterar, en aquello de que, con respecto a la falta de motivación de las sentencias, este órgano jurisdiccional ha señalado:

(...) Es imposible para el Tribunal de Casación analizar una sentencia en la cual no se hayan

[25] *Respecto de la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ha señalado:*
"(...) el derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución de la República; en segundo lugar. mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y, finalmente, a través del rol de la juez o el juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos; es decir la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia; implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones sin condicionamientos, en observancia a las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto. " [Sentencia No. 136-14-SEP-CC; Caso No. 0148-1 1-EP]

mencionado los hechos que el tribunal de instancia considera probados, o en el cual no se haga mención alguna a los basamentos jurídicos en los cuales se haya fundado el fallo y más aún no se ha dado respuesta jurídica a las pretensiones del recurrente al fundamentar la apelación; pues, a falta del establecimiento de los hechos, este Tribunal no podría determinar cuál es la situación fáctica básica sobre la cual se puede aplicar la norma jurídica, siendo improbable determinar si el *ad quem* la aplicó correcta o incorrectamente; así también, si falta totalmente una fundamentación en derecho de la decisión, le es también quimérico al Tribunal de Casación emitir su fallo, pues no tendría basamento alguno para determinar si el razonamiento del juez de instancia para aplicar una norma jurídica es válido o inválido. (...)[26]

4.3.2.13. Sobre la base de lo indicado, este Tribunal de Casación, concluye que revisada la sentencia que se impugna, se encuentra, que efectivamente el Tribunal de Apelación, no contestó todas la alegaciones que se plantearon por parte de la acusación particular y la Fiscalía; y, principalmente que esta sentencia, no se desarrolla tomando en cuenta a los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, y la propia Constitución de la República, sobre igualdad, no discriminación; no toma en cuenta los elementos sociales del caso en concreto; por lo que violó al artículo 76.7,1) de la Constitución de la República, y sobre todo, generó una condición de revictimización; y, tampoco se tomó en consideración el artículo 81 de la Constitución de la República, en cuanto a los procedimientos "especiales" y "expeditos" para el juzgamiento y sanción, de entre otros delitos, aquellos crímenes de "odio", pese a que inclusive, fuera citado por el propio ad quem, sin que tenga un desarrollo jurídico y sociológico al respecto.

Razones por las cuales se colige que, la sentencia en ciernes, no se encuentra fundamentada y motivada; en tanto y · en cuanto, como queda evidenciado, no cumple con los parámetros mínimos de una argumentación jurídica motivada, todo lo cual, lleva a que este órgano jurisdiccional, declare como efecto inmediato la nulidad del fallo expedido; sobre todo, dado que este tipo de aparente motivación y falta de ella, no puede ser suplida.

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 REPÚBLICA",** de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 24 de julio de 2014, las 08h20, por falta de motivación, desde fojas 40 del cuaderno de segunda instancia, esto es, desde la audiencia de fundamentación de los recursos de nulidad y apelación; la presente nulidad se la declara a costa de los Jueces provinciales de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que la dictaron. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido para la ejecución de la presente decisión. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL.

[26] Ver Sentencia CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Recurso de casación No. 186-2012. Resolución No. 046-2013.

X

Resolución nro. 1343-2015
Juicio nro. 645-2014

Juicio penal por robo propuesto por la Fiscalía General del Estado, contra Alex Raúl Lema Fernández

SÍNTESIS

El 02 de diciembre de 2013, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Babahoyo, declaró al acusado Alex Raúl Lema Fernández, autor del delito de robo, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 551, del Código Penal, por cuanto el 23 de Junio del 2013, aproximadamente en las calles 10 de Agosto y Carbo de la ciudad de Babahoyo, el acusado en compañía de otro sujeto, bajo amenazas, sustrajo computadoras Laptop, una Tablet y un teléfono celular Blackberry, del local comercial Digital Tablet; imponiéndole la pena de cuatro años de prisión correccional; fallo del cual, el sentenciado interpuso recursos de nulidad y apelación. El 27 de enero de 2014, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, mediante sentencia, negó los recursos interpuestos y en consecuencia ratificó la sentencia subida en grado; resolución de la cual, el procesado Alex Raúl Lema Fernández, presentó recurso de casación, mismo que recayó para su conocimiento en el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, quien por unanimidad declaró improcedente el recurso de casación interpuesto; sin embargo, ex oficio casa la sentencia recurrida, determinando que la pena que se debió imponer al recurrente es la de un año de prisión correccional, como así se lo hace, en virtud de norma contenida en el art. 551 de Código Penal.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio nro. 2013-0105

Juez Ponente: Abg. Miguel Eduardo Costaín Vásquez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS.- PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE BABAHOYO. Babahoyo, lunes 2 de diciembre del 2013, 13h45.

VISTOS.- En la ciudad de Babahoyo, treinta días del mes de octubre del dos mil trece, a las once horas diez minutos y con reinicio a los veintiséis días del mes de noviembre del 2013 a las catorce horas diez minutos, se constituyó el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, integrado por los señores jueces Abg. JHOVANY GONZÁLEZ VALERO Presidente del Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, ABG. MIGUEL EDUARDO COSTAÍN VÁSQUEZ y ABG. CÉSAR VACA BAQUEDANO, en sus calidades de Jueces, e infrascrita Secretaria Ab. Elsie Monar Gómez.- Teniendo como antecedente el Auto de Llamamiento a Juicio en contra de ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ, dictado el 08 de agosto del 2013, a las diez horas con treinta y cinco minutos, por el señor Juez Primero de Garantías Penales de Los Ríos, por considerar al acusado como presunto autor del delito tipificado y reprimido en el art. 550 y 552 numeral 2, del Código Penal, por lo que, ejecutoriado dicho auto resolutorio, por sorteo de causas, el proceso negó a este Tribunal de Garantías Penales para la tramitación de la etapa de juicio, de conformidad con lo previsto en el art. 250 del Código de Procedimiento Penal, siendo el estado del proceso el de resolver, y para hacerlo se considera: **PRIMERO.- COMPETENCIA:** El Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, es competente para conocer, y resolver, de conformidad con lo previsto en el art. 21, Regla 1, y

art.28, numeral 1 del Código Adjetivo Penal.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Por no haberse violentado las solemnidades previstas en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, se declara la validez del proceso.-**TERCERO.-** En el actual Sistema Acusatorio Oral, las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales por así estar consagrado en los Arts. 79 y 250 del Código de Procedimiento Penal.- **CUARTO.-** Declarado abierto el juicio por el Presidente del Tribunal Penal, las partes ejercieron a plenitud el derecho a la defensa, presentando pruebas documentales como testimoniales, por lo que se aplicó el debido proceso. Como elementos probatorios, se receptaron los testimonios de: JACINTO NEPTALÍ VEGA RAMIREZ, JULIO ARCENIO CASTILLO GALLO, LUIS ANIBAL CRIOLLO SOLORZANO, DIEGO FERNANDO VILEMA VARGAS, LUIS RIGOBERTO AGUIAR GAIBOR, BLANCA MARIANA AGUIRRE TOMALA, FERNANDO FELIZ A VILES VILLEGAS, LILIA ANGELICA ACOSTA BUSTAMANTE y el acusado ALEX RAUL LEMA FERNANDEZ. **QUINTO.- MATERIALIDAD DE LA INFRACCIÓN.-** Los delitos en todos y cada uno de los artículos del Código Penal Ecuatoriano, contienen elementos constitutivos principales y secundarios, que deben ser justificados o desvirtuados en la etapa del juicio, según lo establece el art. 86 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el art. 79, 83 y 88 ibídem, por ello, el Primer Tribunal Garantías Penales de Los Ríos, luego de analizar al tenor de la sana critica las pruebas aportadas en la Audiencia Pública de Juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, consagrados en los arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana crítica, ajustados a la conciencia: con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio. Conoce siguiente teoría anunciada por la Fiscalía: "El 23 de junio del presente aproximadamente en las calles 10 de Agosto y Pedro Carbo de esta ciudad circunstancia que la ofendida Daniela Mariella Vaca, se encontraba con su marido nombres Cristian Paúl Tamayo Villacís, en su local comercial " Digital Tablet ", cuando ingresaron el hoy acusado Alex Raúl Lema Fernández, quien les apuntó con una arma de fuego y le hizo señas a otro sujeto quien ingresó y se sustrajeron sus pertenencias tales corno computadoras laptop, una Tablet y un teléfono celular BlackBerry, de ahí salió a pedir auxilio y los autores del robo se dieron a la fuga en una motocicleta color negro, alertado los Agentes Policiales por la Central de Gestión de Monitoreo iniciaron la persecución y al ser localizado el acusado Alex Raúl Lema Fernández, con el otro sujeto hicieron caso omiso a la voz de alto policía y se dieron a la fuga por la calle peatonal 1, virando por la calle peatonal 6 C y en la calle 3ra del sector " Las Garzas ", dejaron la motocicleta color negra abandonada en el patio de una casa y sobre la moto habían colocado una hoja de zinc, ingresando el acusado en una casa de caña intentando cambiarse de ropa, encontrándole en su poder una laptop color negro, una Tablet color negro con filos gris y en el bolsillo derecho de su pantalón un teléfono BlackBerry, pertenencias de la ofendida Daniela Mariella Vaca, al preguntarle la policía por el otro sujeto que le acompañó manifestó que le dicen " Perro Muerto ", la ofendida reconoció plenamente al hoy acusado Alex Raúl Lema Fernández, en el Comando de la Policía como uno de los partícipes del robo y que le apuntó con el arma de fuego". Ahora bien, con relación a la teoría que presenta la fiscalía, el Tribunal de Garantías Penales, considera que la materialidad de la infracción se encuentra comprobada en base a los siguientes elementos probatorios: a) Testimonio de LUIS RIGOBERTO AGUIAR GAIBOR, perito Criminalística, quien elaboró el reconocimiento del lugar de los hechos y de evidencias físicas e indicó: "Cuéntele al tribunal, en qué consistió la pericia que usted realizo;- Resp.;- Si señor Presidente, mediante oficio pedido por el señor Agente Fiscal, que llevaba la causa en cumplimiento a la misma me traslade a la fiscalía y con las formalidades de ley, posterior a esto me traslade hasta el centro de la ciudad de Babahoyo, esto es a la matriz específicamente entre las calles 10 de Agosto entre 27 de Mayo y Pedro Carbo, lugar completamente poblado, de gran afluencia vehicular y peatonal sitio donde se procedió a realizar el reconocimiento del lugar de los hechos, mediante la realización fotográfica del lugar, en el lugar se describe como una escena cerrada modificada que estaba al costado derecho de la avenida 10 de Agosto y según sentido vehicular Norte Sur, donde se aprecia una construcción mixta de una planta de color blanco, con techo de zinc, donde el ingreso lo constituye una puerta metálica enrollable de color blanco, la que da acceso al interior de una local comercial de nombres " Digital Tablet ", en dicho lugar se pudo apreciar un mostrador con varios accesorios de computadoras

de igual manera una mesa, unas sillas y más adentro un mostrador lugar a donde a decir la señora Vaca Dalila, se habían suscitado los hechos, posterior me traslade a las bodegas de acopio de las evidencias donde se procedió a realizar el reconocimiento de las mismas, las mismas que constaban de una computadora portátil marca " HP " y una digital Tablet marca " Tita ", de igual manera se realizó el reconocimiento de una motocicleta, para esto me traslade hasta el sector de " La Virginia ", donde se constató la existencia de la motocicleta y se realizó una descripción generalizaba de la misma, como conclusión señor Presidente, se estableció la existencia del lugar de los hechos ubica da entre la avenida 1O de Agosto entre Pedro Carbo y 27 de Mayo, y la existencia de las evidencias descritas, la y la Tablet en las bodegas de acopios de evidencias y la motocicleta en el de retención vehicular de la Policía Judicial, ese es mi trabajo señor Presidente; Preg. Usted reconoció también un celular BlackBerry;- Resp.- Si;- Preg;- Que el perito reconozca su firma y rúbrica estampada en el informe y así mismo con su venia para que exhiba a ustedes señores Jueces, las evidencias de los objetos que fueron sustraídos a la perjudicada; Resp;- Si señor Fiscal, se pone de pie y muestra al tribunal en el informe pericial las fotografías de las evidencias en mención(...)"b) prueba documental relacionada con informe de reconocimiento de lugar y evidencias físicas. **SEXTO.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD:** El nexo causal que vincula al acusado ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ, con el delito investigado, se encuentra probado, con: a) Testimonio del Policía Nacional JACINTO NEPTALÍ VEGA RAMÍREZ, quien dijo: "Ese día yo me encontraba trabajando en la parroquia" El Salto", mediante la CDP de la Radio Patrulla de Babahoyo, manifestaron que al momento se estaba produciendo a un asalto en un Cyber, así mismo se produjo una persecución de los compañeros que trabajan en el centro que posterior van a dar su versión, al momento que los compañeros avanzan al lugar los señores comienzan a darse a la fuego en una motocicleta, un ciudadano de camiseta blanca y gorra blanca portaba una mochila color negro, que se divisaba por las cámaras de seguridad de la Policía Nacional, al momento que los señores cruzan por el puente de " El Salto ", los compañeros policías le venían persiguiendo al hoy detenido yo ya estaba enterado por mi medio de comunicación, yo le esperé al otro lado a la altura del puente de " El Salto ", al momento que cruzó le dije alto policía deténgase los señores hicieron caso omiso se dieron a la fuga por la cual procedí a la persecución, aproximadamente la persecución duró unos 5 a 6 minutos a una distancia de unos 8 metros en los cuales lograron avanzar hasta una ciudadela llamada "Las Garzas", posterior se cayeron de la motocicleta los sujetos, uno huyó por un lado el otro se subió a una casa de caña, a lo cual mi compañero y yo procedimos por tratarse de delito flagrante procedimos a ingresar al domicilio encontrándole en su poder como consta en el parte policial una Tablet, un teléfono celular, así, mimo se procedió inmediatamente a la detención del hoy ciudadano, el ciudadano que portaba el arma de fuego era el ciudadano que conducía pero lamentablemente no pudimos capturar al ciudadano, así mismo llevamos al hoy detenido hasta la prevención a lo cual la señora perjudicada reconoció plenamente al ciudadano, así mismo fuimos hasta la Central de Radio Patrulla en la cual por la cámaras de seguridad también se logró identificar al ciudadano, a la señora perjudicada le llevamos hasta la Central en la cual le hicimos ver el video, las imágenes al momento del asalto, el momento en que estaban trasladándose desde el puente hasta " El Salto ", las cámaras en todo momento le lograron grabar, las cámaras de seguridad de la Policía Nacional;- Preg;- Cabo Vega, reconozca la persona que le encontraron las evidencias si se encuentra en esta sala;- Resp.;- Si señor Fiscal, él es el señor que se encuentra alado derecho del señor abogado defensor (se pone de pie y señala y describe como está vestido el acusado) ;- El' señor Fiscal, solicita que se tenga como prueba el testimonio del Cabo 2do Jacinto Neptalí Vega Ramírez ;-El señor Ab. De la defensa. Preg:- Relátenos más ampliamente su actuación con la detención de mi defendido, procurando darnos los suficientes elementos de juicio, respecto de su actuación y de sus demás compañeros, para de acuerdo a eso pues peticionar algunas preguntas. no·-Resp;-Todo lo relatado es lo que puedo decir;- Preg.;- A qué distancia usted se encontraba a cuantos metros se encontraba usted de distancia con relación al hoy detenido en su primera intervención;- Resp.;- A 8 metros como dije enantes en la versión;- Preg·; Recuerda usted si era de día, de noche, de madrugada;- Resp.:- En el Parte Policial consta 11h00 de día;- Preg.;-Mi defendido cuando usted lo detuvo, él en qué forma estaba, o sea lo hizo usted, acaso conducía la motocicleta, acaso iba atrás de la misma como pasajero y qué actitud tomó a su requerimiento;- Resp;- Él

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

iba en la parte trasera como parrillero llevaba una maleta color negra, al momento que ingresamos a su domicilio él se encontraba portando aún la mochila negra, como se trataba de delito flagrante procedimos a la detención ya que todavía se encontraba adentro colgada de su maletín ya que no le dimos oportunidad para que lograra escapar por la parte posterior del domicilio, una vez que lo encontramos dentro del domicilio no procedió a portarse de una manera violenta, cedió para la detención;- Preg;-Que pasó con el otro señor que usted afirma que iba con él;- Resp;- Lamentablemente nosotros como miembros policiales al bajarnos de la motocicleta tenemos que parquear la moto, poseemos botas, no nos da la libertad para poder correr hacia un lugar donde había montes, lo cual optamos por seguir al sujeto que llevaba las hoy evidencias;- Preg.;- En algún momento ustedes de aquella intervención policial hicieron uso de armas de fuego;- Resp.;- No en ningún momento;- Preg.;- En todo caso mi defendido no presentó ninguna resistencia a ustedes los capturadores;- Resp.;- Al momento de la incursión no, pero en la persecución sí;- Preg.;- Dígalo señor;- Resp.;- Le estoy diciendo señor abogado;- Preg.;- Más ampliamente quisiéramos conocer el camino el trayecto que venían haciendo cual fue la intervención de ustedes, porque intervinieron, cuantos intervinieron, que hizo usted respecto del grupo de capturadores, ilústrenos, denos esa amplitud para entender estas cosas que son de orden fundamental;- Resp.;- Ya lo explique, los compañeros ya lo venían persiguiendo desde el centro yo trabajo en la parroquia "El Salto", en la radio de comunicaciones que nosotros poseemos tenemos una comunicación amplia, entre nosotros ya sabemos lo que está pasando a nivel de la Provincia, al momento que el ciudadano se encontraba ya pasando el puente yo ya sabía que él estaba viniendo, yo lo estaba esperando en el puente ya para ya interceptarle e incluso la moto le cruce en la bajada ahí donde está la arena, pero al momento de ver la Policía Nacional, cuando le dije alto policía deténgase no hizo caso se pasó con todo y moto y después se produjo la persecución logrando alcanzarlo como lo dije antes a la altura de la ciudadela "Las Garzas", puso toda la resistencia posible, pero ya al momento de la incursión cuando ya logramos localizarle dentro del domicilio opto por tranquilizarse el ciudadano;- Preg.;- Y en todo caso colaboro para dentro del mundo de la paz, para que usted lo pueda detener;- Resp.:- Yo determino que no, por mi experiencia cuando una persona se siente acorralada no le queda otra opción que ceder;- Preg.;- O en su defecto atolondrarse y contraatacar también no, la experiencia policial:- Resp.;- Hasta aquí lo he tenido la experiencia de contraatacar porque todas las detenciones se han hecho acorde a las circunstancias del detenido, no opuso resistencia al momento final y uno como policía también es profesional opto por utilizar el uso de la fuerza moderada;- Preg.;- Dentro de mundo moderado usted alguna vez lo detuvo antes , lo encontró lo vio en actitud sospechosa o fue la primera vez que lo conocía;- Resp.;- Por versión de los ciudadanos ya que ellos en todo momento colaboraron, hubo mucha colaboración de la ciudadanía por esa parte en el sector ya que también ayudaron demasiado a acorralar la vivienda porque los familiares se resistían a la detención del ciudadano, la señora madre recuerdo, más familiares dentro de la vivienda pero la ciudadanía mismo ayudó en todo momento estaban comunicándose con el 101 ya que ellos también vieron donde se metió ya que yo fui uno de los primeros miembros policiales que llego al sitio y mi otro compañero y como la señora seguía insistiendo al 101 que en tal lugar, en tal lugar estaba, la Policía Nacional, no optó en minutos en ya acorralar la vivienda;- Preg.;- La señora a cual señora se refiere usted;- Resp.;- Una señora, no le puedo decir el nombre ya que me imagino es un nombre protegida, a los compañeros de la central de Radio Patrulla en todo momento comunicaban a los compañeros que en tal lugar estaba, ya que los compañeros no conocían en qué lugar exactamente yo estaba, ya que el Salto no da mucho por conocer los lugares por ejemplo allá "Las Balsas", “Las Garzas”, los otros compañeros como trabajan en el centro no conocen incluso la ciudadanía algunos fueron en motos y le dijeron vengan, vengan compañeros acá se encuentran sus otros compañeros;- Preg.;- Pero en todo caso finalmente usted no le encontró ninguna arma al hoy detenido;- Resp.;- No (...)" b) Testimonio de Policía Nacional JULIO ARCENIO CASTILLO GALLO, quien testimonió: "Ese día se le procedió a la detención del ciudadano de nombres Lema Fernández, por delito de robo agravado, porque en las calles 10 de Agosto y Pedro Carbo, había asaltado a mano armada dos individuos a un comercial "Tablet", los mismos que habían hecho el robo en el local comercial de Tablet, luego para darse a la fuga pasando el puente Barreiro, después emprendimos la persecución ya que pasaban en una motocicleta color azul dos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

individuos, los cuáles fueron interceptados a la altura de la ciudadela "Las Garzas" de "El Salto";- Preg.;- Cual fue su participación en la detención del acusado;- Resp;-Mi participación fue colaborar en la persecución de los dos individuos hasta poder neutralizar al hoy detenido que se encuentra aquí presente;- Preg.;- Usted iba en la persecución;- Resp.;- Si;- Preg.;- Hasta donde le persiguieron;- Resp;- Hasta cuando ya le cerramos en el domicilio donde le cogimos con los artefactos robados en el sector " Las Garzas ";- Preg;-Usted ingreso también al domicilio;- Resp;- Si;- Preg;- Y que evidencias encontraron ahí;- Resp;- Una Tablet, una computadora y un teléfono BlackBerry ;- Preg;- Con la venia del señor Presidente, que el señal Cabo Castillo, reconozca a la persona que ,_le encontraron las evidencias;- Resp;- Si el señor (se pone de pie y señala al acusado y describe su vestimenta);-(El señor Fiscal solicita al tribunal, se tenga como prueba el testimonio del señor Cabo Julio Castillo Gallo);- El señor Ab. de la defensa, Preg;-Si es que acaso el hoy detenido no presentó ninguna resistencia al momento que ustedes lo capturaron;- Resp;-Si presentó resistencia porque no quería salir de su localidad ya que se encontraba con el delito en su domicilio;- Preg;- Esa resistencia fue con alguna arma o fue sencillamente con una defensa normal como todo ser humano;- Resp;- La defensa normal porque ya se encontraba con el delito no quería salir de su domicilio, por parte de los familiares no dejaban sacarlo·- Prea·-Ya pero en todo caso ustedes no le encontraron ninguna arma al hoy detenido. Resp; -No. C) Testimonio de Policía Nacional LUIS ANIBAL CRIOLLO SOLÓRZANO,-quien declaró: "Es el caso señores Jueces, que el día 23 de junio del presente año, cuándo nos encontrábamos de servicio por lo que es el centro de la ciudad de Babahoyo, se pudo escuchar unos reportajes de la Radio Central de Babahoyo, donde transmitían sobre un asalto y robo a mano armada esto es en las calles 10 de Agosto y Pedro Carbo, en el local comercial "Digite Tablet", entonces inmediatamente tomamos contacto con la persona perjudicada la señora Dalila Vaca quien nos proporcionó una investigación, es decir con que vestimentas andaban, cuantos individuos eran y emprendimos la persecución, inmediatamente la Central de Radio Patrulla nos informó que dichos individuos que había asaltado en el local comercial se estaban dándose a la fuga por el puente "El Salto", esto es también estaba siendo visualizado por las cámaras de ojo de águila, monitoreado por el compañero de la central Cbos. Elkin Vera, que los individuos se estaban dando a la fuga por el puente "El Salto", se encontraba el compañero Cabos. Vega, quien intentó parar la marcha de la motocicleta por varias ocasiones los mismos que hicieron caso omiso, se unieron varios compañeros motorizados, los patrulleros para la persecución de estos dos individuos, perdiéndose en el sector "Las Garzas", creo que es por la primera peatonal, entonces también hubo la colaboración de la ciudadanía en todo momento que estaban llamando al 101, quien nos proporcionaba la información que por donde iban, donde se escondieron, donde estaba la motocicleta que estaba dándose a la fuga y cuantos individuos eran, entonces nosotros pudimos observar que en un solar en el patio de una casa habían dejado abandonada la motocicleta tapada con una hoja de zinc y es decir yo personalmente le encontré la motocicleta y procedí a llevarle al Comando de Policía, posterior aquello los compañeros que se encontraban en el procedimiento recibieron otra llamada que el individuo se había ingresado a un domicilio una casa de caña y los compañeros allanaron por tratarse de un delito flagrante y efectivamente capturaron al hoy detenido en el interior del domicilio, ya los compañeros encontraron las evidencias lo que es una laptop, una Tablet y un celular marca Blackberry, posterior a eso fueron trasladados hasta el Comando y la señora perjudicada, la señora Dalila Vaca, reconoció plenamente al individuo que se encuentra aquí en esta audiencia, como uno de los causantes del delito y por versiones del hoy detenido mismo nos supo indicar que las armas que portaban en ese momento las cargaba el acompañante, un tal (a) "Perro Muerto", tal como consta en el Parte Policial;- Preg;-Señor Presidente, con su venia para que el cabo Criollo, identifique a la persona que detuvieron ese día con las evidencias; Resp;-Si el señor que está ahí (se pone de pie procede a identificar al acusado y describe su vestimenta actual);-(El señor Fiscal, solicita que se tenga como prueba el testimonio del Cabo Luis Criollo Solórzano);- El señor Ab. de la defensa, Preg;-El hoy detenido presento alguna resistencia a la captura policial;- Resp;- Bueno al interior del domicilio el señor en todo momento opuso resistencia, incluido los familiares que se encontraban en ese domicilio interferían la labor policial;-. Preg;- Concretamente el hoy detenido que hizo en ese momento señor, de la captura;- Resp;- Se opuso a la captura indicando que él no tenía nada que ver que las, armas lo cargaba el

otro individuo con el (a) "Perro Muerto";- Preg;- Pero esa oposición no fue acompañaba de ningún tipo de arma, verdad;-Resp;- No;- Preg;- Y hablando de armas, al registrarlo al hoy detenido le encontró alguna arma señor preguntado;- Resp;- No se encontró ningún tipo de arma(…) D) Testimonio de Cbos. de Policía Nacional DIEGO FERNANDO VILEMA VARGAS, quien afirmó: "En las calles 10 de Agosto y Pedro Carbo, nos reportó por la central de Radio Patrulla, que dos individuos en una motocicleta ingresaron al local "Digital Tablet", por lo cuales se había llevado una Tablet y una laptop, por la cual procedimos a la persecución por toda la ciudad y mediante las cámaras de la Policía Nacional, los ojos de Águila, había estado cruzando el puente peatonal, lo que es para "El Salto", y el compañero que estaba en el otro la do del puente le llaman la atención alto policía y ellos no hacen caso y se dan a la fuga, entonces nosotros cruzamos el puente vamos en la persecución, luego de la persecución en la ciudadela "Las Garzas", el individuo en precipitada carrera ingresa a un domicilio a una casa de caña el cual procedimos a ingresar encontrando en su poder la Tablet, la Laptop y un celular BlackBerry, lo cual procedimos a realizar su detención ya que fue un delito flagrante, así mismo se resistió el ciudadano estando todos los familiares la gente y no dejaban sacar al ciudadano para lo cual con la ayuda de los compañeros logramos sacar al ciudadano llevándolo hasta la prevención de la policía y ahí se le leen todos sus derechos;- Preg;- Señor Presidente con su venia para que el Cabo Vilema, reconozca a la persona que detuvieron: ese día con las evidencias;- Resp;- Si es el señor (se pone de pie y señala al acusado y describe la vestimenta que porta al momento);- (El señor Fiscal, solita al tribunal, que se tenga como prueba el testimonio del Cabo Diego Vilema);-El señor Ab. de la defensa, Preg;-En el trayecto de la persecución el hoy detenido, el compañero de él, según sus afirmaciones hicieron uso de armas de fuego, repelieron algún ataque policial;- Resp;- No;- Preg;- Al momento que lo capturó no le encontró ningún arma de fuego al hoy detenido tampoco, verdad;- Resp;-No solo la Tablet, la Laptop y el celular BlackBerry;- Preg;- Como también no presento resistencia al momento que ustedes ya lo capturaron;- Resp;- No (...)**"SÉPTIMO.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO:** El art. 550 del Código Penal, indica: "El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad". Por su parte el numerales 2 del art. 552 *ibídem* indican que el máximo de la pena se aplicará al responsable si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 2. Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en o pandilla, o en caminos o vías públicas. De la descripción del tipo penal invocado, podemos obtener los siguientes elementos objetivos. 1) sustracción de una cosa ajena. 2) ánimo de apropiación 3) violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas. Por su parte, el citado injusto penal goza de un elemento subjetivo en particular, este es: La fraudulencia. Ahora bien, los elementos detallados en el art. 552 *ibídem*, han sido definidos por la ley y la doctrina como "robo calificado", en razón de las circunstancias que agravan el hecho delictivo; en el caso que nos ocupa, el uso de un arma y el ser cometido en pandilla. Debemos resaltar, que el verbo rector de este tipo penal, consiste en la sustracción, no en vano el Dr. Efraín Torres Chávez, en su obra "Breves Comentarios al Código Penal" dice: "El núcleo del robo, está dado por el verbo sustrajere. La forma del ilícito tiene que ser, necesariamente, por violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas" **OCTAVO.- ADECUACIÓN Y ANTIJURICIDAD:** El delito, desde su concepción clásica, técnica o casualista, con Franz Liszt y Ernst Von Beling a la cabeza, se consideró como un acto, tipifico, antijurídico y culpable, la misión de un Tribunal de Garantías Penales, previo a la exponer su decisión, es verificar el cumplimiento de cada una de las partes de dicha teoría, es decir, la existencia de un comportamiento humano, un nexo causal físico y un resultado; así como también la verificación de que el delito invocado, esto es el art. 550 y 552 del Código Penal, encaje milimétricamente en los supuestos de hecho invocados por parte del señor representante de la sociedad; utilizando las palabras de Jiménez de Asua, el acto debe de encajar como "el marco a la puerta o el tornillo a la tuerca", todo esto a más de la ausencia de causas de justificación que puedan actuar como elementos de destrucción de la antijuridicidad, para finalmente poder juzgar la conducta del acusado ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ, por lo cual, este Tribunal analizando la prueba practicada en esta audiencia, aprecia que: El 23 de junio del presente

año, aproximadamente en las calles 10 de Agosto y Pedro Carbo de esta ciudad, el hoy acusado Alex Raúl Lema Fernández, en compañía de otro sujeto alias "perro muerto", bajo amenazas, sustrajo computadora laptop, una Tablet y un teléfono celular BlackBerry, del local comercial "Digital Tablet" ante lo cual, los Agentes Policiales por la Central de Gestión de Monitoreo iniciaron la persecución y al ser localizado el acusado Alex Raúl Lema Fernández, con el otro sujeto hicieron caso omiso a la voz de alto policía y se dieron a la fuga por la calle peatonal 1, virando por la calle peatonal 6 C y en la calle 3ra del sector "Las Garzas", dejaron la motocicleta color negra abandonada en el patio de una casa y sobre la moto habían colocado una hoja de zinc, ingresando el acusado en una casa de caña intentando cambiarse de ropa, encontrándole en su poder una laptop color negro, una Tablet color negro con filos gris y en el bolsillo derecho de su pantalón un teléfono BlackBerry, pertenencias de la ofendida Daniela Mariella Vaca, con lo cual se evidencia la inexistencia de causas de justificación que puedan actuar como eximentes de la antijuridicidad, con lo que se comprueba que la conducta del acusado es contraria al ordenamiento jurídico presente (antijuricidad formal) y determinándose su plena voluntad de concretar el tipo y su conciencia de antijuricidad. Cabe acotar que de las evidencias, no se aprecia la existencia de las armas respectivas, y con lo cual, no se configura el elemento constitutivo del numeral 2 del art. 552"' del Código Penal. **NOVENO.- ARGUMENTOS DEL ACUSADO:** El acusado ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ, niega la acusación fiscal, y para ello, presenta los testigos: BLANCA MARIANA AGUIRRE TOMALÁ, FERNANDO FELIZ AVILÉS VILLLEGAS, LILIA ANGÉLICA ACOSTA BUSTAMANTE, y con relación a estos argumentos, el Tribunal considera lo siguiente: 1) Los testigos presentados por el acusado, no aportan nada con relación al día en que sucedieron los hechos, limitándose únicamente a decir que conocen al acusado. 2) El art. 86 del Código de Procedimiento Penal, textualmente indica: "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" 3) Por las consideraciones expuestas, en virtud de explicación anunciada, el Tribunal considera que los elementos probatorios aportados por el acusado JOSÉ BENIGNO CABRERA FINCAY no desvirtúan los elementos probatorios aportados por la fiscalía. **DÉCIMO.-** De lo actuado en el juicio de reproche, existen las agravantes descritas en el numeral 1 del art. 30 del Código Penal, razón por la cual no se puede considerar atenuantes para la modificación de la pena, según reza el art. 72 ídem. **DÉCIMO PRIMERO.- SENTENCIA CONDENATORIA:** Luego de analizar al tenor de la sana crítica las exposiciones hechas las partes procesales en la Audiencia de juzgamiento, sujetándonos a los principios de independencia y de imparcialidad, consagrados en los arts. 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ateniéndonos a la sana crítica, ajustados a la conciencia, con mente sana y normal en la valoración de las pruebas incorporadas al juicio, el Tribunal de Garantías penales arriba a la certeza de que el acusado ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ tiene participación en el delito de ROBO, injusto penal tipificado en el art. 550, 551 y consecuentemente **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara la culpabilidad del acusado, ALEX RAÚL LEMA FERNÁNDEZ, con cedula de ciudadanía XX, comerciante como AUTOR del delito de robo, injusto-penal tipificado en el art. 550, 551 del Código Penal, y se le impone la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN, la misma que deberá cumplir en el Centro de Privación de libertad de personas Adultas en Quevedo, a la que se les deberá descontar todo el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta causa.- Se condena al sentenciado· al pago de daños y perjuicios.- En el presente caso no existe indebida actuación de parte del Fiscal actuante ni del Defensor del procesado. Ejecutoriada esta sentencia se declara al sentenciado en Interdicción Política, de conformidad a lo determinado en el art. 64.2 de la Carta Magna, ordenándose su interdicción mientras dure la condena impuesta por este Tribunal, en concordancia con lo estatuido en el art. 60 del Código Penal, y, se le suspenden los derechos de ciudadanía, por todo el tiempo que dure la condena.- Ejecutoriada esta sentencia, ofíciese al Centro de Privación de la libertad del cantón Quevedo, a fin de que conozcan la decisión tomada, así como también al Consejo Nacional Electoral para los fines antes descritos. La norma sancionadora es el art. 550 del Código Penal: El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa

ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad. art. 551.- El robo será reprimido con prisión de uno a cinco años y con reclusión menor de tres a seis años en los casos en que se perpetre con violencia contra las personas, tomando en consideración el valor de las cosas robadas.-art. 552 ídem: El máximo de la pena establecida en el artículo anterior, se aplicará al responsable si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Si las violencias han producido heridas que no dejen lesión permanente; 2.- Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas; 3.- Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cercado, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias in mediatas; y, 4.- Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de los números 2., 3. y 4. del art. 549. Cuando concurran dos o más de las circunstancias a que se refiere este artículo, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años. Si las violencias han ocasionado una lesión permanente de las detalladas en los arts. 466 y 467, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años. Si las violencias han causado la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. Art. 30 Código Penal- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes: **1.-** Ejecutar la infracción con alevosía, traición, insidias o sobre seguro; o por precio, recompensa o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; o haberse cometido éste como medio de cometer otro; o perpetrar el acto prevaliéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta **2.-** Aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia pública o particular, para ejecutar la infracción; **3.-** Llevarla a cabo con auxilio de gente armada, o de personas que aseguren la impunidad; o tornando falsamente el título, las insignias o el nombre de la autoridad; o mediante orden falsa de ésta; o con desprecio u ofensa de los depositarios del poder público; o en el lugar mismo en que se hallen ejerciendo sus funciones; o donde se celebre una ceremonia religiosa de cualquier culto permitido o tolerado en la República; **4.-** Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia; **5.-** Estar el autor perseguido o prófugo por un delito anterior; haber aumentado o procurado aumentar las consecuencias dañosas de la infracción; cometer el acto contra un agente consular o diplomático extranjero; y, en los delitos contra la propiedad, causar un daño de relevante gravedad, en consideración a las condiciones del ofendido; **6.-** (Agregado por el art. 3 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005). Ejecutar la infracción por motivos de discriminación; referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen socia, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad -o diferencia de cualquier otra índole. Art. 64 de la Constitución de la República del Ecuador "El goce de los derechos políticos se suspenderá por las razones siguientes: 2. Sentencia que condene a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista, salvo el caso de contravención". **DÉCIMO SEGUNDO.-** Incorpórese el escrito presentado por el acusado, y en lo principal se dispone, oficiar al señor Fiscal de la causa, a fin de que dentro de sus funciones y atribuciones, analice y de ser pertinente conceda lo peticionado. **Léase y notifíquese.-**

f) Ab. Esp. Jhovany González Valero, Presidente; Abg. Esp. Miguel Constain Vásquez, Juez; Ab. César Vaca Baquedano, Juez Temporal.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SEGUNDA INSTANCIA

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RIOS CON SEDE EN EL CANTÓN BABAHOYO. Babahoyo, lunes 27 de enero del 2014, las 12h50. **VISTOS:** En mérito a la razón que antecede, avocamos conocimiento de la presente causa que subió en grado en virtud del recurso de nulidad y apelación interpuesto por el Alex Raúl Lema Fernández, de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Penales de Babahoyo, el día 2 de Diciembre del 2013, a las 13H45, en el Juicio nro. 2013-0-105, ese sigue por el delito de Robo. Siendo el estado de la causa el de para haced (sic) se considera: **PRIMERO.- COMPETENCIA:** La Sala es competente conocer el recurso interpuesto, en virtud del sorteo de Ley, así como por lo establecido art. 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** En la sentencia de la instancia se han observado los procedimientos establecidos en la Ley para casos; no se observa omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la de la causa, por lo que se confía su validez. **TERCERO.-** Para la sustanciación de nulidad y apelación, la Sala convocó a la Audiencia Pública, Oral y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 335 y 345 del Código de lo Penal, la que se efectuó el día 20 de Enero del 2014, a las 10H30, en la que la palabra al recurrente, a efecto de que exponga oralmente sus pretensiones, lo hizo, a través de su abogado defensor Arturo Alvarado L. en representación del señor Alex Raúl Lema Fernández, quien manifestó entre otras cosas: "...la noticia , dice que el 23 de junio del 2013, aproximadamente en las calles 10 de Agosto y Carbo, de esta ciudad, el hoy acusado, Alex Raúl Lema Fernández, en compañía de sujeto, alias "Perro muerto", bajo amenazas sustrajo, computadoras Laptop, una Tablet y un teléfono celular Blackberry, del local comercial digital Tablet, ante lo cual los agentes policiales por la central de gestión de monitoreo, iniciaron la persecución y al ser localizado el acusado Alex Raúl Lema Fernández con el otro sujeto, hicieron caso omiso a voz de alto, y se dieron a la fuga por la calle peatonal una, virando por la calle peatonal 6 en la calle 3, del sector las garzas, dejaron la motocicleta abandonada en el patio de una casa y sobre la moto habían colocado una hoja de zinc, ingresando el acusado, a una casa caña, intentando cambiarse de ropa, encontrándole en su poder una Laptop color negro, una tablet color negro con filos gris, y en el bolsillo derecho de su pantalón un teléfono BlackBerry, perteneciente de la ofendida, Daniela Mariela Vaca, con lo cual se evidencia de causa de justificación..." "...nosotros hemos presentado el recurso de nulidad de la sentencia porque incide directamente, repercute negativamente en contra de los derechos personal y constitucionales de mi defendido de conformidad con el artículo 330, numeral 3, la Ley Sustantiva Penal, porque presentamos el recurso de nulidad de la sentencia, porque el Tribunal Penal en referencia, dice en el punto noveno; argumentos del acusado; el acusado Alex Raúl Lema Fernández niega la acusación Fiscal, y para ello presenta dos testigos, Blanca Mariana Aguirre Tómala, Fernando Avilés Villegas, Mirlan Acosta Bustamante y con relación a estos argumentos, el Tribunal considera lo siguiente: los testigos presentados por el acusado, no aportan nada con relación al día que sucedieron los hechos, limitándose solo a decir que conocen al acusado, el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, textualmente dice que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana critica, ninguna de las normas de este Código se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo; por las consideraciones expuestas, el Tribunal considera que los elementos probatorio aportados por el acusado José Benigno Cabrera Pincay, no desvirtúan los elementos probatorios aportados por la Fiscalía, aquí me detengo porque la razón de ser es la esencia por la cual hemos presentado el recurso de nulidad de dicho fallo ... " " ... si se está juzgando al ciudadano de 18 años Alex Raúl Lema Fernández , porque se habla de que el Tribunal considera que los elementos aportados por el acusado Benigno Cabrera Pincay..." "...es persona que ni siquiera conocemos, que nada tiene que ver es inaudito y se escribe dentro de los parámetros para Ripley de que se nos confunda con otra persona que ni siquiera conocemos, que nada tiene que ver con la investigación procesar ni en el juicio...": " Se le concede la palabra al señor Fiscal interviniente, quien manifiesta entre otras cosas: ...de lo manifestado por el señor de la defensa no ha sabido manifestar en esta audiencia cual es el trámite que se ha violentado dentro de la investigación en este proceso Penal, por lo cual no ha sabido fundamentar, no lo ha hecho y lo único que se puede y ha sabido manifestar que ha habido en la sentencia un lapsus en la parte

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

valorativa de la prueba en lo que tiene que ver el acusado pero es muy claro, señor Presidente, la ley el legislador muy sabio lo dejó plasmado en el artículo 169 de la Constitución, que dice que el sistema procesa en un medio para la realización de la justicia y no se sacrificará por la omisión de meras solemnidades, es un pequeño lapsus que se hizo en cuanto al nombre del acusado y esto no enerva la disposición que dictó el Tribunal Penal:" se le concede la palabra al abogado defensor del procesado quien expuso:"... la parte final del artículo 169 de la Constitución, en tanto en cuanto no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, pero la pregunta es de que acaso se puede hablar de formalidades, si estamos precisamente dentro de los parámetros de los derechos constitucionales, el derecho a la libertad es un derecho preferente de orden prioritario, luego del derecho a la vida, si se nos sanciona por el antijurídico que investigó la Fiscalía, tendrá que respetarse por parte de la Fiscalía y de todos los operadores de justicia, los derechos constitucionales..." "...no se trata de una formalidad, se trata de una situación de orden sustancial, tan importante, porque se trata de la libertad de un ciudadano...". **CUARTO.-** La Sala, una vez realizada la argumentación correspondiente; para resolver el recurso de nulidad interpuesto, hace las consideraciones siguientes: Que el Código de Procedimiento Penal es claro, y determina las causas por las que se debe declarar la nulidad de un proceso según lo que está señalado en el art. 330. Al respecto, las solemnidades sustanciales descritas son conocidas como presupuestos procesales, a saber, los requisitos mínimos para que pueda constituirse una relación procesal válida así mismo, de acuerdo con el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, pudiera declararse la nulidad por violación de trámite correspondiente a la naturaleza de la causa, siempre que esa violación pudiera afectar a la resolución de la causa (principio de transcendencia). En la especie el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, es taxativo respecto de cuáles son cuales son las causales de nulidad que deben ser establecidas y sustentadas por el recurrente, en forma puntual y especifica. De la lectura del artículo citado no corresponde entrar a analizar la primera porque el Tribunal de Garantías Penales, actuó con competencia, en cuanto a la tercera causa del mencionado artículo, lo alegado por el recurrente de que se ha violado el trámite previsto en la ley por haberse el Tribunal de Garantías Penales en la parte valorativa de la prueba, equivoca o el nombre del procesado, la Sala no considera como una omisión de solemnidad sustancial que haya incidido en la decisión de la causa, toda vez que aquella equivocación mencionada, de manera alguna afecta al proceso, más aún que en la Constitución se establece que no se sacrificará la justicia por la omisión de solemnidades, y en este caso lo alegado no contraviene a la norma Jurídica, por lo tanto se deniega el recurso de nulidad, interpuesto por el recurrente, declarándose la validez del proceso. **QUINTO.-** para resolver el recurso de Apelación subido en grado, la Sala hace las consideraciones: El acusado, Alex Raúl Lema Fernández, hizo fundamentación recurso interpuesto a través de su Abogado Patrocinador, Carlos Alvarado Latorraca, quien expuso entre otras cosas , lo siguiente : "...se me condena por haber adecuado mi conducta en los artículos 550 y 551 , del Código Penal , a cuatro años de prisión, pero sin en cuenta, por valorarlos, el certificado de conducta excelente en el Centro de privación de libertad de Personas adultas en conflicto con la ley, y mis antecedentes ´penales limpios, otorgados por los tribunales Penales y juzgados Penales de Los Ríos, y lo que dentro de la prueba los presente, dentro de la etapa del Juicio, que me daban derecho pedir la aplicación de la modificación de la pena..." "...se irrespeto la proporcionalidad habla nuestra ley madre llamada Constitución, atento al artículo 424, en concordancia artículo 11, numeral 9, que garantiza que el más alto deber del estado, consiste en y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución..." Se le concede la palabra al señor Fiscal interviniente, indicando entre otras cosas: "...la defensa, dentro de esta audiencia, lo que está reclamando es la modificación de la pena, lo cual nos da a que taxativamente está de acuerdo, reconociendo el cometimiento del delito que se está investigando..." "...el Tribunal no modifica la pena, por cuanto el certificado de conducta, el artículo 29, dice conducta ejemplar, por eso quizá no le concedió esa atenuante y no presento el certificado de todos los juzgados, faltó el certificado de segundo Tribunal de Garantías Penales...". Se le concede la palabra, al Abogado Alvarado, quien expone: "...la proporcionalidad que habla la Constitución, se la violó porque se nos está candidatizando a una sanción que de conformidad con la etapa del juicio se adecúa nuestra conducta dentro de los parámetros del artículo 550 del Código Penal, y se nos quiere sancionar con la pena del 551 , que establece de 1 a 5 años de prisión...2 "...consideramos señores jueces, que tiene que respetarse, lo que dice nuestras leyes en su artículo 72, del Código

Penal, en tanto y cuanto, se considere las atenuantes que habla el artículo 30 de la ley sustantiva Penal..." "...la tercera atenuante la constituye la presencia física y procesal, de los tres testigos, que en la audiencia Pública de Juzgamiento, manifestaron que ese joven de 18 años era trabajador..." "...son circunstancias atenuantes, bien lo dice el artículo 72, cuando haya dos o más atenuantes, no es facultad, es obligación, es imperativo modificar la pena..."**SEXTO.-** la Sala hace las siguientes consideraciones de las pruebas practicadas y que constan de la sentencia: 1)Testimonio de Luis Rigoberto Aguiar Gaibor, Perito de;-criminalística, quien realizo el reconocimiento del lugar de los hechos, en las calles 10 de Agosto entre 27 de Mayo y Pedro Carbo donde queda el local comercial denominado "Digital Tablet'', así como el reconocimiento de las evidencias físicas constantes en el parte de detención y documentos de las evidencias que fueron sustraídas; Testimonio del Policía Nacional Jacinto Nepalí Vega Ramírez, quien realizó las detenciones de los procesados, testimonios de los señores Policías Nacionales Julio Arsenio Castillo Gallo, Aníbal Criollo Solórzano, Diego Fernando Vilema Vargas quienes también participaron en la detención de los procesados. **SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** La Constitución de la República del Ecuador, y los instrumentos internacionales de derechos humanos, consagran la institución del Debido Proceso, y la tutela efectiva, la misma que debe precautelarse en todo el proceso, en el que se decidan sobre. Derechos de las personas, entre los que se encuentran, el derecho a conocer de los cargos que se imputan, a contar con un abogado de su elección, a intervenir en todo el proceso, e inclusive desde la etapa pre procesal para defenderse; sin embargo que, todo encausado está tutelado por el principio de inocencia descrito en el numeral 2 de la art 76 de la Constitución de la República del Ecuador artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y arts. 5.1 del Código, Procedimiento Penal; condición de inocencia que subsiste mientras no haya una sentencia condenatoria en firme que decida lo contrario. Del análisis de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, se observa que la materialidad de la infracción se encuentra comprobada, así como la responsabilidad del procesado en el delito investigado. En atención a lo previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217-A, del 10 de Diciembre de 1948, que en su artículo 10 dispone: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente, competente e imparcial; en casi iguales condiciones, se pronuncia la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la novena conferencia internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, que en su artículo XXVI establece las condiciones de igualdad e imparcialidad en los siguientes términos: "...Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre existentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas...". El tipo penal por el cual se sanciona al ciudadano Alex Raúl Lema Fernández prevé una pena de UNO A CINCO AÑOS de Prisión; y al haber el Tribunal *a quo* impuesto la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, objetivamente representa la potestad jurisdiccional, en atención al principio *pro hómine* previsto en el art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala lo siguiente: "...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...". Por estas consideraciones, esta Primera Sala de lo Penal y de Tránsito 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,** niega el recurso de apelación interpuesto por Alex Raúl Lema Fernández. Ejecutoriada la sentencia, envíese el proceso al Tribunal de origen, para los fines pertinentes de ley. En cuanto a la manifestación oral efectuada en la audiencia por el recurrente de solicitar revocatoria de la decisión que este Tribunal indico y que se está fundamentando en legal y debida forma, una vez notificado este pronunciamiento, las partes procesales pueden ejercer los derechos que le correspondan bajo los lineamientos procesales establecidos en la norma respectiva. **Cúmplase y notifíquese.**

f) Dr. Carlos González Abad, Juez; Dr. Ramos Lino Tumbaco, Juez; Dr. Horacio Vásconez Bustamante, Juez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ACLARACIÓN

Juicio nro. 2014-0021

Juez Ponente: Dr. Carlos González Abad

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS. SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOS RÍOS CON SEDE EN EL CANTÓN BABAHOYO. Babahoyo, lunes 17 de marzo del 2014, las 09h46.

VISTOS: En calidad de Jueces Provinciales, corresponde pronunciarnos sobre la petición de ampliación que respecto de la resolución de fecha 27 de enero del 2014, las 12H50, que emitió esta Sala, ha presentado Alex Raúl Lema Fernández- Ante lo contentivo del proceso, consideramos: **PRIMERO.-** Habiéndose cumplido lo dispuesto en el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, normativa supletoria del Código de Procedimiento Penal, en cuanto se ha mandado oír previamente a las otras partes procesales y que al respecto dicho artículo procesal civil señala textualmente "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..." este Tribunal considera: a) Que la sentencia pronunciada el 27 de enero del 2014, a las 12H50, amerita aclaración en el sentido manifestado por el procesado en mención, toda vez que el pronunciamiento del Agente Fiscal interviniente de la audiencia de recursos es justamente aquello, la exposición de su concepto sobre lo actuado y precisamente, cuando ha señalado que deja a criterio de la Sala, esta Sala en su criterio ha considerado no acoger los recursos interpuestos sustentada en el análisis que consta de la sentencia singularizada; además, el citar elementos doctrinarios que provienen de estudios jurídicos penales no constituye en forma alguna interpretación extensiva de la norma penal ni se ha afectado tampoco el principio *In dubio pro reo;* la valoración probatoria está sustentada dentro de la manifestación de la Sala y la condena impuesta es la que contempla la norma sustantiva penal para quienes incurrieren en la conducta juzgada en el grado atribuido; los testimonios rendidos en la audiencia de juicio de Mariana Aguirre Tomalá, Fernando Avilés Villegas y Mirian Acosta Bustamante, vecinos del sector, indicando que el procesado ha tenido una conducta excelente son subjetivos y obviamente existe un interés en testificar a favor del procesado ya que existe una relación efectiva entre ellos, además los Tribunales de Garantías Penales tienen la facultad de decidir respecto del mérito otorgado a la prueba testimonial basándose en la "Libre convicción razonada", producto del análisis efectivo y ponderado de las pruebas, por lo que dichos testimonios no se pueden considerar como atenuantes para aplicar la modificación de las penas. En cuanto a la certificación del Tribunal Segundo de Garantías Penales que adjunta al escrito de aclaración, esta ha sido presentada de forma extemporánea y la normativa sustantiva penal es clara en los requisitos legales a considerarse para la aplicación de la modificación de penas; por lo tanto estimamos que la resolución del Tribunal de Alzada no adolece de oscuridad; la oscuridad define la Real Academia Española de la Lengua como "Falta de luz y conocimiento en el alma o en las potencias intelectuales" o también "Falta de claridad en lo escrito o hablado", y de la sola lectura de la referida sentencia se verifica que la misma es clara en su relación y significado, siendo su redacción atinente en cuanto a la causa de la cual corresponde; b) Que la sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 2013, a las 14h22, pese a constar en su redacción la parte resolutiva y las disposiciones legales aplicadas, que no significa que deban ser una enunciación continua como al parecer se entiende por el solicitante, se amplía para su mejor entendimiento: se resolvió textualmente "... no aceptar los recursos interpuestos y confirmar la condena impuesta a los procesados por el Tribunal de origen..." y las disposiciones legales que constan en dicho pronunciamiento se singularizan de la siguiente forma, a saber, Resolución No. 0 12-2012, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición; Resolución No. 106-2013, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura; art. 208 cardinal 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (que consta manifestado desde que este Tribunal avocó conocimiento de los recursos interpuestos y que fue oportunamente notificado); art. 336, art. 335 y art. 345 del Código de Procedimiento Penal (que constan manifestados desde que este Tribunal avocó conocimiento de los recursos

interpuestos y que fue oportunamente notificado) ; art. 330 del Código de Procedimiento Penal (Recurso de Nulidad); art. 345 del Código de Procedimiento Penal (Recurso de Apelación); arts. 42, 43 y 44 del Código Penal (Definición de autores, cómplices y encubridores, respectivamente). De esta manera fundamentada se atiende la solicitud de aclaración y ampliación presentada.- Continúese con lo dispuesto, esto es, el trámite procesal y legal correspondiente de la causa.- **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Carlos González Abad, Juez; Dr. Ramos Lino Tumbaco, Juez; Dr. Horacio Vásconez Bustamante, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 645-2014

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 08 de septiembre de 2015, a las 10h00.

VISTOS: El 08 de agosto de 2013, las 08h35, el Juez Primero de Garantías Penales de Los Ríos, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Alex Raúl Lema Fernández, por presumirlo autor del delito tipificado en el artículo 550 del Código Penal y sancionado en el artículo 551 *ibídem*, con la circunstancia prevista en el artículo 552.2 del cuerpo de leyes citado; por lo que, confirmó la prisión preventiva y ordenó la prohibición de enajenar sus bienes.

El 02 de diciembre de 2013, las 13h45, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Babahoyo, declaró al acusado Alex Raúl Lema Fernández, autor del delito de robo, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 551, del cuerpo de leyes citado *ut supra*, imponiéndole la pena de cuatro años de prisión correccional; fallo del cual, el sentenciado interpuso recursos de nulidad y apelación.

El 27 de enero de 2014, las 12h50, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, mediante sentencia, negó los recursos interpuestos y en consecuencia ratificó la sentencia subida en grado; resolución de la cual, el procesado Alex Raúl Lema Fernández, presentó recurso de casación, mismo que recayó para su conocimiento en este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.-

COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173; y, por la Resolución Nro. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas Especializadas; la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, como Juez Nacional Ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; señor doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional; y, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.

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 causa, por lo que se declara su validez; toda vez que ha sido tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

La defensa técnica del recurrente, en síntesis manifestó:

Que se ha vulnerado la ley por cuanto no se ha tomado en consideración las normas contenidas en los artículos 72 y 73 del Código Penal, 76.1 y 76.6 de Juicio Nro. 645-2014 la Constitución de la República d e l Ecuador en concordancia con los artículos "27.1, 225 del Código de Procedimiento Penal y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial" (Sic.), y que en la sentencia de primera instancia, en el considerando noveno se ha señalado que el hoy recurrente no ha aportado prueba y

que se ha cambiado su identidad; por lo que, todo aquello ha desembocado en una sentencia inclemente en contra de los derechos constitucionales y legales.

Contestación al recurso por parte de la delegada del señor Fiscal General del Estado, quien manifestó:

Que el recurso de casación es extraordinario, formal y taxativo, que tiene su procedencia cuando en la sentencia se haya vulnerado la ley, por una de las tres causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Que el recurrente ha sustentado su recurso señalando que la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Babahoyo, lo ha condenado a cuatro años de prisión, pena que fue ratificada por la Sala de Apelación lo cual determinaría la doble conforme. Que las argumentaciones para justificar el recurso de casación son las mismas que planteó el recurrente como sustento de su recurso de nulidad y apelación, y que en cuanto al error de identidad la Sala de Alzada ya lo resolvió, en virtud de que se cometió un error al tipiar el nombre y apellido, lo que no influyó en la decisión de la causa. Que el impugnante no determinó que atenuantes debe aplicarse, limitándose a señalar que no se ha tomado en cuenta los artículos 72 y 73 del Código Penal. Que al recurrente se le ha impuesto una pena enmarcada dentro del rango permitido (1 a 5 años de prisión), lo cual no vulnera el principio de proporcionalidad; y, "que el artículo 27 del Código Penal ha sido derogado" (Sic.). En virtud de lo indicado, solicitó se rechace el recurso por falta de fundamentación.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

El recurso de casación:

En nuestra legislación el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, señala determinantemente las causales por las que procede el recurso de casación cuando 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 ésta, expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección; y, el último inciso de la norma citada, determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Juez de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, pues sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley, y si se ha aplicado el correcto uso de las reglas de la sana crítica para valorar la prueba actuada.

De esa forma, cabe puntualizar que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirmó Orlando Rodríguez, *"La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"*[1], con lo cual concuerda Gilberto Martínez Rave y agrega que el recurso extraordinario de casación *"es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias.* Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica"[2]

Por otro lado, la Corte Constitucional al analizar el recurso de casación en materia penal, determinó que "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"[3]

[1] Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p.67.
[2] MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457.
[3] Sentencia No. 001-13SEP-CC, dictada el 6 de febrero de 2013. Caso No. 1647-11-EP.

En otro contexto, los efectos privativos de la libertad y la importancia del derecho penal que se ejerza sobre un individuo, ha hecho que nuestra legislación y en concreto el artículo 358 del Código Adjetivo Penal, faculte al Tribunal de Casación acciones casacionales de oficio, para que de tal manera se corrija, aquellos errores que el recurrente omitió o no mencionó dentro de la fundamentación de su recurso.

Fundamentación- del recurso y vulneraciones legales y constitucionales invocadas por el recurrente:

Con el fin de analizar de forma global los argumentos esgrimidos, por el recurrente sobre su fundamentación del recurso de casación, este Tribunal determinará dos premisas de importancia.

La primera, radica en que conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede *"(...) cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación"* es por ello, que al ser un recurso especial y técnico, lo que se persigue es verificar la debida aplicación de la ley; y, éste, requiere de una motivación acorde a la exigencia legal, cuando se va a fundamentar por parte de quien ha impugnado la sentencia de segunda instancia, ya que esta vía extraordinaria limita las facultades del tribunal al examen del fallo objetado, con relación a los cargos en que se funda la interposición del recurso, el cual debe enmarcarse en una de las causales creadas para su procedencia; por lo que, se indica que el recurrente no puede señalar someramente varias vulneraciones a la ley en la sentencia impugnada, sin encajarlas dentro de los requisitos que la casación exige. De lo citado, el fundamento casacional del recurrente, se limitó a exponer que se han vulnerado varias normas constitucionales y legales, (artículos 76.1 y 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador; 72 y 73 del Código Penal; en concordancia con los artículos 27.1, 225 del Código Adjetivo Penal y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial), sin haber indicado bajo qué causal de casación se justifica la vulneración a los referidos preceptos jurídicos; siendo pertinente indicar que los artículos citados, corresponden a garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, procedimientos que se llevan a cabo en el juicio penal (etapa de juicio) y obligación de motivar las resoluciones; así mismo, tampoco se realizó el argumento jurídico que la vulneración legal en una sentencia implica, con el objeto de establecer la incidencia que tuvo en la decisión de la causa.

En lo referente a que, en el considerando noveno de la sentencia de primera instancia, se ha expuesto un argumento que se refiere a la no presentación de prueba por el recurrente, enfatizando que por tal razón el fallo es inclemente y que va en contra de derechos y garantías constitucionales; al respecto, cabe advertir que el impugnante ha "errado la especificación de la sentencia sobre la cual recae la impugnación casacional; toda vez que, se ha referido al fallo dictado por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Babahoyo, lo cual desatiende completamente a los límites en los cuales el Tribunal de Casación incorpora su examen o análisis de derecho, los cuales deben pronunciarse únicamente con respecto de la sentencia de segunda instancia.

De otro lado, en cuanto al cambio de identidad, contenido en la sentencia de primer nivel, sobre este punto, la Sala de Apelación ya se ha pronunciado, dejando implícito que aquella premisa no influyó en la decisión de la causa por tratarse de un error al momento de tipiar el nombre del hoy casacionista, lo que a su vez, tampoco constituye motivo de examen casacional, en virtud de que el tribunal ad quem, por su autonomía, independencia y exclusividad, como órgano judicial de alzada, ya se pronunció en tal sentido, y traer a colación nuevamente este argumento, vulneraría el principio de preclusión.

Por lo señalado ut supra, queda en manifiesto que las alegaciones expresadas, para sustentar el fundamento de casación, carecen de requisitos formales, por cuanto: *"En base a los principios que inspiraron la creación del recurso de casación hemos indicado que este recurso no es libre; la doctrina exige el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, los relativos a la formalidad; por lo tanto, para que el recurso prospere, se le debe dotar de las formalidades exigidas. Este medio de impugnación se hace presente en el proceso –mediante los requisitos formales."*[4]

Conllevando a que al haber argüido vulneración

[4] CUEVA, Carrión, Luis. "La Casación en materia Penal", Segunda Edición, ampliada y actualizada, 2007- Quito-Ecuador, pág. 203.

de varias normas, sin precisar por qué causal se han generado, y el esgrimir argumentaciones propias de análisis de los juzgadores de instancia, toma al fundamento casacional como generalizado, dejando en claro que al Tribunal de Casación no le corresponde organizar el recurso por el impugnante, sino, que es éste, quien debe otorgar los elementos sobre la base de su fundamentación que debe necesariamente ser acorde a la exigencia de procedencia casacional, lo que el recurrente no ha señalado.

Como segunda premisa, se sustenta en los efectos casacionales de oficio otorgados por la parte final del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal que indica: *" Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada. "*.

Como se dejó indicado, la casación penal, restringe las facultades del tribunal para ceñirse exclusivamente a corregir los errores de derecho en la sentencia de segunda instancia, más no, el realizar una nueva valoración de las pruebas que ya han sido actuadas y valoradas por los juzgadores correspondientes, en el momento procesal oportuno.

En ese contexto, este Tribunal observa que, los jueces ad quem no han analizado en su parte dispositiva, la procedencia o no de reducción de la sanción penal, bajo tal premisa, la norma contenida en el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

"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: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza."

El ámbito de aplicación de la proporcionalidad entre infracciones y penas, es un principio procesal que constituye una garantía en nuestro sistema judicial y su vigencia radica especialmente en asegurar el debido proceso. Asimismo, no se puede negar su desconocimiento, por cuanto, el artículo 11.3 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar el ignorar un derecho contenido en una disposición constitucional, tampoco tal alegación puede servir para obviar su no aplicabilidad en vista de que en el caso in examine, al existir canon supremo que exija la proporcionalidad, se debe tomar en consideración el rango superior, supeditado a principios constitucionales cuando surja la necesidad de ponderación de sanción a infracciones penales, de tal manera que permita al sistema judicial la emisión de un fallo justo a los intervinientes en un litigio.

En tal virtud, el juzgador al momento de aplicar la norma sancionadora correspondiente debe hacerlo en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, por cuanto, sólo el poder punitivo proporcionado, asegura la vigencia de una seguridad social, ya que, aquello presupone la ponderación de bienes jurídicos asegurados por la Constitución, lo cual tiene que ver con la graduación punitiva entre la gravedad del delito y la culpabilidad del responsable del injusto penal (rango entre mínimo y máximo que contiene la sanción).

Sumado a lo anteriormente expuesto, el autor César Londoño Ayala, considera que la proporcionalidad involucra las siguientes características *"(...) (i) la categoría de principio, (ii) la inherencia de equilibrio o proporcionalidad, (iii) la calificación de procesal penal, (iv) la forma de juicio de racionalidad, (v) la forma de juicio de razonabilidad y (vi) la técnica de test. "*[5]. Estas características son de aquellas sobre las cuales el ejercicio ponderativo del juzgador debe moverse con el objetivo de emitir una sentencia justa e imparcial.

Ante el análisis expuesto y revisado el fallo impugnado, se desprende que el recurrente fue sentenciado de conformidad con las normas contenidas en los artículos 550 y 551 del Código Penal, que en su orden establecen: *"Art. 550.- El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpable de robo, sea ·que la -·violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad. "; "Art. 551.- El robo será reprimido con prisión de uno a cinco años y con reclusión menor de tres a seis años en los casos en que se perpetre con violencia contra las personas, tomando en consideración el ·valor de las cosas robadas."*

[5] LONDOÑO AYALA, César. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica. 2009, p. 35

Los componentes dogmáticos del delito son: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; consecuentemente, en el presente caso, la violencia es un elemento normativo ligado al delito de robo, por cuanto, se trata de *"(...) actos con los que se vence la eventual defensa que las personas puedan hacer para impedir la sustracción. "*[6]; en tal virtud, se observa que en la sentencia de segunda instancia se ha plasmado únicamente la comprobación del nexo entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del hoy recurrente, sin que se desprenda de su lectura la verificación de violencia a las personas.

Por tales derivaciones, *ex oficio,* este Tribunal considera que la sentencia impugnada ha vulnerado la ley por contravención expresa al texto del citado artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en consideración al artículo 551 del Código Penal; recalcando que la causal indicada engloba normas mandatorias, permisivas y prohibitivas, que regulan la actividad juzgadora, por el hecho de contener una disposición dirigida al administrador de justicia; es decir, que al verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el juez ha actuado en contrario a lo que la norma del derecho sustantivo o adjetivo le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta, por consiguiente, la norma constitucional, que este Tribunal considera como vulnerada, contiene una disposición mandatoria sujeta a la obligación de cumplimiento directo, por cuanto los jueces al ser aplicadores del derecho como su rol de administrar justicia, deben restringirse al cumplimiento de los tipos de normas descritos anteriormente, más aún cuando se trata de disposiciones constitucionales, en virtud de que su inobservancia o desconocimiento ocasiona –contraposición a su contenido de exigencia. Por ende, para la identificación de este tipo de quebrantamiento normativo, el legislador ha previsto una causal específica contravención expresa al texto, conforme lo determina el artículo 349 del Código Adjetivo Penal; y, aquel error de derecho, se ubica en la parte dispositiva de la sentencia sujeta a impugnación casacional.

Ante aquello, se concluye que al no haberse verificado el elemento normativo de violencia para la apropiación de los bienes sustraídos, conforme se desprende de la lectura de la sentencia impugnada, la imposición de la pena de cuatro años de prisión correccional, resulta excesiva; por lo que, se ha vulnerado el principio de proporcionalidad por ·cuanto al omitirse la ponderación proporcional entre el valor de los objetos sustraídos (laptop, tablet, celular) con el tipo penal sancionador, dan lugar a que se haya confirmado un fallo injusto, en perjuicio del responsable de la infracción penal, teniendo en consideración que el reproche social para el agravio de bienes materiales afecta a la propiedad, lo que es menor de la transgresión de la integridad personal; por lo que, el administrador de justicia debe ponderar aquellas premisas al momento de imponer una sanción a una infracción penal , lo que del fallo objetado no se ha evidenciado.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas anteriormente, este Tribunal de Casación, 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, 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, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Alex Raúl Lema Fernández. Sin embargo, ex oficio casa la sentencia recurrida, conforme se deja explicado ut supra, determinando que la pena que se debió imponer al hoy recurrente es la de un año de prisión correccional, como así se lo hace, en virtud de norma contenida en el art. 551 de Código Penal.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL; y, Dra. Gladys Terán Sierra JUEZA NACIONAL.

[6] ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo II. Tercera Edición. Quito-Ecuador. p. 427

XI

Resolución nro. 1374-2015
Juicio nro. 1454-2014

Juicio penal por sedición propuesto por el Estado Ecuatoriano, en contra de Juan Carlos Rosero Conde y otros

SÍNTESIS

El 30 de septiembre del 2010, en horas de la mañana, los acusados, miembros de la policía, dejaron de laborar en sus puestos asignados y se trasladaron al Comando en protestas por las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Público y salieron en esta protesta con vehículos de la institución, fueron al centro de la ciudad, se pararon en la Gobernación, protestaron y volvieron al Comando. El Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, declaró a los acusados, culpables del delito de sedición, imponiéndoles la pena de un año de prisión correccional, en tanto que para otros ratificó el estado de inocencia. Los sentenciados y Fiscalía interponen recurso de nulidad y apelación de la sentencia del a-quo ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, quienes rechazan el recurso de nulidad declarando la validez de todo lo actuado y revocan la sentencia venida en grado y confirman el estado de inocencia de los acusados. La Fiscalía inconforme con el fallo del ad-quem interpone recurso de casación. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, porque no se ha demostrado con absoluta certeza la existencia del delito y menos la responsabilidad de los acusados. La pretensión básica propuesta por el recurrente debe ser desestimada, en atención a que el fallo impugnado, contempla los presupuestos mínimos inherentes a la relación fáctica, subsunción del tipo penal, análisis y relación probatoria con los elementos estructurales de la infracción, individualización de la participación de los acusados, motivos por los que no se comparte las alegaciones de las partes.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 01903-2012-0144

Juez Ponente: Dr. Pablo Galarza Castro

TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 22 de enero de 2014, las 08h00.

VISTOS: En la ciudad de Cuenca, en la fecha y hora señalada el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, se constituyó en audiencia oral, pública y contradictoria a fin de resolver la situación jurídica de: Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, quienes comparecen con su abogada defensora la DRA. MAGDALENA CARDOSO RUIZ; Jamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David, Salán Tite, Segundo Rodolfo Acán Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, Cesar Gustavo Chafla Tuquinga quienes comparecen con su defensor el DR. SEGUNDO SEGARRA GRANDA; Adrián Cristóbal Avilés Bucheli que comparece con su abogada defensora, LA DRA. FABIOLA ARÉVALO, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bochancho, Francisco Paul Carrillo

García y Edwin Heriberto Freire Reyes, quienes comparecen acompañados de su abogado defensor el DR. PEDRO CORONEL, a quienes se les acusa de ser presuntos autores y responsables del delito de sedición, tipificado y sancionado en el artículo 602.4, numeral 2 del Código Penal, conforme consta del auto de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez Tercero de Garantías Penales de Cuenca, en audiencia Fiscalía General del Estado, estuvo representada por el doctor FELIPE CÓRDOVA OCHOA. De conformidad con el numeral 2 del artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, por falta de comparecencia del testigo Wilson Homero Alulema Miranda, el Tribunal suspendió la audiencia disponiendo el uso de la fuerza pública para la comparecencia del rebelde, al ser reanudada la audiencia no compareció el testigo. El Tribunal concluyó declarando la culpabilidad de los acusados Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Freddy Fernando Píleo Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Jamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David Salán Tite, Segundo Rodolfo Acán Charco, Alfonso Oswaldo Pílco Rea, Cesar Gustavo Chafla Tuquinga, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Brazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bochancho y Francisco Paul Carrillo García y ratificando el estado de inocencia de Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Adrián Cristóbal Avilés Bucheli y Edwin Heriberto Freire Reyes, decisión que fue dada a conocer en forma verbal, por tanto corresponde emitir en forma escrita la sentencia, como lo dispone el Art. 306 del Código de Procediendo Penal, para ello se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- Jurisdicción y Competencia:** El Tribunal es competente en virtud de lo dispuesto en los Arts. 150, 156 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial y 28 del Código de Procedimiento Penal, y la primera disposición transitoria de las reformas al Código Penal (publicadas en el suplemento del Registro Oficial nro. 196 del 19 de mayo de 2010), Ley Reformatoria del Código Penal para la tipificación de los delitos cometidos en el servicio militar y policial. **SEGUNDO.-** El proceso es válido; porque se han observado las normas constitucionales y legales para el trámite de la causa. No se han omitido solemnidades sustanciales, ni tampoco se han inobservado derechos de contenido constitucional que viole el procedimiento, por lo que se declara su validez; tanto más que en virtud del principio dispositivo no han habido alegaciones respecto al contenido del artículo 330 de la Ley Adjetiva Penal. **TERCERO.- Teorías del Caso:** 1.- La Fiscalía General del Estado, a través del Dr. Felipe Córdova, Fiscal del Azuay, durante su intervención en alegatos iniciales expone: La Fiscalía probará que el 30 de septiembre del 2010, en horas de la mañana, los acusados, miembros de la policía, dejaron de laborar en sus puestos asignados, dejaron de lado sus obligaciones constitucionales y se trasladaron al Comando en protesta por las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Público y salieron en esta protesta con vehículos de la institución, fueron al centro de la ciudad, se pararon en la Gobernación, protestaron y volvieron al Comando; probará que Juan Carlos Rosero participó en la caravana cuando su función era la de secretario de la Unidad de Control de Armas; que Segundo Víctor Peñafiel González debía estar de servicio urbano; Jamilton Enrique Collaguazo López participó en la caravana y su función era en la Zona 1 el Sagrario desde las 08h00; Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, participó en la protesta y debía cumplir funciones en el Departamento de Violencia Intrafamiliar de la Intendencia; Raúl Orlando Centeno Arévalo debía estar de servicio en la Comisión de Tránsito; Wilmer Javier Erazo Martínez debía cumplir su función de conductor en la Zona 5 El Vecino; Víctor Miguel Acaro Pérez, debía cumplir servicio en la Zona 2 Monay; Diego Armando Guadalupe Borja, participó en la protesta en una moto por ser del GOM y debía prestar su servicio en el Otorongo; Luis Armando Zapata Paguay debía estar de servicio en el UPC 40; Armando Leodán Gáleas Atiencia debía estar de servicio urbano y cumplir con un curso de Derechos Humanos; Edison Fabricio Cabezas Velasco tenía la consigna de estar en la Gobernación y en el curso en el Comando; Cristian Marcelo Corro Veloz participó en una moto y debía estar en el sector de la Miguel Vélez desde las 08h00; José Arturo Aulla Yuquilema, debía estar en el mercado 12 de Abril desde las 08h00; José Luis Guadalupe Chinlle debía cumplir su función en GIA desde las 06h00; Diego David Salán Tite debía cumplir su función como GOM 5 en las escalinatas; Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez debía cumplir su función en la prevención del Comando de Policía desde las 07h00; Cristian Byron Peñafiel

Valdiviezo, debía cumplir su función en el mercado 10 de Agosto como GOM desde las 07h00; Segundo Rodolfo Acán Charco, debía cumplir funciones en el sector el Sagrario desde las 08h00; Alfonso Oswaldo Pilco Rea, debía cumplir funciones de servicio urbano en el UPC 38 de Gullanzhapa desde las 08h00; Alberto Geovanny Moreta Bocancho, debía estar de servicio urbano desde las 08h00; César Gustavo Chafla Tuquinga debía cumplir funciones en Zona 3, Monay, desde las 06h00; Freddy Fernando Pilco Sandal, debía cumplir funciones en el UPC el Salado desde las 08h00; Francisco Paul Carrillo García, debía estar de servicio en Zona 1 desde las 08h00; Juan Carlos Peñafiel Castro, debía cumplir funciones en Zona 3, Yanuncay, desde las 06h00; Edwin Heriberto Freire Reyes, debía cumplir funciones en el Vecino, sector Barrial, Blanco desde las 08h00; manifiesta que probará la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados como autores del delito de sedición.- 2.Defensa.- 2.1.- De su parte la Dra. Magdalena Cardoso defensora de Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Freddy Fernando Pilco Sandal y Juan Carlos Peñafiel Castro, dice: que a nombre de sus defendidos demostrará que no incumplieron funciones de servicio; que la policía tiene un sistema jerarquizado, deben obedecer a órdenes superiores; que Juan Carlos Rosero Conde fue convocado por orden del General Wilson Alulema a una reunión en el auditorio al momento de iniciarse los problemas; Segundo Víctor Peñafiel González era jefe de patrulla en Yanuncay, cumplía funciones y son llamados por radio al Comando, obedecieron órdenes a las que no pueden negarse; Víctor Miguel Acaro Pérez, estaba laborando y es llamado por la radio a la reunión, cumplía sus funciones; Diego Armando Guadalupe Borja, trabajaba en una moto en el sector del Otorongo y esta zona abarca el centro de la ciudad en donde se dio el recorrido; Edison Fabricio Cabezas Velazco esa semana debía asistir a un curso de Derechos Humanos en la Comandancia, su trabajo era en la Gobernación y allí estaba cumpliendo su servicio; Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, su sector de servicio era en el mercado 10 de Agosto y este sector abarca las calles céntricas; Freddy Fernando Pilco Sandal estaba a cargo de un patrullero en Yanuncay y fue llamado a que se acerque al Comando, que la radio colapsó por los llamados; Juan Carlos Peñafiel Castro fue llamado junto a Peñafiel González para que vayan a la reunión, ellos llamaron al Comando a verificar esta situación y les confirmaron; manifiesta que sus defendidos no participaron en la caravana, que si salieron a la Comandancia fue por orden de Alulema, éste convocó a todos los superiores y a mucho personal, llamó a que vayan al Comando y sus defendidos cumplieron con las ordenes que se impartieron. 2.2 El Dr. Segundo Segarra, defensor de Jamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David Salán Tite, Segundo Rodolfo Acán Charco, Alfonso Oswaldo Píleo Rea, Cesar Gustavo Chafla Tuquinga, expone: que frente a lo acusado por el fiscal tiene que decir que todos los 26 acusados son miembros de la Policía y de conformidad con la Ley de personal de la Policía que es una institución jerarquizada, casi la generalidad es personal subordinado, su única alternativa es cumplir la disposición de sus superiores, explica que un policía que ingresa el primero de enero es superior al que ingresa el dos de enero, un cabo que asciende es superior al que asciende horas después; el 30 de septiembre del 2010 Wilson Alulema hace una convocatoria, dispone por radio que todo el personal policial acuda al Comando hoy Subzona No.- 6, todos los 26 acusados, de los 300 que participaron en la reunión, entre ellos sus defendidos concurrieron ante la llamada, en la reunión se habló sobre los problemas en Quito, acudieron por convocatoria de Alulema que era la máxima autoridad del Distrito, asiste también el Coronel Merlo porque le convoca su superior Alulema, solo con la declaración de Merlo, el fiscal podía evitar la alharaca del proceso, que lo dicho por Merlo coincide con lo dicho por los acusados y todos los que participaron en la movilización ordenada y dispuesta por Wilson Alulema, no podía el General de Distrito permitir que se arme una protesta y él no hacer nada, por lógica hubo una orden o anuencia de Alulema y Merlo, el mismo Alulema dijo que no hubo suspensión de labores, que ante la orden de ir al Comando no tiene opción de decir que no, Alulema autorizó y no hizo nada por impedirlo, por ello era vital su comparecencia; no encuadra la conducta de sus defendidos y de todos los demás en el delito acusado, no hay los elementos, dice que no existió dolo, que muchos de los que avanzaron cumplieron la orden de salir a dar una vuelta,

no actuaron con conciencia, no existe delito, son chivos expiatorios para justificar la represión, siendo Alulema el principal implicado.- 2.3 La Dra. Fabiola Arévalo defensora de Adrián Cristóbal Avilés Bucheli manifiesta: el 30 de septiembre del 2010 su defendido se levantó a las 05h00 para ir a formar en el Comando, estuvo formado a las 06h05 , a eso de las 07h00 se retiró a su domicilio en la ciudadela Católica, desayunó, fue a trabajar en la Benigno Malo y Sangurima a las 08h00, a las 08h20 ingresó Fanny Peralta y le solicita que le dé realizando una citación por un asunto de violencia intrafamiliar, éste le pregunta si a la persona a quién debe citar estará en su domicilio, baja al primer piso (Fanny Peralta) y con sorpresa ve que el ciudadano a quien se debía citar de nombre Edwin Quizhpe ingresa a la Intendencia, le avisa a su defendido y éste le cita a las 09h00, a las 09h30 hace el parte y baja a la Comisaría de la Mujer e informa que el ciudadano ha sido citado legalmente, la señora recibe a las 10h15 la boleta de auxilio y le sube a agradecer a su defendido, a las 10h25 escucha por la radio de un compañero policía que llega a dejar un parte que decían que concurran a una reunión convocada por el General Alulema, su defendido conversa con el compañero Andrade Holguer para que se haga cargo de la oficina, a las 10h45 conversa con el Comisario segundo y le indica que le llaman a una reunión y que se iría unos momentos, a las 11h00 baja y le deja para sacar unas copias a Jesica Nugra, se retira a las 11h10, baja por la calle Barrero y pasaban varios patrulleros, les pregunta si van al Comando y le dicen que sí, va con ellos y permanece en el Comando de 11h30 a 12h00 en que va a retirar a sus hijos de la escuela y luego va a almorzar, a las 14h00 va de nuevo a su trabajo, a las 15h30 cita a un ciudadano, a las 16h00 el Comisario segundo le dice que deben hacer una citación con ayuda de la Dinapen y esto se realiza a las 17h20 y dura hasta las 18h10; manifiesta que demostrará que su defendido no cometió ningún delito y cumplió su trabajo, fue al Comando por una orden. 2.4.- El Dr. Pedro Coronel, defensor de Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Brazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bochancho, Francisco Paúl Carrillo García y Edwin Heriberto Freire Reyes dice: que el fiscal dice que probará el abandono del servicio y el uso de bienes públicos, pero el personal tiene diferentes horas de ingreso, entre las 06h00 y 08h00 están en sus puestos, existe una reunión convocada por Alulema, el fiscal no puede dar la hora del recorrido, pero si señala que a las 12h30 todo volvió a la normalidad, hubo una disposición por radio de que el personal avance al Comando y Alulema autorizó para que el personal salga en voz de protesta, no existió sedición, sus defendidos actuaron por estar subordinados a otros compañeros en la utilización de los carros y por esta falta ya han sido sancionados y no por sedición. **CUARTO.-** Prueba aportada por los sujetos procesales: En audiencia se ha practicado prueba a petición de los sujetos procesales y sobre la base del anuncio de prueba. a.- Prueba de Cargo: La Fiscalía General del Estado solicita se llame a declarar a los testigos y peritos que oportunamente han nominado; como prueba documental pide que se incorpore al proceso: 1. Recortes de prensa de varios diarios de la ciudad de Cuenca, 2.- videos en CDS de los noticieros Telecuenca, Telerama, Unsión, radio la Voz del Tomebamba, Esplendit y del Consejo de Seguridad Ciudadana y sus respectivas pericias de reconocimiento y transcripción, 3.- Video CDS entregados por la Policía Nacional con sus respectivas pericias y transcripción, 4.- Certificado de la Policía Nacional respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de funciones como policías, 5.- Fotocopias certificadas remitidas por la Policía Nacional respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, prueba que al ser sometida a contradicción, la Dra. Cardoso solicita que los videos sean abiertos uno a uno; el Dr. Segundo Segarra impugna las pruebas 1 y 3 ya que dice deben ser exhibidas; la Dra. Fabiola Arévalo impugna la prueba 1 manifestando que los recortes de prensa informan de Quito y Guayaquil, respecto a las pruebas 2 y 3 dice que los CDS se deben reproducir en forma adecuada; el Dr. Pedro Coronel manifiesta que con respecto a los recortes de prensa estos contienen información a nivel nacional y no de Cuenca, con respecto a las pruebas 2 y 3 dice que los CDS deben ser vistos. Como prueba testimonial presenta: 4.1 Testimonio de LEONARDO RENATO BERREZUETA CARRIÓN, quién en esencia dice: el 30 de septiembre del 2010, él era Gobernador del Azuay, a las 08h00 se dirigió a Quito para una reunión de gobernadores, a los 15 o 20 minutos de haber despegado, desvían el vuelo a Guayaquil a donde llega a las 09h45 y allí se entera de los hechos que se daban en Quito, recibió llamadas de Juan Cristóbal Lloret, quién le informó que los policías habían salido en camionetas a protestar, acompañados de gente del MPD y

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de la Juventud Revolucionaria, que las puertas de la Gobernación estaban cerradas, que pidió a Edmundo Merlo que le informe la situación y este le dijo que 120 policías han estado en manifestaciones, no se pudo contactar con el General Wilson Alulema, el Coronel Merlo le indicó que Alulema estaba al mando de las decisiones del Comando, cuando contactó con Alulema, este le informó que la situación se había normalizado; no sabe del recorrido, solo lo observado en televisión, que subieron por la Bolívar y dieron la vuelta al parque, tomó la decisión de venir por tierra a Cuenca, llegó como a las 15h00 y encontró la ciudad bajó control y con manifestaciones de respaldo al Presidente, con el Alcalde visitaron al General Obando que estaba a cargo de la Tercera Zona del Ejército para que brinde seguridad, no sabe si Alulema dio la disposición, dice que la ciudad estuvo desprotegida por unas horas, existió anarquía en el centro de Cuenca, hubo un intento de tomarse la Gobernación, existió falta de protección, por el temor ciudadano se cerraron locales, así le informó el Jefe Político, que con el Alcalde dispusieron la suspensión de clases, tenían rumores de saqueos pero no fue comprobado, no reconoce a ningún policía de los presentes como que participaron en el recorrido, dice que solo vio las imágenes días después en los medios de comunicación.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: que no estuvo presente en Cuenca de 08h00 a 15h00, que no le dieron los nombres de ningún participante en la protesta.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra dice: que a su retomo le visitó Alulema dándole parte de la normalidad de los servicios policiales en la provincia y le informó lo ocurrido, le indicó que hubo una reunión en el Comando, que había intentado explicar la situación sobre la Ley de Servicio Público y que un grupo de policías decidió sumarse a la protesta de Quito, no le dijo un número de participantes, el Jefe Político le dijo que eran alrededor de 120 participantes.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: que el 30 de septiembre del 2010 vio lo sucedido por televisión desde el aeropuerto de Guayaquil, vio como en el Regimiento Quito el Presidente fue vejado y existió un intento de golpe de Estado, que en Azuay tenía reportes e información del Jefe Político, del Comandante de Policía, pero por los medios de comunicación vio este acto que fue público y notorio, constató la revuelta en Cuenca, tenía información de Unsión, canal 1, que estudiantes universitarios subidos en patrulleros protestaban, que no existió en esos momentos una condición de obediencia a la autoridad civil, desconoce que Alulema declaró que no iban a ser sancionados, se le enseña esta noticia a lo que manifiesta no haberla conocido.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel dice: que no puede contestar que es la sedición, que no conoció de operativos policiales en algunos sectores. A la pregunta aclaratoria de uno de los Jueces responde: que el general Alulema no le informó que él autorizó la protesta, le informó de una reunión para dar a conocer la situación sobre la Ley de Servicio Público, que si autorizaba (Alulema) va en contra de lo que determina la ley, él como Gobernador lo hubiera puesto en conocimiento de la autoridad, responde también que el General Wilson Alulema era el Comandante del Tercer Distrito de la Policía Nacional y Edmundo Merlo el Comandante Provincial del Azuay No.- 6.- 4.2 Testimonio del Coronel ÁNGEL TOBÍAS LÓPEZ MARTÍNEZ quién expone: es policía por 28 años, el 30 de septiembre del 2013, prestaba servicios en el Azuay como Jefe Provincial de Tránsito, estaba en funciones, ese día fue convocado por el General Wilson Alulema a una reunión en el auditorio a las 07h30, la reunión duró dos horas, salió y se sumó a sus actividades en tránsito, dice que Alulema en la reunión daba disposiciones de trabajo y luego dispuso que se incorporen a las labores, al salir vio un grupo de compañeros agrupados, reunidos afuera, no recuerda quién dio la disposición de salir, por la prensa se enteró del recorrido de algunos compañeros en patrulleros, no sabe quiénes eran, se enteró en la tarde y al siguiente día, no sabe dónde fue el recorrido no conoce ningún nombre.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso dice: que a la reunión asistieron entre 150 a 200 policías al auditorio, al mando estaba Alulema, Merlo, Velazco, Bucheli, varios oficiales y unos 150 clases, él no se enteró de la marcha, estaba en el cuartel, no identifica a sus defendidos si es que estaban en el patio o en la reunión. Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra dice: que a la reunión fueron convocados el día anterior, el 29 de septiembre, se les dijo que no formen y vayan a la reunión, a las 07h30 estaba allí, el General Alulema tomó el mando, en la reunión hablaba de la vida de él, no escuchó si ese día (30 de septiembre) Alulema convocó también a la reunión, él fue convocado el día anterior, estaban jefes, clases y policías, el auditorio estaba lleno, no identifica si estaban presentes sus defendidos, dice que él fue sancionado por haber estado de control

del cuartel y sin tener la culpa le impusieron 48 horas de arresto. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: que las disposiciones se dan por radio, en caso de incumplimiento en asistir tiene que regirse por el reglamento de disciplina, no asistir es no cumplir una disposición, los policías se reunieron por orden de Alulema, la reunión duró dos horas aproximadamente, no identifica a sus defendidos como presente en la reunión, dice que no escuchó un nuevo llamado de Alulema para reunirse a las 11h00. Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel dice: el más antiguo está al mando, el no tuvo la disposición de impedir la salida, el personal salió normalmente a trabajar, el personal de transito laboró normalmente. A las preguntas aclaratorios de los Jueces del tribunal responde: que Alulema en la reunión dio indicaciones sobre el trabajo diario, no escuchó alguna disposición para que salgan a protestar, no se tocó el punto de los acontecimientos, algo se trató sobre la nueva ley, dice que él recibió una sanción por una investigación en asuntos internos por la situación del "30S", él estaba de control de cuartel y fueron sancionados los que estaban de control por no haber informado, sin embargo al mando estaban Alulema y Merlo y ellos debían informar, le sancionó el Comandante de Distrito Rodolfo Cadena, la sanción fue después de dos meses, dice no haber escuchado que Alulema haya dado la disposición de una marcha. El fiscal vuelve a preguntar a lo que responde: que si la orden no es legítima no están obligados a cumplir. A una nueva pregunta del Dr. Segarra contesta: que al dar una orden a un subordinado esta tiene que ser encuadrada en el respeto y la consideración.- A una nueva pregunta de la Dra. Arévalo responde: que no sabía para que era la reunión, tenía que ir al llamado de su superior, asistió porque fue convocado él y su personal, le informaron a las 20h00 o 21h00 del día anterior que hay la reunión con el General Alulema, que al asistir lo hicieron acatando una orden.- 4.3 Testimonio de EDGAR EDMUNDO MERLO MALDONADO quién en esencia hace conocer: que es policía por 33 años, el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en Cuenca como Comandante de la Provincia del Azuay, ese día estaba en funciones, el 29 de septiembre del 2010 recibió la disposición del General Wilson Alulema de que se convoque para el 30 de septiembre a una reunión a las 07h00 al mayor número de jefes, clases y policías al Comando, a las 07h15 llegó el General Alulema y asumió el mando en la provincia, fueron al casino unas 150 personas, estuvieron unas dos horas y media, Alulema habló de su vida personal, le pidieron que concrete el motivo de la reunión, luego de dos horas se sintió bulla afuera (sic) y un grupo de policías que hacían un curso de Derechos Humanos irrumpieron en el auditorio, entonces se enteraron de la situación de Quito y Guayaquil, no se concretó el tema de la reunión, se enteraron que un grupo salió a dar una vuelta, no sabe quién dispuso, no sabe si Alulema dio la orden, no supo por dónde fue la marcha y que posteriormente se enteró, no sabe la hora de la marcha pero dice que estuvieron en la reunión entre las 07h30 y 11h00 en el auditorio, que cuando salieron del auditorio algunos ya habían regresado de la marcha, no conoce sus nombres, en la reunión se conoció de un malestar en Quito y Guayaquil, que le mencionó de esto a Alulema e hizo caso omiso, tomó contacto con Cristóbal Lloret y al mediodía con el Alcalde y el General Alulema dieron una rueda de prensa informando que en Cuenca no hubo problema, dice que a la marcha no fueron todos, que a las horas que salieron a la marcha hubo el reporte de un asalto existiendo una respuesta inmediata, hubo atención normal, algunos locales cerraron por la situación nacional, dice que cuando él estaba en el Comando habían algunos canales de televisión y dio alguna entrevista; el fiscal utiliza el documento de prueba 2 en el que consta la entrevista a Edmundo Merlo en fojas 100, al enseñársela dice que no recuerda haber dicho que no hay control, que dijo que buscaba solucionar el problema ya que no sabía qué actitud tomar, su superior no daba disposición en el cuartel, se sintió que el personal policial salió a darse una vuelta y hacerse sentir **(sic),** que debe haber dicho que pudieron presentarse hechos delictivos, que no todo el personal estaba sumado, era un grupo pequeño y luego de los diálogos todo se normalizó, ese día tenía un conductor Carlos Luzuriaga y en horas de la mañana él debía haber pasado lista, antes de entrar a la reunión le vio y al salir no estaba. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso dice: que fue sancionado con 48 horas de arresto, no sabe la razón ya que el sancionado debía ser el más antiguo que estaba al mando, ese era Alulema, ese día estuvieron unas 150 personas en el auditorio, al curso de derechos Humanos asistían 30 personas pero no pudieron entrar porque el auditorio estaba ocupado, la policía es jerarquizada, la disposición de Alulema era asistir a la reunión, la radio no colapsó, por radio se dispuso que regresen al cuartel, no puede

identificar a sus defendidos como los que salieron a la marcha, no sabe de nombre alguno.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra dice: hay dos tipos de órdenes en la institución, verbales y escritas, cuando se da una disposición para una reunión de trabajo se convoca al personal disponible, si se puede convocar si están en funciones pero sin dejar sin servicio a la ciudad, ese día la ciudad estuvo atendida, el defensor hace uso de la versión rendida en fiscalía en la que dice que a las 13h00 fue a la Gobernación para dar una rueda de prensa con las autoridades y que reconocen que la situación no llegó a mayores, se ratifica en ello; dice en torno a la convocatoria a la reunión que este tipo de llamadas quedan a discreción del superior, cuando Alulema convocó se dispuso que asistan los que no estaban laborando y los administrativos, si no asistían podían recibir una sanción, no reconoce a sus defendidos como integrantes de la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: que el haber asistido a la reunión no es un incumplimiento del servicio, la reunión la convocó Alulema, pudo haberse convocado por radio el día anterior por parte del jefe de personal para evitar el memorándum, dice que se le sugirió a Alulema adelantar el franco unas 2 horas, por diferentes frentes se llamó a la cordura a los que habían salido, a las 17h00 recibieron la visita del Gobernador y del Alcalde y les agradecieron por el servicio policial y la forma de haber retomado las actividades, que sobre desmanes se dieron los que son de conocimiento público, conoce que hubieron sancionados, no puede identificar a su defendido como participante en la protesta, dice que el arresto es una privación de la libertad en forma parcial; la defensora utiliza la transcripción de la entrevista realizada en la que dice que en Cuenca todo estuvo normalizado, que a las 15h00 todo estuvo normalizado a lo que responde que si así consta, lo debe haber manifestado; dice que cada uno responde por su comando o área y ese día era Alulema quién debía responder.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que sí conoció que personas extrañas al personal policial participaron en la marcha a bordo de los patrulleros, lo sabe por los informes y los medios de comunicación, dice que era gente del MPD, no vio gente extraña por el Comando, dice que el GP 6 está formado por unos 1700 policías, no puede saber quién salió en la caravana.- A las preguntas aclaratorias de los Jueces responde: que no puede determinar el número de vehículos que había en esa fecha en el Comando, que mientras estaban en la reunión ya se daba la marcha, que Alulema le relevó en el mando y no fue sancionado, él reclamó y le contestaron "Usted no entiende la presión que tenemos" dijeron que no le podían sancionar por ser más antiguo, dice que no participaron en la caravana los que estaban en la reunión.- La Dra. Arévalo realiza una nueva pregunta a la que responde: que no siempre un policía debe esperar la disposición superior, que cuando salieron de la reunión la caravana ya había terminado, que todo el personal estuvo bajo las órdenes de Alulema, que no puede identificar a quienes irrumpieron en la reunión, que esta reunión no concluyó.- Ante una nueva pregunta del fiscal responde: que los policías no pueden cumplir una orden si no es legítima. 4.4 Testimonio de JOSE LUIS PANELUISA TITUAÑA que hace conocer: que tiene 29 años laborando como policía, el 30 de septiembre del 2010 se encontraba en el Comando como comandante de guardia, su función era anotar el ingreso de vehículos, del GOM, del bus de personal de los patrulleros de los operativos, ese día relevó de guardia desde las 06h00 hasta las 14h00 con Alfonso Guzhñay y Alex Carrasco quienes le manifestaron que había una reunión a las 08h00 con el General Alulema, ingresaron policías de varios servicios, ingresaban también al curso de Derechos Humanos, pasadas las 09h00 los compañeros le dijeron que prenda la tv y vieron lo de Quito, algunos compañeros salieron y dijeron viva el paro, no los puede identificar, después de 10 minutos llegó el Teniente Astudillo y les hizo conocer la novedad e ingresó al auditorio, salieron de la reunión varios compañeros gritando "viva el paro" por la Ley de Servicio Público, quemaron llantas, en la esquina también quemaban llantas, pasadas las 10h00 salieron como 8 o 10 patrulleros y motocicletas y tomaron para el centro de la ciudad, después de unos 40 minutos regresaron y mantuvieron una reunión con el General Alulema, dice que salieron algunas camionetas y retornaron casi a las 11h00, el anotó la salida pero sin nombres porque era una caravana, la obligación es registrar los patrulleros de tumo, pero estos llegaron a la reunión y no sabe si tuvieron autorización para salir, dice que a él ningún superior le dispuso salir.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso dice: que fue sancionado con 48 horas de arresto por no pasar el parte de la novedad, dice que lo tenía hecho pero lo han borrado, no identificó a alguien en particular, si escuchó que por la radio llamaban a que el personal se reúna en el Comando pero no puede

identificar quién llamaba, no identifica a sus defendidos como participantes.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra dice: que algunos vehículos salieron, otros estaban afuera, no puede identificar a sus defendidos como participantes en la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: que la caravana se dio pasadas las 10h00 o 10h30, que si hubo una reunión en el auditorio, que le indicaron que la reunión era con Alulema, sabe que a las 11h00 se reunieron otra vez con Alulema en el patio, no identifica a su defendido como participante.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que llegó personal de todos los servicios, llegó personal de servicio rural lo cual no es usual, personal de la PJ, no sabe cuántas personas participaron de la caravana, dice a qué afuera estaban unas 100 personas.- A las preguntas aclaratorias de los Jueces responde: que salieron más o menos unos 8 vehículos, camionetas y unas 6 motocicletas, desconoce el parque automotor del comando, él estaba a cargo de la radio como guardia y no escuchó una orden para que salgan a la caravana, escuchó que decían vamos al paro, pero no de dónde provenía, no sabe quién dio la orden de salir, sobre la reunión convocada por Alulema le comentaron sus compañeros que iba a dar a conocer sobre la Ley de Servicio Público, el no asistió por estar de guardia.- 4.5 Testimonio de JOSÉ ENRIQUE VIZHÑAY GUAPISACA, quién en lo principal manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010, había una reunión con el general Alulema a las 08h00, duró una hora y media, en el comando vio que habían compañeros afuera, fue al segundo piso a trabajar, los compañeros de afuera hacían bulla, gritaban, quemaban llantas, todo esto era por el problema con el señor Presidente, después se enteró de una manifestación y de un recorrido; trabajó hasta las 12h00, el Coronel Merlo dijo que el personal franco salga dejando las armas en el rastrillo, manifiesta que desconoce si hubo alguna disposición para que salieran.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: Fue sancionado con arresto por no haber dado parte a sus superiores, no reconoce a los acusados que se ponen de pie como aquellos que estaban alentando el paro.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra responde: Debía informar en el parte verbal de que no había tranquilidad en el personal, no informó porque todos estuvieron allí, la presencia de un superior le releva de la responsabilidad de elevar el parte.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: No recuerda si estaba Avilés Bucheli entre los que cometieron desmanes.- El Dr. Coronel no pregunta.- A la pregunta aclaratorio de uno de los jueces responde: No dio parte a sus superiores porque todos estuvieron allí y porque fue a hacer el informe de la semana.- 4.6 Testimonio de LUIS RIGOBERTO SÁNCHEZ ROCANO quien en lo fundamental dice que: Prestaba sus servicios en el Comando de Policía, el 30 septiembre de 2010, había un curso de Derechos Humanos en el Comando, desde las 07h00 hasta las 17h00, asistió a una reunión de carácter obligatorio emitida por el general Alulema, la reunión se trató sobre un nuevo proyecto de Ley de Servicio Público que se estaba tratando en la Asamblea, mientras se desarrollaba la reunión el general Alulema intercambiaba información con los jefes del regimiento Quito, se escuchó bulla afuera, a la fuerza ingresó al auditorio la prensa, a raíz de eso se les sancionó injustamente por ser fotografiados en el auditorio, el general Alulema al ver que golpeaban las puertas y las ventanas, molesto indicó que salgan y hagan lo que quieran, el General Alulema invitaba a escuchar al Presidente de la República, se escuchó que iban a salir un grupo en caravana por el centro de la ciudad, no se identificó quienes salieron y de qué patrulleros, la caravana regresó entre las 11h00 a 11h30, no sabe si el General Alulema o el Coronel Merlo ordenarían el despliegue de la caravana. A las 12H30 retomaron las clases de Derechos Humanos.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: Le sancionaron con 9 días de arresto por aparecer en las fotografías dentro del auditorio, en la reunión nunca se trató de la ley, el general Alulema empezó a hablar de asuntos personales de él; no reconoce que sus defendidos irrumpieron en la reunión, quemaron llantas o que estaban en la caravana.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra contesta: No ingresaron a la reunión los policías que estaban afuera sino la prensa para preguntar de que se trataba la reunión y tomaron fotos, el General Alulema y el Coronel Merlo no hicieron nada al saber que se estaba formando una caravana, Alulema solo dijo hagan lo que quieran cuando ingresaron los periodistas, no sabe si el General autorizó a que salgan a la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: A las 11h30 no se dio ningún desorden en el Comando de Policía, no le identifica a Avilés Bucheli como presente en el Comando de Policía el día 30 de septiembre de 2010, dice que el General Alulema manifestó que todo había sido superado y que continúen con sus actividades y que no va haber represalias contra el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

personal por no haber existido ningún hecho ocurrido fuera de lo normal, desconoce si habría algún desmán en la ciudad de Cuenca porque se encontraba en un curso.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: Alulema conversaba con personal de Quito, pero no sabe con quién y dijo que no iba a haber represalias, que estén tranquilos.- A las preguntas aclaratorias de los jueces contesta: No le invitaron a salir en la caravana, no hubo orden de salir en la caravana, un grupo se quedó en el Comando viendo la televisión, eran más o menos 50 o 60, Alulema dijo hagan lo que quieran cuando perdió el control de la situación.- 4.7 Testimonio de OSCAR MAURICIO OÑA CHIQUITO, en lo principal dice que: prestaba sus servicios el 30 de septiembre 2010, le tocaba patrullaje de 07h00 a 14h00 en Monay, a eso de las 10h00 por radio le ordenaron que avancen al Comando, al momento de llegar vio que un grupo de compañeros estaban aglomerados, ingresó, no había ninguna disposición, varios compañeros salieron caminando, otros en patrulleros, eran más o menos unos 150 a 200 aproximadamente, el oficial de más alto rango en el Comando era el General Alulema, no escuchó que haya habido disposición del Coronel Merlo o el Coronel Maldonado para que salgan.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso contesta: Fue sancionado con 5 días de arresto por haber participado en la marcha, pero él no participó, todas las unidades que fueron al comando era por orden emitida por la radio patrulla, por disposición del General Alulema, frente a eso tienen que cumplir la orden siempre que esté enmarcada a la ley, en el caso puntual tienen que asistir, no identificó a sus defendidos como presentes en el Comando.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra contesta: que no identifica a sus defendidos como participantes en la aglomeración ni sabe si participarían en la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo contesta: Si uno no cumple una disposición es objeto de sanción disciplinaria, tiene que cumplir con el llamado de la radio patrulla, no le conoce a Avilés Bucheli, no lo ha visto en el Comando el día de los hechos.- 4.8 Testimonio de JUAN DARÍO BUSTOS RUBIO que en lo fundamental manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010 trabajaba en el grupo antidelincuencial, formaron a las 06h45, les comunicó un superior que iba a haber una reunión convocada por el General Alulema, escuchó que había salido una ley sobre los ascensos y condecoraciones, al rato vio salir vehículos civiles y policiales, el personal salía con uniforme policial, salían en una caravana, no sabe a dónde iban, tampoco sabe si hubo disposición de Alulema.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde que: Fue sancionado con 9 días de arresto por salir en una fotografía a la altura de la prevención del Comando, aproximadamente unos 30 policías no pudieron entrar al auditorio, cuando estaban reunidos en el patio, Alulema les dijo que no era como se decía en los noticieros y por eso hizo la reunión para explicar cómo eran las cosas, desconoce si los defendidos de Cardoso estarían en la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: No ha escuchado que el General Alulema haya dicho que ningún policía sería sancionado por el 30 de Septiembre; no le conoce a Avilés Bucheli, no sabe si participaría en la caravana.- 4.9 Testimonio de OMAR FLAVIO MENA SANTAMARÍA quien en lo principal dice: el 30 de septiembre estaba en funciones de patrullaje, acudió al comando de policía, vio aglomeración de policías en gran número en las inmediaciones del Comando, luego salieron en caravana en patrulleros y motos varias personas, no les puede identificar, eran policías. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso dice: que no recuerda la hora de la caravana ni los nombres de las personas que participaron, se paran sus defendidos y dice no recordarlos.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra manifiesta: que no reconoce a sus defendidos como participantes de la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: que no supo que la reunión sea por orden del General Alulema, estuvo en el comando a las 9H30 aproximadamente, que a Avilés Bucheli no lo identifica que haya estado en la caravana.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que no reconoce a sus defendidos, no le consta que hayan estado en la caravana.- 4.10 Testimonio de ALEX BAYARDO CARRASCO COBOS que en lo fundamental manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010 prestaba sus servicios como centinela de guardia, su función es la de hacer presencia en el interior y exterior del Comando, ingresó a las 06h00, a las 7h00 ingresaron compañeros de diferentes servicios para mantener una reunión con el General Alulema, a las 08h00 estaba formado el personal, a las 10h00 salieron grupos de vehículos patrulleros y de motos del Comando de Policía, no sabe a dónde, a las 11H00 retornaron para conversar con el General Alulema y restablecer los servicios normales, no asistió él a la reunión, se encontraba fuera de la prevención, cuando salieron del Comando en los patrulleros iban 3 personas

aproximadamente en cada vehículo, en el balde no iban cuando salieron del comando, en las motos iban 2 o 3, el fiscal le exhibe su versión rendida en fiscalía y reconoce su firma, aclara que a tres metros del comando se subieron las personas al balde; no sabe si Wilson Alulema ordenó la caravana.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: Fue sancionado con nueve días de arresto por los hechos, por negligencia en el servicio, no escuchó nombres de las personas que participaron, se ponen de pie los defendidos de la Dra. Cardoso y no los identifica como los presentes fuera de la comandancia.- No repregunta el Dr. Segarra.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo contesta: No recuerda quien estaba al mando del Comando, sabía que el General Alulema estaba como jefe del Distrito, no sabe quién convocó a la reunión; que a Avilés Bucheli lo ve por primera vez, no estuvo en los hechos.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que no identifica a los acusados, no le consta que hayan estado en los desmanes o fuera del Comando. 4.11 Testimonio de ELVIS GEOVANNY MORA AROCA que hace conocer: en el 2010 era policía, cumplía servicios en la parroquia Remigio Crespo del cantón Gualaceo, ese día prestaba servicios, el 29 de septiembre del 2010 les comunicaron que el 30 de septiembre tenían una reunión con el General Wilson Alulema, la central comunica a todos los UPC y a servicio urbano, no sabe quién les comunicó, estuvo a las 7h00 para la reunión, a las 8h00 llegó Alulema, ingresaron al auditorio, explicó sobre la homologación de la policía, luego de media hora aproximadamente, llegaron un grupo de compañeros a golpear la puerta auditorio y el General Alulema dispuso que salgamos a ver que querían los compañeros que gritaban, vio que unos compañeros estaban afuera quemando llantas y haciendo bulla, no conoce a ninguno de los presentes, a las 10h00 salieron patrulleros y motos del comando, no sabe a dónde salieron, a las 11h00 retomaron los patrulleros y motos y Alulema les reunió en el patio para indicarles que se retiren a sus servicios y él regresó, no sabe si hubo orden para salir, no sabe si Alulema dio la orden. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: fue sancionado con 9 días de arresto por los hechos, por estar en el Comando, él estaba allí por ir a la reunión.- El Dr. Segarra no contrainterroga.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: el 30 de septiembre del 2010 el general Alulema era el jefe del distrito, la reunión fue por orden de Alulema, él a las 11h00 indicó que se retiren a sus servicios, no escuchó alguna orden, tiene la obligación de obedecer y asistir a la reuniones que les convocan.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel dice: el General Alulema al salir la caravana no tomó contacto, a las 11h00 si lo hizo.- 4.12 Testimonio de DARÍO FABRICIO CAICEDO SILVA quién dice: el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la unidad Técnica de Control de Armas, ingresó a las 06h00, tenía 24 horas de guardia, cumplía funciones de digitador para la recalificación de armas, ese día, a las 8h30 o 9h00 salió a prevención a ver tv, retomó a las oficinas, a las 10h30 vio que salió una caravana de patrulleros y motos no pudiendo identificar a alguien, eran vehículos policiales, eran bastantes personas, no vio a qué hora retomaron, él se quedó en la oficina, les dijeron que se había convocado a una reunión pero él no escuchó, le dijeron que Alulema les había dicho que avancen a una reunión, no sabe de qué, no sabe si hubo autorización para la caravana, el secretario de su oficina era el Sargento Juan Carlos Rosero, éste (Rosero) estuvo en la mañana a las 8h30 y salió a la reunión con el General, retomó pasada la una de la tarde.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: fue sancionado con 9 días por aparecer en una foto en la prevención, que la falta fue abandono momentáneo del servicio, no vio si el sargento Rosero cometió alguna acción en los patios, no pudo identificar a los vehículos y motos, no identifica a sus defendidos como participantes. Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra dice: llegó a las 06h00 al Comando y estuvo hasta el siguiente día a las 06h00, los compañeros dijeron que había una reunión en el casino pasadas las ocho de la mañana, a más de las 10h00 vio otra reunión con el General, era atrás de la tribuna, estaba llena la tribuna, antes de la caravana dijeron que también se ha reunido.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: el 30 de septiembre del 2010 , en la reunión que se dio en la tribuna estaba al frente Alulema, ese día a cargo del comando estaba Alulema, debían obedecer sus órdenes por disciplina, no reconoce a su defendido como participante. El Dr. Coronel no contrainterroga.- 4.13 Testimonio de IVÁN INCA PILCO que hace conocer: el 30 de septiembre prestaba servicios en Azuay, en el GOM que es el grupo de operaciones motorizado, estaba de servicio, su moto estaba en la mecánica, no salió a laborar, estuvo en la prevención esperando que le designaran servicio, y a las 7h45 llamó el General Alulema para que avanzaran todos los jefes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

encargados de circuitos a una reunión en el casino, él no fue a esa reunión, no sabe qué trataron, a las 8h00 comenzó a llegar el personal que no recuerda ni conoce, se reunieron en la prevención, gritaban que "viva el paro", en ese momento se enteró de las protestas de Quito al ver la tv de la prevención, gritaban al interior del Comando, fue a su domicilio y retomó posterior a las 11h00, a las 9h45 los compañeros salieron en caravana, no les conoce, eran muchos no sabe un número, cuando volvió al comando salió el General Alulema a dar una conferencia en el patio de partes y manifestó que hagan conciencia, que no eran cosas ciertas, que hagan conciencia del servicio y no dejen abandonadas las calles, retomaron los servicios normales, no sabe si alguien autorizó la caravana, si autorizó para que vayan a la reunión en la mañana en el Comando, luego salió a trabajar, salió al Arenal a colaborar ya que unos ciudadanos trataban de asaltar el Banco del Austro, hizo el procedimiento con el compañero Guanuzhi, no vio otro hecho delictivo, detuvieron a 3 personas, no recuerda exactamente.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: fue sancionado 9 días por no acudir a servicio, esto fue por salir en una fotografía en la prevención viendo la tv., no recuerda a sus compañeros del GOM, no les puede identificar, no identifica a los miembros del GOM Diego Guadalupe y Cristian Peñafiel, no escuchó el nombre de los participantes, dice que la radio se colapsó con la información de Quito.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: ese día trabajaban de manera normal, llamaron por radio a la reunión a los jefes de los circuitos, al final les dijeron que hagan conciencia, si sabe que habían felicitado a Cuenca, Alulema convoco a la reunión, era obligatoria, tiene que cumplir órdenes, debía asistir o de lo contrario son sancionados, estuvo al mando del comando Edmundo Merlo y del Distrito del Azuay el General Alulema.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que aparte de la situación del Banco del Austro todos los motorizados trabajaron normalmente y acudieron a muchos auxilios, aproximadamente 60 a 70 motos conformaban el GOM, no sabe si en la caravana salieron motos del GOM.- A la pregunta aclaratorio de uno de los jueces responde: gritaban "viva el paro", en la radio decían que se unan, escuchó porque estaba en el Comando, escuchó gritar a gente que estaba en el Comando, nadie le invitó a que se una a las protestas, la gente llegaba voluntariamente al Comando, no hubo autorización para que vayan al paro .- 4.14 Testimonio de BYRON DARÍO SAMANIEGO SANI que hace conocer: es policía por 8 años, el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la central de radio de Cuenca, su función era de radio operador de despachos de auxilios de 08h00 a 14h00, ese día hubo actividad normal hasta las 8h40,les comunicaron que había acumulación de personas en la prevención, les comunicó el sub Paneluisa, comunicaron al oficial de control, les dijeron que eran compañeros, trataron de dar a conocer a los superiores, quedó imposibilitado el uso de la frecuencias por su uso, se escuchaba viva el paro, no identificó a ninguna persona, el encargado de control de la oficina era el sub. Solano, se colapsó la frecuencia desde las 09h00 en adelante, no recibió ninguna disposición, desconocía de la reunión, él atiende llamadas de todo tipo de auxilios y no pudo atenderlas desde las 09h00 a casi las 11h00, a esa hora no recibió disposición, se pudo retomar actividades normales, que estas frecuencias se normalicen no sabe de quien depende, cree que colapsó el sistema por los varios reportajes que hicieron uso de este canal y de manera acumulada, laboró hasta las 14h00.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: solo escuchó con claridad "viva el paro", el resto de la señal no era claro, no escuchó un llamado a que las unidades vayan al Comando, el no conocía de ninguna disposición.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo dice: ese día se atendió en lo posible los llamados de emergencia, al mando del Comando estuvo el Coronel Merlo como Comandante Provincial, se obedece a las órdenes de superiores. El Dr. Coronel no realiza contrainterrogatorio.- A la pregunta aclaratoria de uno de los jueces responde : que sí puede colapsar la frecuencia por acumulación, solo puede hacer uso una persona a la vez, dejó de funcionar, la señal estaba distorsionada, se atendieron las llamadas que fueron posibles, las otras no fueron posibles por falta de respuesta del personal requerido, no recibía respuesta ya que no se podía utilizar la radio en ese momento.- 4.15 Testimonio de SEGUNDO ANTONIO GONZÁLEZ LUZURIAGA quién hace conocer: es policía desde hace 7 años, el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la central de atención ciudadana en Cuenca como operador de frecuencia de servicio urbano, su función era verificar en el sistema informático de la policía, datos de personas, vehículos, impedimentos, no atendía auxilios, ese día a las 8h40 de la prevención del comando, indicaron que avanzara el señor guardián ya que había una aglomeración

de compañeros en prevención, le llamaron al señor Teniente Astudillo, luego había interferencias por reportajes de diferentes radios, las voces decían que se unan a la medida de hecho sobre la nueva Ley Orgánica que estaba por aprobarse, no sabe quiénes hablaban, esta frecuencia es usada por patrulleros y motos que tienen radio, se pueden enviar de otras ciudades del país, colapsó la frecuencia desde las 08h40 hasta 11-11h40 aproximadamente, en este lapso no ingresaban llamadas, no supo si hubo caravana.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra responde: que si es posible que a la central ingresen llamadas de Quito, Guayaquil y otros lugares.- 4.16 Testimonio de YHOBANA CUMANDÁ PADILLA ESPINOZA quien hace conocer: el 30 de septiembre del 2013 laboraba en Cuenca como policía, prestaba servicios en la central de radio de atención ciudadana del Comando de Policía, sus funciones eran de telefonista, atendía llamadas de auxilios como robos, riñas familiares, también llamadas de información, ese día laboró de 08h00 a 14h00, a partir de las 08h45 aproximadamente empezaron a entrar llamadas de compañeros y personal civil, decían que iba a haber una protesta en contra de Ley de Servicio Público, le decían que ella debe unirse, no sabe quién llamaba, decían que iba a haber la protesta y que como policía debía unirse, si no se unía decía que les iban a sacar a la fuerza, la central de radio está en segundo piso del Comando, pudo ver por la ventana que a las 08h45 llegaron patrulleros, motos, se instalaron afuera del comando, como a las 10h30 empezaron a salir pero no sabe a dónde, retornaron alrededor de las 12h00, si supo de una reunión de ese día, en las llamadas preguntaban sobre una reunión con el General Alulema, no sabe la hora de esa reunión, dice que debió ser como entre las 09h00 a 09h30, no sabe si hubo alguna disposición de Alulema, en la central se atendió normalmente hasta que los teléfonos colapsaron, se bloqueó el sistema telefónico por exceso de llamadas, se normalizó entre las 12h15 a 12h30.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: a través del teléfono le convocaron a que se una, era imposible identificar alguna voz, eran varias llamadas, no escuchó ningún nombre, nadie se identificó, no pudo identificar ningún vehículo en especial, no reconoció a ninguna persona, era imposible, estaba poco tiempo de servicio y no conocía bien al personal, que las llamadas de personal civil eran de ciudadanos comunes.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: que sobre la amenaza de que si no asistían la reportó al suboficial Solano que era jefe del su grupo.- 4.17 Testimonio de DIANA CAROLINA ROMERO MORALES quién expone: el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la central de atención ciudadana de Cuenca, cumplía funciones de telefonista, atendía llamadas de la ciudadanía y del personal policial, llamadas de auxilio, violencia intrafamiliar, llamadas de información de compañeros, laboró de 08h00 a 14h00, ese día atendía normalmente, a las 8h40 el sistema empezó a colapsar por la cantidad de llamadas de compañeros pidiendo información de lo sucedido en Quito, supo que afuera estaban en movilización, no sabe quiénes estaban en ella, a las 12h00 se normalizó el servicio, el sistema colapsó por el exceso de llamadas, estas llamadas decían que bajemos a apoyar a la movilización, no sabe quiénes llamaban, decían que les iban a botar bomba de gas si no bajaban, eran voces desconocidas, cuando hay un exceso de llamadas el sistema se cuelga y el teléfono se cierra, con una llamada de auxilio, se transfiere esta llamada al operador de radio y él llama a las unidades enviando al auxilio, en ese momento no se pudo cubrir auxilios, no se pudo atender llamadas, luego supo que existió una reunión con el General Alulema, no supo quién convocó a la reunión, no sabe dónde fue la movilización, laboró hasta 14h00, no pudo ver nada desde su oficina.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: no recuerda la hora en que fue amenazada, más o menos fue entre las nueve de la mañana, dio parte al sub. Félix Solano. Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel contesta: se escuchaban muchas voces, incluso de la parte de afuera les amenazaban.- 4.18 Testimonio de MAURICIO YUPANGUI LÓPEZ quién dice: es policía por 6 años, el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios como secretario en la central de radio en Cuenca, pasaba partes al Comando, partes de accidentes, riñas, todo lo que sucede, eso informaba al comandante, laboró de 8h00 a 14h00, ese día ingresó a las 8h00, aproximadamente a las 8h45 se interrumpió la radio y empezaban a hablar que avancen al comando, todo el mundo hablaba, no sabe quiénes eran, pero la radio la utilizan los policías, a las 10h45 bajó y vio que el General Alulema estaba hablando, indicando que se reincorporen a los servicios, se dirigía a unas 20-30 personas, él realizó normalmente su trabajo, que escuchó por la radio "avancen, avancen todo el mundo al comando" no reconoce a nadie, hablaban malas palabras, "avancen, que no son policías cabrones", a él no le

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pidieron que avance, no sabe si hubo una orden, no tuvo conocimiento de ninguna caravana; el fiscal hace uso de la versión rendida en fiscalía, la reconoce, dice que escuchó que avancen hasta el Parque Calderón; laboró hasta las 14h00, se normalizó todo como a las 11h30. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: el llamado para que avancen al Comando no recuerda cuanto duró, pero las actividades se normalizaron a las 11h30, no pudo identificar a ninguna persona.- El Dr. Segarra no contrainterroga.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo contesta: ese día vio al General Alulema en el Comando a las 11h00, no recuerda quien estaba al mando aquel día.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: en su actividad, el trabajo fue normal, no le llegaron partes de la situación de ese día. 4.19. Testimonio del perito JUAN PEÑA AGUIRRE quien en esencia dice: que es perito, desde el 2005 está calificado en las áreas de criminalística documental, tiene una maestría en derecho informático, diplomado en criminalística, que practica unos dos o tres transcripciones mensuales, en este caso practicó una transcripción de audios en cds, constaban temas de radio y televisión, se observó videos, entrevistas en torno al tema del 30 de septiembre del 2010; el fiscal utiliza el informe realizado, con respecto al archivo 3, de fojas 56: se trata de una entrevista a un policía, de fondo varios policías gritaban que se "unan todos", "viva la policía", habían manifestaciones se usaban los términos "únete a luchar", dice que las fotografías se tomaron de los videos de las noticias, se incluían lo que contaba del noticiero y lo que constaba al pie de fotografía y se tomaba el nombre, dice que existían términos sobre que existía inconformidad; que el General Alulema decía que "debían seguir cumpliendo el servicio'', "no hay paro, no medida de hecho", con respecto al archivo 4, refiere que un policía dice "que se han decidido sumar al paro por estar suspendidas condecoraciones y derechos", a fojas 69 entrevistan a Juan Carlos Rosero y este indica los servicios que van a estar paralizados, dice el perito que esos eran los términos de respuesta, respecto de la entrevista constante a fojas 70 él perito se ratifica en lo que consta del informe, dice que a fojas 73 y 74, también a fojas 94 consta una entrevista a Alulema, a fojas 100 consta que Merlo dice que "no es insubordinación", indica que en Azuay la policía ha normalizado su trabajo, que se están verificando las cosas negativas de este hecho, a fojas 107, Merlo indica que se pudo presentar algún hecho delictivo; dice el perito que esta transcripción la hizo con el perito Wilson Palomeque, que hicieron dos informes, fueron posesionados, el fiscal hace uso del segundo informe a lo que el perito dice que es similar al primero, se incluyeron fotografías de canales de tv, se incluyeron fotos de lugares de Cuenca, habían vehículos policiales y personal de policía, por el uniforme se veía, había movimiento de personas, una protesta, se veía el parque central - Parque Calderón, habían fotos de una reunión, no recuerda en qué lugar, se le enseña este informe a lo que dice que no puede ubicar el lugar exacto, no reconoce a ninguna persona, dice que no era una pericia de identificación, al parecer existen motos, vehículos, eran policiales, si habían motocicletas, al parecer de la policía, no puede asegurar. Al contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso contesta: que tomaron posesión como peritos, que aparte del fiscal, secretario y los peritos no habían otras personas al abrir los videos, la defensora hace uso del informe 1, archivo tres, a lo que el perito responde que no conoce al sargento Juan Carlos Rosero, que quien aparece en entrevista no puede determinar que esa persona es Juan Rosero pero ese era el nombre que constaba al pie de la entrevista, se le pidió que pase el peritaje respecto a lo acaecido en Cuenca, que habían noticias que se repetían, a fojas 66 del archivo 3 dice no se puede saber quién era el policía Nro.- 1, esto no era objeto de la pericia, en el archivo 2, a fojas 99 no recuerda lo que dijo Alulema sobre la inseguridad ciudadana en Cuenca, se le refresca la memoria y dice que si dijo Alulema "que ahora está un poco afectado, pero que pasará y luego se normalizara", que no puede decir el número de personas que estaban en el Comando, no identifica a sus defendidos como participantes, dice que ese no era el objeto de la pericia, se le pregunta sobre lo constante a fojas 104 del archivo 3 respecto a la entrevista a Merlo en que dice en qué términos se dio el dialogo y porque decidieron volver a trabajar, no recuerda la respuesta, se le enseña el informe dice que esa fue su respuesta: "no había información clara, se les informó y la situación volvió a la normalidad", a fojas 105 en torno a que le preguntan a Merlo si Alulema participó de la reunión y responde que fue quien encabezó el personal, el perito dice que esa fue la respuesta.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra responde: que luego de posesionarse suscribieron una acta, normalmente no se señala su casilla judicial, no recibió citación para la apertura de videos, en la diligencia no estaban las partes procesales, el

defensor utiliza el informe 1, pag 99, el perito no recuerda que contestó el General Alulema, se le enseña su informe y responde que Alulema contestó sobre la inseguridad ciudadana, "vamos a darles unos minutos de inconformidad y luego se volverá a la normalidad" que no teme por su puesto, responde que si contestó eso, sobre el cierre de las calles, ha dicho Alulema, que en Cuenca no han tenido cierre de calles.- Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: Que Alulema es repetitivo en manifestar que en Cuenca se tranquilizó la situación, que Alulema dice que él llamó a una reunión, que así consta, dice que no hubo desacato como consta a fojas 81.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel contesta: que el objeto de la pericia fue la transcripción de audios, no fue una pericia de identificación humana ni de objetos.- En este momento procesal los Drs. Cardoso, Segarra, Arévalo y Coronel renuncian a la exhibición de videos, el Dr. Segundo Segarra dice que no perjudica los intereses de sus defendidos, el objeto de la pericia no es identificación, el fiscal no hace observación.- 4.20 Testimonio de WILSON OMAR PALOMEQUE ZAMORA quién hace conocer: que es perito, en el 2010 estaba acreditado al Consejo de la Judicatura, ha realizado unos 60 peritajes, tiene estudios de maestría en informática y capacitaciones en informática forense, ha realizado varias pericias de transcripción, en este caso realizó dos pericias, en la primera, de videos recopilados de noticieros sobre eventos del 30 de septiembre, reportajes de lo que sucedía, en audio se identificaba la radio, eran varias retransmisiones, se veían policías en movilización, aglomerados, se distinguía el uniforme, en el archivo 3 a fojas 56, existen palabras del sargento Juan Carlos Rosero, que la imagen del video pertenece a la foto de fojas 57, en fojas 56 del archivo 3 se hace referencia al sargento Juan Carlos Rosero, a fojas 57 consta que personas decían "viva la tropa", a foja 58 consta que Alulema dice: "es una disconformidad del personal", de fojas 58 dice que "no hay paro", en el archivo 4 a fojas 65, el policía uno dice que "se suman por afectarse su derecho", recuerda que les preguntaban si iban a seguir con la medida, a fojas 66 del archivo 4 consta que dice que no tiene qué temer, no puede aseverar que lo diga quien se identifica en el video, a fojas 68 y 69 el policía 1 dice si así mismo "estamos protestando aquí", que si eso consta en el informe, es un audio , no se identifica al policía, que el policía 2 dice se "están tomando el comando", que esa es la traducción, a fojas 70 continúa la entrevista a Rosero, existe una entrevista a Alulema, también una entrevista a Merlo en la que dice que no es insubordinación, a fojas 74: si consta que dice que se han normalizado las actividades, después de hacer sentir su protesta, a fojas 94, Alulema dice: no puedo apoyar una paralización, a fojas 104, Merlo dice: en Azuay se ha normalizado actividades; En el segundo informe se hizo un análisis de 4 cds de videos y audio, se observaba grupos de policías en movilización por la ciudad, reunidos, desplazándose, en partes de los videos eran en Cuenca, el lugar era el parque Calderón, habían camionetas, motos, personas vestidos de policías, con chalecos, camionetas blancas, camionetas con identificación de la policía, se le enseña las fotos de fojas 889-890 a lo que dice que el lugar no identifica. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Cardoso responde: en la apertura de videos estaban presentes el fiscal, el Dr. Peña, no estaban las partes, que los policías 1, 2 ,3 y 4 es como se nombró en los archivos de audio ya que no se identifica un nombre, se le enseña informe respecto a la entrevista a Alulema que dice no hubo desacato, estaban reunidos a mi pedido para explicarles, se ratifica que es lo transcrito; se ratifica en la totalidad de los dos informes. Al Contrainterrogatorio del Dr. Segarra responde: al recibir y abrir los videos y audios recuerda haber recibido la notificación, fue llamado a la posesión y allí se revisaron los cds. Al Contrainterrogatorio de la Dra. Arévalo responde: que a fojas 79 Alulema manifiesta que en Cuenca no ha habido sublevación y que él llamó a una reunión, a fojas 80 dice que no hubo insubordinación, si recuerda que está en el informe, a fojas 81, dice que no hubo desacato, que estaban reunidos por su pedido, a fojas 86, dice que no hubo desacato.- Al Contrainterrogatorio del Dr. Coronel responde: los cds les entregaron con imágenes puras no editadas. 4.21- Se da lectura al testimonio anticipado del Alcalde de la ciudad de Cuenca PAUL GRANDA LÓPEZ, quién en esencia ha manifestado: que el 30 de septiembre el 2013 se encontraba en funciones de Alcalde de Cuenca, que se enteró de lo que sucedía a través de los medios de comunicación en tomo a que personal policial realizó una protesta en el sector céntrico de la ciudad, que se encontraba en una reunión con transportistas en el terminal terrestre y luego se ha trasladado a la casa comunal de San Blas y se le informó que la situación era compleja y difícil, por lo que se retiró para obtener información de lo que pasaba, se comunicó con el gobernador en esa fecha Leonardo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Berrezueta, que a eso de las 14h00 se reunió en la Gobernación con el Ing. Juan Cristóbal Lloret, el General Wilson Alulema y el Coronel Edmundo Merlo, quienes le informaron que la situación estaba controlada, por ello dieron una rueda de prensa para informar la situación, dice que el no pudo constatar personalmente la situación pero por las noticias supo que se había dado una marcha o protesta, no sabe en qué sector ni quienes intervinieron, escuchó que se ha dado un recorrido por las calles céntricas de la ciudad pero no puede afirmarlo, ha referido que ese día hubo nerviosismo y paralización de actividades, los efectos se sintieron con menor intensidad que en otros y lugares del país, el comercio disminuyó, no le consta que haya habido algún atentado contra la ciudad o la propiedad privada ni paralización de servicios municipales, pero si disminuyó el movimiento de actividades comerciales, el General Alulema y el Coronel Merlo informaron que se habían reunido con todo el personal y habían hecho un llamado a mantener la calma, que no pudo escuchar algún desmán cuando estuvo en el terminal terrestre ni el Consejo de la Niñez, que luego de los hechos no recuerda que en la reunión el General Alulema o el Coronel Merlo hayan calificado el hecho de rebelión o sedición. 4.22 Se da lectura al testimonio anticipado de JUAN CRISTOBAL LLORET VALDIVIESO, quién en esencia ha referido: que en esa fecha el 30 de septiembre del 2010 estuvo como Jefe Político del Cantón Cuenca y encargado de la Gobernación del Azuay, que antes de las 8 de la mañana le informaron que había algunos inconvenientes en el Comando de Policía del Azuay, tomó contacto con el Coronel Edmundo Merlo quién le manifestó que estaba reunido con el general Wilson Alulema, el mismo que se encontraba al mando de la situación, le informó también que un grupo de policías no habían salido a laborar con normalidad y que Alulema se encontraba conversando con este grupo, a las 09h30 aproximadamente recibió información de que un grupo de manifestantes subían por la Benigno Malo, desde la Universidad de Cuenca, con banderas del MIU, se acercaron a la Gobernación e intentaron ingresar, por ello dispuso que se cierren las puertas, intentaron entonces quemar las puertas, ante esto llamó al Comandante Provincial de Policía y al no tener respuesta en torno a salvaguardar los bienes públicos, hicieron llamados a los ciudadanos de los mercados de la ciudad, quienes lograron disipar esa manifestación, como a las 10h30 a 11h00 un grupo de policías desfilaron en vehículos policiales frente a la Gobernación por un lapso de cinco a diez minutos, manifestaban consignas en contra del régimen, que los rostros de quienes desfilaron se podían ver en los medios de comunicación, él observó desde la ventana, no podrá determinar con exactitud el número de personas en la manifestación, sería de 80 a 100 personas que se transportaban en vehículos policiales, eran motos y camionetas y estaban vestidos con uniformes de la policía, los otros manifestantes también se unieron a esta manifestación, se identificó a elementos policiales con personas que tenían banderas del MIU; luego de estos hechos se comunicó nuevamente con Merlo quién le dijo que efectivamente un grupo de policías habían salido en esta manifestación sin la autorización de él, al mediodía le manifestó que la situación estaba controlada y que incluso se había controlado un acto delictivo en la feria libre, luego de los hechos decidieron dar una rueda de prensa junto con el Alcalde, el Comandante Provincial de Policía y el Comandante del Distrito para informar que la situación en Cuenca y en el Azuay estaba controlada; tuvieron reportes de algunos sectores de la ciudad se habían cerrado establecimientos comerciales e instituciones educativas, no recuerda cuales; dice que como consecuencia de esa manifestación ciertos servicios se vieron afectados al igual que centros de comercio en la ciudad, tuvieron una serie de llamadas a la Gobernación solicitando resguardo para el desenvolvimiento de las actividades, recuerda que se afectó al aeropuerto de la ciudad, el terminal terrestre y centros de comercio como la feria libre, en las primeras horas de la mañana eran solo manifestantes con banderas del MIU, posteriormente en la manifestación de los miembros de la policía, se unió este grupo al personal policial, dice que los videos no son de la gobernación. Sino de los medios de comunicación; manifiesta que no pude reconocer a ninguno de los acusados presentes en la sala, dice que habían consignas en contra del gobierno, que la coordinación desde la Gobernación era con el Comandante Provincial del Azuay, no tuvo contacto con el General Alulema, sino hasta la rueda de prensa, en la mañana el Comandante Provincial le manifestó que en ese instante a las 08h00, el General Alulema se encontraba reunido con el personal policial, algunas llamadas indicaban que no podían comunicarse con el 101, dice que de lo que tuvo conocimiento no se suspendieron los servicios básicos, se ratifica en haber hablado en la mañana con el Comandante

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Provincial quién la manifestó que el General Alulema estaba al frente conversando con los clases y policías con el fin de orientar sobre las supuestas prebendas que han sido eliminadas, que miembros de la policía estaban al interior de la institución y estuvieron prestos a colaborar.- PRUEBA DE LA DEFENSA: 4.2. la Dra. Magdalena Cardoso anuncia como prueba documental de todos su defendidos, con excepción de Diego Armando Guadalupe Borja y Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo los siguientes documentos: copias certificadas de documentación constante en la Instrucción Fiscal, certificados de encontrarse en servicio activo en la Policía Nacional, copias certificadas de la pericia de transcripción de los CDS de audio y video, certificados de honorabilidad, certificados de antecedentes penales, certificados en los que constan que sus defendidos fueron sancionados administrativamente por haber participado en el acto del 30 de septiembre, solicita asimismo que se adjunten los CDS de audio y video sobre los que se realizaron los peritajes, sin embargo considerando que fiscalía presentó la misma prueba, acepta no presentarlos, anuncia también como prueba documental copias certificadas de los recortes de prensa sobre los acontecimientos del 30 de septiembre y un certificado respecto a Juan Peña Aguirre otorgado por el Consejo de la Judicatura, estos dos últimos documentos no son aceptados como prueba por no haber sido debidamente anunciados conforme el art. 267 del Código de Procedimiento Penal; así mismo a parte de los documentos anunciados, presenta como prueba documental por el acusado Segundo Víctor Peñafiel González: hoja de ruta, certificación de la Policía que indica el lugar en donde se encontraba; por Edison Fabricio Cabezas Velasco presenta: record policial, copia certificada del oficio que acredita que debía comparecer al curso de Derechos Humanos en el Comando de Policía.- Como prueba testimonial solicita se recepten las versiones de Wilson Alulema Miranda, del Dr. Paúl Granda López, Leonardo Berrezueta Carrión y de los peritos Juan Peña Aguirre y Wilson Palomeque Zamora, testigos estos que son coincidentes con lo solicitado por fiscalía; así mismo y siendo procedente la defensora y el señor fiscal llegan a un acuerdo probatorio en torno a la buena conducta anterior y posterior a los hechos del acusado Juan Carlos Rosero Conde, por esta razón la defensa prescinde de los testimonios de las testigos de buena conducta: Ángela Regalado García y Silvia Palacios Iñiguez.- 4.2.2- El Dr. Segundo Segarra al presentar su prueba solicita que al amparo de los que dispone el art. 76, numeral 7, literal a de la Constitución y si bien no ha anunciado prueba con anterioridad, se incorpore la documentación constante en 121 fojas del proceso de fiscalía , documentación que es rechazada por no estar anunciada; presenta 13 Cds de audio y video.- 4.2.3 - La Dra. Fabiola Arévalo por su defendido Adrián Cristóbal Avilés Bucheli solicita se recepten los testimonios que debidamente ha anunciado, como prueba documental presenta: 1. Copias certificadas de diligencias de la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia de ese entonces, María Victoria Ordoñez, 2. Parte policial. 3. citación realizada a las 15h30. 3. citación realizada a las 17h20, 4. Documentación de actuaciones de todo el 30 de septiembre del 2010, 5. Copias certificadas de documentos y versiones de fojas 78, 79, 80, 81, 85, 86, 580, 906, 912, 913, 914 y 915 de la Instrucción fiscal, 6. Certificados de honorabilidad, 7. Certificado laboral de Avilés Bucheli, 8. Partidas de nacimiento de los hijos menores de edad, 9. Declaración juramentada que acredita la unión de hecho de su defendido, 10. Memorándum de notificación con la sanción administrativa, 11. Contrato de arrendamiento, 12. Certificado de antecedentes positivos o negativos de la página de internet de la Policía Nacional; sobre esta documentación el fiscal objeta la copia de la versión de Edgar Merlo ya que su testimonio debe ser practicado en juicio. Como prueba testimonial presenta: 4.2.3.1 Testimonio de FANNY LUCIA JARA PERALTA que en lo principal manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010 llegó a los 8h30 buscando la boleta de auxilio y como tenía que hacer una citación subió y se vio con Adrián Avilés Bucheli, el señor tenía que acompañarle a la citación que era a su conviviente, la citación fue a las 9h00, el parte bajo a las 9h30, estuvo con Adrián Avilés Bucheli hasta las 10h00 aproximadamente. Al Contrainterrogatorio del fiscal dice: que la profesión del señor Avilés Bucheli es policía.- 4.2.3.2 Testimonio de RUTH TANDAZO RODRÍGUEZ que en lo fundamental dice que: se encontró con el señor Adrián Avilés Bucheli en la escuela Luis Roberto Bravo y queda en la ciudadela Católica, porque tiene los niños ahí y son compañeros de sus hijos lo vio a las 12h30. Al Contrainterrogatorio del fiscal responde: No estaba con uniforme, rara vez estaba con uniforme, vestía un pantalón cafecito y camisa.- 4.2.3.3 Testimonio de JORGE ALBERTO VILLAVICENCIO TORRES que manifiesta que: es

empleado público, desempeñaba las funciones de Comisario Segundo de la Mujer y la Familia del cantón Cuenca, conversó en la mañana con Avilés sobre los procesos de citaciones, no recuerda a qué hora le pidió permiso para ir a una reunión con el General Alulema pero más o menos era a las 10h00, El 30 septiembre se encontraba en el departamento de violencia contra la familia, estaba en la primera planta, le pidió al acusado que le acompañe a un allanamiento en horas de la tarde, terminaron como a las 18h30, el allanamiento fue después de las 17h00. Al Contrainterrogatorio del Fiscal responde: Avilés desempeñaba las funciones en el departamento de violencia intrafamiliar su función era de citación, citaba a los denunciados y coordinábamos allanamientos y demás funciones, no todos los días estaba uniformado, a veces iba al trabajo con ropa normal, no recuerda como estuvo vestido, no se reunió con él, converso sobre las citaciones, el allanamiento fue después de las cinco de la tarde.- 4.2.3.4 Testimonio de ELSA ROCÍO DUTA ORTEGA que expone: Adrián Avilés Bucheli es una persona tranquila, bondadosa, dispuesto a colaborar.- 4.2.3.5 Testimonio de JESSICA ELIZABETH NUGRA ORELLANA, en lo principal manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010 vio que Avilés Bucheli llegó a su lugar de trabajo estuvo en su trabajo normalmente a las 09h00, fue a la Comisaria Primera de la Mujer, le dejó que saque copias porque se iba a una reunión del comando a eso de la 10h30 o 11h00. Al Contrainterrogatorio del fiscal responde: que Avilés regresó a la Comisaria a las dos de la tarde. 4.2.4 El Dr. Pedro Coronel al presentar su prueba manifiesta que hará valer los elementos probatorios presentados por los otros sujetos procesales. 4.2.5 Los acusados: Juan Carlos Rosero Conde: Segundo Víctor Peñafiel González: Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Hamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David Salan Tite, Segundo Rodolfo Acan Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tutinga, Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bocancho, Francisco Paúl Carrillo García, Edwin Heriberto Freire Reyes, manifiestan todos que se acogen al derecho al silencio.- **QUINTO.- DEBATES: 5.1.** En relación al acusado Juan Carlos Rosero Conde el fiscal dice: existen casos de relevancia mayor que deben tener atención de los operadores de justicia, no se puede olvidar lo vivido el 30 de septiembre del 2010, Cuenca no fue ajena a los hechos, se vivieron momentos de inseguridad, manifiesta que sobre este acusado la materialidad está probada y que si bien el art. 27 del Código Orgánico de la Función judicial establece que no se deben probar los hechos públicos y notorios, aun así se ha probado la materialidad de la infracción con el documento No 1: recortes de prensa de diario el Tiempo del viernes 1 de octubre del 2010 en los que se ven a los policías incumpliendo sus deberes, el General Alulema dice en una entrevista que los manifestantes salieron en caravana, Cristóbal Lloret Gobernador encargado dice que se suspendieron las clases debido a la protesta por un grupo descontento de la policía; diario El Mercurio del 1 de octubre del 2010 informa que con una caravana protestaron policías en Cuenca, que el patrullaje se normalizó pasado el mediodía, se vivieron momentos de inseguridad, a la altura del terminal terrestre, policías se bajaron de las patrullas y pidieron a los taxistas que se unan a la protesta, querían que sé que se sumen otros gremios, al menos 80 vehículos salieron a las calles y el trabajo se normalizó a las 12h30, igual informa "A pesar de rebelión se neutralizaron delitos" eso demuestra que hubo delitos e inseguridad, las instituciones cerraron sus puertas, se habla de un asalto a Coopera, demuestra que la ciudad estaba sin seguridad ese día en horas de la mañana, seguridad que la debía brindar la policía, diario La Tarde informa que frente a la Gobernación estudiantes y policías desfilaron, se produjo anarquía, fueron hechos públicos y notorios, se muestran fotos del recorrido, se informa que fuerza policial se rebela contra el Jefe de Estado y sobre agresiones, saqueos y temor, terminal terrestre paralizado, que dejó de ser productiva la ciudad de Cuenca, se tuvo que reunir una asamblea local para evitar la inseguridad, el alcalde recomendó cerrar los negocios, no salir de los hogares, cuidar a los niños; se prueba también la materialidad de la infracción con la transcripción de videos, de audios de los medios de comunicación, a fojas 56 de este informe se establece que existen voces de consignas a favor del paro, existen entrevistas a policías que exponen las razones de la protesta, dicen "hemos decidido sumamos

a esta protesta", existió la infracción, fojas 71 en la entrevista al General Alulema, éste dice que hay inconformidad en el personal, que no hay paro o medida de hecho, pero los periódicos recogieron la protesta, a fojas 79: Alulema manifiesta que llamó a una reunión, que le hicieron conocer la disconformidad y salieron, se recoge que se cometieron hechos delictuales, en el segundo informe se ven vehículos y motos de uso oficial, existió el recorrido, todos los testigos han dicho que participaron policías, se recogen entrevistas del Comandante Edmundo Merlo que indica claramente a fojas 77 que "ese pequeño espacio en que los policías hicieron sentir su voz de protesta", a fojas 86 reconoce que pudieron existir hechos delictivos, que el deber de la policía era brindar la seguridad ciudadana, a fojas 101 Merlo dice que no hay patrullaje, que la ciudadanía tenga paciencia. Con respecto a la responsabilidad del acusado el fiscal expone: que con respecto a Juan Carlos Rosero Conde en el alegato inicial de su defensa se dijo no estuvieron incumpliendo funciones, que participaron en la caravana por cumplir con una orden estricta del General Alulema, a fojas 57 del informe de transcripción, el perito dijo que la imagen que se lee es del Sargento Juan Carlos Rosero que dice: se burlaron de nuestros derechos, que los servicios que van a estar paralizados son antinarcóticos, tránsito, etc. y no sabe hasta cuándo, continúa a fojas 70 y dice que la medida se tomó desde las 9 de la mañana, el perito Juan Peña prefiere que la persona que sale en la entrevista se identifica como Rosero igual dice el perito Palomeque, el testimonio de Darío Caicedo en que dice que el secretario de la Unidad Técnica de Control de Armas es Juan Carlos Rosero, que le vio a las 8h00, después salió y le volvió a ver pasada la una de la tarde, se prueba con la nómina del personal del Comando de Policía sancionado por los hechos: el Nro. 12 es Juan Carlos Rosero Conde, sancionado con 9 días de arresto, a fojas 977 del documento 4 consta el certificado del Comando de Policía sobre que el acusado estuvo en cumplimiento de servicios, no deja hoja de ruta, estaba en servicio, a fojas 979 de este mismo documento constan las funciones a cumplir consignadas en el libro de ingresos y sobre éste acusado dice claramente: Sargento Juan Rosero: secretario, debía estar en su oficina, pero Caicedo dice que sale y regresa pesada la una, no deja hoja de ruta, incumple sus funciones así lo establece el memorando 1399 de fojas 140, documento 5, consistente en el informe de sanción, sanción administrativa independiente de la sanción penal, se ha probado con los testimonios de Alcalde que conoció de la protesta, igual de Juan Cristóbal Lloret que dice que miembros de la policía se pararon frente a la Gobernación, vio patrulleros y motocicletas, Leonardo Berrezuetá dijo que se reunió con Alulema y le manifestó que él no había dado orden para marcha, supo que han salido policías y se han sumado gente del MIU y MPD que querían ingresar a la fuerza a la gobernación, que la ciudad quedó desprotegida por unas horas, el Coronel Merlo dice que él no autorizó el recorrido y su superior Alulema dispuso que comparezcan al comando no para la caravana, la defensa dice que salió por orden estricta de Alulema, al respecto Merlo dijo que no se puede cumplir con una orden ilegitima así emane del superior, estaban en ejercicio de sus funciones, las paralizaron al salir en caravana utilizando vehículos oficiales, Tobías López vio que salieron policías en el recorrido y que él tampoco dio esta orden. Paneluisa y Pazmiño son concordantes con los hechos, vieron que los policías salieron y volvieron; Lucio Sánchez, dice lo mismo, que se dio una caravana por el centro de la ciudad, que no escuchó que Alulema la haya ordenado, si les dijo que se reincorporen, el testigo Oña Chiquito, también vio que salieron, Rubio igual, que no sabe que Alulema dio disposición para salir, igual dice Mena Santamaría, Alex Bayardo vio que salieron en patrulleros, Elvis Mora vio que hacían bulla y quemaban llantas en la prevención, que salieron en marcha con vehículos, Inca Pilco dice igual, Byron Samaniego dice que no se pudo atender auxilios porque colapsó el sistema y no recibía respuesta de las unidades policiales, González Luzuriaga dijo que existían voces que decían que se unan a la medida y no se pudo atender de 8h40 a 11h00, la señal estuvo interferida, Geovana Cumandá es amenazada, que ella vio que salieron motos y patrulleros a las 10h30, que no se pudo atender llamadas, igual dijo Padilla; existió el delito y la responsabilidad del acusado está probada con las certificaciones y entrevistas que brindó, la Constitución en su art. 233 dice que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en ejercicio de sus funciones, el art. 5 del Reglamento de la Policía Nacional, dice que un subalterno no está obligado a cumplir si la orden es ilegítima, que lo que ocurrió ese día es un delito de función, pero el bien jurídico vulnerado fue la seguridad del Estado, existió un alzamiento colectivo y violento contra el orden público, incitar a

inobservancia de la Constitución y las leyes, como define a la sedición Cabanellas, el bien jurídico la seguridad del estado, fue vulnerado, así es que se requiere de una tutela judicial expedita de los derechos de todos los ciudadanos, cita la doctrina de Efraín Torres Chávez, Breves comentarios al Código Penal en que se dice el verbo rector del delito de sedición es atacar las leyes, la Constitución, estimular para que no las obedezca, los arts. 158 y 163 de la Constitución garantizan que la policía proteja nuestros derechos, se ha vulnerado este derecho, acusa a Juan Carlos Rosero Conde como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.- La defensora del acusado manifiesta: el fiscal trata de confundir, en su primera exposición la defensa dijo que demostrará que sus defendidos no participaron en la caravana, que esta caravana fue pública pero no se ha determinado que Rosero haya participado, sobre la materialidad de la infracción se hace referencia a lo sucedido en Quito, Guayaquil, prohibido olvidar es una frase política, se hace confundir, la frase nace del Presidente porque lo que pasó en Quito es totalmente diferente a lo sucedido en Cuenca, que los testigos dijeron que han sido sancionados, que el reglamento de la policía en el art. 1 dice que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio sin embargo el art. 33 dice arresto y el arresto es detención, Juan Carlos Rosero fue detenido, privado de su libertad 9 días porque no se ha demostrado que ha incumplido con sus funciones, se dice que no existió hoja de ruta, pero estas no las presenta el personal administrativo, Rosero es secretario de la Unidad de Armas, cumple una función administrativa y ese día estaba franco, asistió al Comando a cumplir una orden superior, asistieron 220 personas, convocatoria a la que no se podían negar, el General Alulema en la entrevista acepta que convocó a una reunión y que en Cuenca no pasó nada, Merlo dijo que al estar su superior Alulema, éste estaba al mando ese día, que con respecto a los cds de audio y video pidió que se excluyan por cuanto no se notificó a las partes, no fueron escuchados y vistos en audiencia, nunca fue convocada, los peritos dijeron que ellos tomaron posesión para hacer transcripción de audio y video, que la entrevista se refería al Sargento Rosero, que varios policía dijeron y no se podía asumir que era él, dio su nombre cuando le abordó la prensa y fue su error, que nadie identificó a sus defendidos, nadie dio su nombre, el Jefe Político dijo que desde la ventana observó varios vehículos, estudiantes, pero fue claro en decir que no reconoció a nadie, su defendido el 30 de septiembre asiste a una reunión convocada por Alulema, se convocó a los más antiguos, él era secretario y no debía pasar parte, el testigo dijo que Rosero dio la orden para que cierre la puerta de la oficina para precautelar orden, volvió después de la una, estuvo franco, no se ha demostrado su participación, el Art. 159 de la Constitución habla del principio de obediencia, los policías serán obedientes y no deliberantes, que al asistir a una reunión ordenada por Alulema solo ha cumplido con el principio de obediencia, no era reunión ilegal, no incumplió funciones, nadie dijo que en un patrullero se reconocía a su defendido, en las fotos de periódicos no se dijo si estuvo Rosero, todos los testigos dijeron no distinguir a nadie y no escuchar un solo nombre, el art. 76 de la Constitución establece que nadie puede ser sancionado dos veces por la misma causa, ya han sido sancionados como consta del listado de sanción con arresto, con respecto al art. 33 del Código Penal, el fiscal no leyó la segunda parte que dice que excepto cuando de las circunstancias pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo, no hubo dolo, no hubo incumplimiento a su deberes, periodistas irrumpieron y entrevistaron, no se ha probado que haya cometido delito, no existe responsabilidad, no existe nexo causal, que se limitó el derecho a la defensa por no estar Alulema, que las declaraciones de su defendido fueron en el Comando. Como prueba de fiscalía está el listado de sancionados que son 53, muchos de ellos fueron testigos, entre ellos también su defendido, por lo tanto pide se consideren las pruebas, si han sido tomadas con el principio de contradicción lo que no sucedió con los videos, prueba fundamental de fiscalía que no determinó nada, no fue reconocido, solicita se confirme su inocencia y se levanten las medidas cautelares.- En la Réplica el fiscal manifiesta: que Juan Carlos Rosero ha ordenado que se cierre la oficina de armas, se pregunta si él era el jefe o la oficina no iba a trabajar, que hechos públicos y notorios fueron en todo el país, en la pericia sale el acusado, que la sanción basada en el reglamento de policía es materia administrativa, indiferente a la materia penal, sobre la hoja de ruta hay la certificación de no presentación, que no estaba franco, que las pericias de transcripción de audio y video se practicaron antes de que exista autorización a los defensores, en ese momento no había

sospechosos, no se afectó el derecho a la defensa, que los testimonios rendidos en la audiencia fueron para probar la materialidad, que salir en caravana es incumplir el servicio, tenían conciencia y voluntad de aquello, se ratifica en su solicitud.- En la Contrarréplica la defensora expone: Su defendido era secretario de la Unidad Técnica, estaba a cargo, el testigo Caicedo dijo que la orden de cerrar la puerta fue para precautelar la seguridad, por tanto Juan Carlos Rosero cumplía su función, su labor era administrativa, no debía estar en la calle, que al policía se le sanciona con arresto y esto es privación de la libertad, sí estamos frente a un juzgamiento dos veces por la misma causa, se ratifica en su pedido. 5.2 Debate con relación al acusado Segundo Víctor Peñafiel González: El fiscal expone que materialidad está probada, son hechos públicos, los mismos que ya se encuentran expuestos; con respecto a la responsabilidad del acusado dice que la prueba con la nómina de sancionados constante en el documento de prueba 5, Segundo Víctor Peñafiel González fue sancionado con 9 días, a fojas 139 consta el memorándum en que se le notifica con la sanción de 9 días de arresto por causas inherentes a manifestaciones de indisciplina, existiendo constancias de que ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, él debía estar en la zona 3 como jefe de patrulla Z3 Virgen de Fátima, así consta en el oficio en torno a la ruta que debía cumplir, a fojas 983 del documento 4 consta que debía laborar de 6 a 2 de la tarde como jefe de patrulla, su sector de responsabilidad era la Avenida Solano, Avenida 12 de abril, Avenida 10 de agosto, no lo cumplió, no está exento de responsabilidad, según el art 76, numeral 7, literal i de la Constitución si bien fue sancionado no se trata de la misma materia; dice que la defensa del acusado en su alegato de inicio manifiesta que sus 8 defendidos cumplieron órdenes de Alulema y con respecto a este acusado que obedecía órdenes para acudir al llamado de radio, se presume el conocimiento del ordenamiento jurídico, se ha demostrado existencia material y responsabilidad, acusa a Segundo Víctor Peñafiel González como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.- La defensora expone: que el perito, ingeniero Palomeque al preguntarle si la pericia se la hizo sobre videos editados dijo que eran editados, por lo que se entiende que la prensa envía lo que quiere, a conveniencia de lo que deben enviar, que los policías se embarcaron en motos, gritaron, prendieron fuego, dijo "los policías", obra de sus entrevistas que, eran unos 50 miembros cuyas identificaciones no. las conocía, no dice ningún testigo o perito que Segundo Peñafiel fue identificado a bordo de camioneta, moto, a pie, que sí existió el recorrido, pero que ha demostrado que no participó en la marcha y fiscalía no ha probado que ha cometido delito de sedición, que la hoja de ruta no indica en donde estuvo y debía estar, no se indica que baya estado fuera de lugar de servicio, estuvo como jefe de patrulla, no existe nexo causal, existe infracción que sería la caravana, cita a la doctrina y dice que un alzamiento colectivo y violento, no existió, que en la prueba de transcripción, todas las autoridades dicen que no hubo violencia en Cuenca, fue una marcha pacífica, por lo que no hay presupuestos de la misma doctrina, ningún testigo ha reconocido a su defendido, no han escuchado su nombre realizando algún hecho delictivo, que el art. 602. 4, numeral 2 del Código Penal dice: incumplieren deberes del servicio, no se ha dado, insiste en violación a la defensa, se debe aplicar el principio non bis in ídem, que el memorando que sanciona al acusado establece sus causas, que todos los sancionados fueron las mismas causas por constancias de que estuvieron en esas marchas pero solo se consideraron a ciertas personas, testigos son los mismos sancionados y presentes el 30 de septiembre en el Comando, sorprende que unos sean culpables y otros no, fiscalía no ha demostrado con su prueba la responsabilidad de su defendido, pide que se confirme su inocencia.- En la Réplica el fiscal se ratifica en su alegato, dice que la existencia infracción se probó el mismo día de los hechos por ser un hecho público y notorio **(sic),** que Alulema dice en la entrevista que él no ha autorizado el recorrido o caravana y si él autorizó la policía no debe cumplir una orden ilegítima, que si bien el recorrido ha sido pacífico, la defensa acepta el recorrido y la doctrina contempla varias clases de sedición, existió un alzamiento colectivo, que el acusado recibió una sanción administrativa y disciplinaria no penal, se ratifica en su acusación.- La defensora en su Contrarréplica dice: que los policías del recorte de prensa podría ser o no policías, que se trata la situación de Peñafiel y en ningún momento se ha demostrado responsabilidad, se ratifica en su petición. 5.3 Debate con respecto al acusado Víctor Miguel Acaro Pérez, el fiscal manifiesta que la materialidad está probada en base a los

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

fundamentos ya expuestos; con respecto a la responsabilidad del acusado dice: la defensa manifiesta que cumplieron una orden estricta de Alulema, sin embargo el art. 159 de la Constitución establece que la obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten, que además la orden fue ilegítima de haberla habido, que con el documento 5 consistente en la nómina de personal sancionado prueba que Víctor Miguel Acaro recibió 9 días de sanción, sanción en firme, el memorando dice que se lo sanciona por manifestaciones de indisciplina, existiendo constancias de que ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero AWA-139, debía estar en la Zona 2 Cañaribamba, debe firmar un registro indicando su ruta, no se ha probado eso, como Cañaribamba Z2 debía estar en las Avenidas González Suárez y Cañaribamba, no hay constancia que haya dejado su hoja de ruta y por eso ha sido sancionado, se ratifica en lo referente a que la sanción administrativa recibida es distinta a la sanción penal, que el art 114. 5 establece lo que es la obediencia debida, que se actuó con conciencia y voluntad frente a una orden ilegítima, que se trata de un documento público el que prueba la sanción recibida; acusa a Víctor Miguel Acaro Pérez como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114.3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.- La Defensora expone: el fiscal dice policías, patrulleros, dejaron de dar protección, pero los testigos: Alcalde, Jefe político, Gobernador, Crnel. Merlo, los policías sancionados, los peritos no han mencionado que su defendido haya participado de la marcha, que la orden expresa fue de que asistan al Comando, orden de Alulema, Edmundo Merlo dijo que el superior fue Alulema, según los peritos de la transcripción no consta que el vehículo AWA 139 haya participado, no existe un reconocimiento personal a su defendido, solo de manera general se dice "los policías", su defendido fue sancionado por 9 días y se reproduce a favor el listado de todos los sancionados, Merlo reconoció que fue sancionado injustamente y le dijeron cuando reclamó que habían órdenes superiores, la policía es jerarquizada, en esa época su defendido era cabo primero, era conductor, en ningún momento se demostró su participación, si al Coronel no se le aceptó reclamo, peor a un inferior, el arresto es privación a la libertad, se ha sancionado dos veces por la misma causa, no se ha demostrado responsabilidad en el delito acusado, pide se declare su inocencia. En la Réplica el fiscal expone: que se ratifica en su alegato, no se puede desvirtuar el documento público de la sanción impuesta, que este documento dice que hay constancias de que ha participado, se mantiene en que la sanción administrativa es diferente a la sanción penal.- En la Contrarréplica la defensora dice: el Cabo Segundo Oña Chiquito testigo de fiscalía, indicó el memorando que lo sanciona por haber constancias que ha participado, no se explica que a dos personas en la misma situación de patrulla, se les sanciona diferente, con las misma circunstancias y mismos documentos , el uno es testigo y el otro es acusado, que con los testimonios de los peritos, de Merlo, alcalde, gobernador, ninguno ha dicho que reconoció el vehículo o a su defendido que haya participado del recorrido de la caravana, se ratifica en su pedido. 5.4 Debate en torno al acusado Diego Armando Guadalupe Borja, al respecto el fiscal expone: que la materialidad está probada con los fundamentos que ya ha referido; con respecto a la responsabilidad dice: que se basa en el alegato inicial de la defensa que dijo que cumplían una orden legítima, sin embargo el art. 159 de la Constitución establece que la obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten, que además la orden fue ilegítima de haberla habido, que a fojas 127 del documento 5, documento del listado de policías sancionado se establece que al acusado se le impuso 9 días de sanción administrativa, que es un documento público, no se ha recurrido esta sanción, que ha sido sancionados por haber adecuado su conducta con respecto a los que fueren negligentes en el cumplimiento de sus funciones, que existen constancias de que ha participado en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial G-31, a fojas 981 del documento 4 se prueba que él debía estar como GOM 4 en el escuadrón motorizado en la Calles Larga, Honorato Vásquez y parque Luis Cordero, no cumplió su función, manifiesta también que la sanción administrativa es indiferente a la sanción penal, que actuó con conciencia y voluntad, que no se puede dar obediencia frente a una orden ilegítima, no se ha desvirtuado el documento público que prueba que fue sancionado por participar en la caravana; acusa a Diego Armando Guadalupe Borja como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal, aclara que no ha presentado ningún

atenuante.- La defensora dice: su defendido formaba parte del GOM, en esas circunstancias se debe considerar que ni siquiera subió al Comando de Policía y a pesar de ello fue sancionado, entre los testigos de fiscalía, el cabo Inca Pilco que formó parte del GOM ese día, dijo que escuchó que llamaron por orden de Alulema y subió al comando, y el cabo Inca no reconoció a su defendido como que estuvo en el Comando, por ser la moto un medio de movilización más ágil tienen la disposición de que si escuchan un llamado especial deben acercarse ya que es más fácil que un patrullero, no hay responsabilidad, no fue demostrada, hace énfasis en que Inca Pilco fue sancionado con 9 días por haber constancias de haber participado y fue llamado como testigo, se ha vulnerado derecho a igualdad, no se ha probado la responsabilidad, la sanción administrativa de acuerdo al capítulo de faltas graves, art 61 del reglamento de la Policía, no es una simple falta administrativa, solicita se declare su inocencia. En la Replica el fiscal se ratifica en su acusación, haciendo énfasis que ha probado la responsabilidad con un documento público.- En la Contrarréplica la defensora se ratifica en su petición. 5.5.- Debate en torno al acusado Edison Fabricio Cabezas Velasco, el fiscal manifiesta que la materialidad la ha probado ratificándose en sus alegatos anteriores; respecto a la responsabilidad del acusado dice que esta se ha probado con la nómina de sancionados, es un documento público, en el memo 1409 se establece que recibió 9 días de arresto por ser negligente en el cumplimiento de funciones, existiendo constancias de que ha participado en la manifestación frente a la prevención de policía, el bien jurídico lesionado es la seguridad del Estado, el documento público no ha sido desvirtuado; según lo prueba con lo constante en fojas 977 del documento 4: debía prestar servicio en la gobernación del Azuay, pero no deja hoja de ruta, que era su obligación informar a donde se traslada, que la sanción administrativa recibida no excluye la sanción penal; acusa a Edison Fabricio Cabezas Velasco como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.-La Defensora del acusado manifiesta: que toma las palabras del fiscal, el 30 de septiembre del 2010 su defendido era policía, según el documento presentado, debía asistir obligatoriamente el curso de Derechos Humanos y que no fue solo ese día el curso, fue toda la semana, no estuvo incumpliendo ninguna función, el fiscal hace referencia a las hojas de ruta y esta no la emiten los que no están en patrullajes, tampoco el personal administrativo, su defendido no participó en el recorrido, se dice que existen constancias de que fue frente a la prevención, pero no fue reconocido ni identificado, los testigos corroboraron que existió el curso y allí debía estar, el no maneja moto, no estaba a cargo de un vehículo, solo debía asistir al curso, los testimonios dijeron que luego de la manifestación continuaron el curso, no hay prueba, no existe responsabilidad, en esa época su defendido era policía y de acuerdo a ley de personal ha ascendido, existen muchos requisitos para el ascenso, estuvo cumpliendo su obligación de asistir al curso de Derechos humanos, pide que se declare su inocencia.- En la Réplica el fiscal dice: que el acusado no estaba obligado a participar en la manifestación, en el testimonio se dijo que el curso era hasta las 5 pero no se ha demostrado que asistió, se ratifica en acusación.- La defensa no hace uso de la contrarréplica. 5.6 Debate en torno al acusado Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo; al respecto el fiscal expone: que la materialidad está probada con los argumentos y la prueba ya referida, en torno a la responsabilidad del acusado dice: que la orden estricta de un superior no exime de responsabilidad por ser ilegítima, que existe el documento público que demuestra que el acusado recibió una sanción de 9 días de arresto, por existir constancias de que ha participado en la caravana conduciendo una motocicleta Kawasaki, este documento no ha sido impugnado, él debía estar en la Zona 1 como GOM-11, en la moto G-11 , de servicio en las calles Bolívar, Juan Montalvo, Padre Aguirre, bajada del Vado, mercado 10 de Agosto, el documento dice que participó, fue sancionado administrativamente la cual es una sanción que no excluye a la sanción penal, acusa a Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal, manifiesta el fiscal que no existen atenuantes presentadas.- La Defensora expone: que no presenta atenuantes porque se sirve de las pruebas de fiscalía, el fiscal no menciona que la calle Bolívar era su lugar de servicio, el GOM puede brindar servicio hasta fuera de su lugar asignado, el testigo Inca Pilco, miembro del GOM que estuvo en el Comando y que también fue sancionado por existir constancias de haber participado, no lo identificó

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ni por su nombre ni por haber participado en la marcha o estar en el Comando, su defendido estuvo en su lugar de servicio, no se ha probado su responsabilidad, en la transcripción de cds no se le identifica, nadie lo ha mencionado, con el documento de fiscalía se confirma que debía estar en el centro de la ciudad, solicita se declare su inocencia.- En la Réplica el fiscal manifiesta: con los testimonios de los testigos presentados, se demuestra la materialidad de la infracción y aunque el acusado haya participado aunque sean pocas cuadras encaminó su voluntad y por ello consta en el documento público que estaba conduciendo una motocicleta en la caravana, no se ha adjuntado la hoja ruta que debía seguir el acusado, se ratifica en su acusación: No se realiza contrarréplica. 5.7 Debate en tomo al acusado Freddy Fernando Pílco Sandal, al respecto el fiscal expone: que la materialidad está demostrada con la prueba a la que ya se ha referido, respecto a la responsabilidad del acusado manifiesta: el acusado no hizo efectivo su testimonio que es prueba a su favor, existe un documento público que demuestra la sanción recibida por el acusado, el memo dice que recibe una sanción de 9 días por negligencia en el cumplimiento de su funciones, existiendo constancias que ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AEA-1130, de acuerdo al documento de prueba No. 4, él tenía que estar en servicio activo en cumplimiento de funciones en el UPC- 50 y no deja la hoja de ruta, su función era en el sector el Salado, Avenida Francisco de Orellana y sector La Conquista, pero en el documento consta que estaba conduciendo un patrullero en la caravana, este documento no fue impugnado, hace énfasis el fiscal a lo que ya ha venido manifestando, que la sanción administrativa no excluye la sanción penal; acusa a Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.- La Defensora del acusado expone: el memorando 1421 dice que su defendido fue sancionado como consta en el listado pero ningún testigo lo ha reconocido ni mencionado, ni al vehículo de placas AEA 1130, se acusa por incumplimiento de funciones, pero no se ha podido determinar la responsabilidad de Pílco, el informe pericial le sirve como prueba a favor, existen fotografías y versiones y los testimonios de los peritos dicen que no lo reconocen en los mismos, no hay responsabilidad, en las fotografías no consta la camioneta, la hoja de ruta indica el sector donde debía estar, pero en ningún momento se ha probado que no ha estado en su lugar de trabajo, que ha incumplido funciones, todos los vehículos policiales tienen un conductor y un jefe, Pílco tenía un superior directo a su lado, hay un jefe de patrulla, se ha cumplido obediencia a órdenes superiores (sic), analizada la prueba presentada no se demuestra su responsabilidad, solicita se declare su inocencia. 5.8 Debate en torno al acusado Juan Carlos Peñafiel Castro, respecto al mismo, el fiscal expone: la materialidad está demostrada con la prueba aportada y argumentada, respecto a la responsabilidad del acusado dice: en la nómina del personal sancionado consta el acusado, en el memo 1431 se determina 9 días de sanción, sanción administrativa que no excluye la sanción penal, se sanciona por negligencia en el cumplimiento del servicio, el acusado estuvo en el patrullero AWA 140 haciendo protesta frente a la Gobernación, debía estar según lo establece el documento 4, asignado a la Zona 3, Virgen de Fátima, en el vehículo AWA 140, como consta de fojas 983 de este documento, de 06h00 a 14h00 en el sector de la Avenida Solano, 12 de Abril, Unidad Nacional y Avenida 10 de Agosto, la sanción dice que estuvo utilizando vehículo para funciones y estas las incumple, acusa a Juan Carlos Peñafiel Castro como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal.- La Defensora del acusado dice: que toma las palabras del fiscal, es necesario saber qué delito se cometió ese día, la policía salió a la calle, así consta de la prueba, un número grande de policías participaron en el recorrido, Peñafiel Castro estuvo asignado al sector Virgen de Fátima, conduciendo el patrullero A WA 140, se reprodujo la transcripción realizada por los peritos que en su testimonio y de los demás testigos, han dicho que no le reconocieron, no pueden dar nombre alguno, no se ha mencionado el nombre de Peñafiel como responsable, no se debe confundir la generalidad del número que han dicho los testigos, la infracción existió por parte de la policía pero no se determinó la responsabilidad de Peñafiel, se debe considerar que los conductores tienen doble responsabilidad, tienen un jefe que está en el mismo patrullero y de precautelar el vehículo, Contraloría hizo una auditoría; alega que por el derecho de igualdad, se debió a todos quienes fueron sancionados con arresto por las mismas

circunstancias, darles el mismo trato, sin embargo unos fueron procesados penalmente y otros estuvieron de testigos; termina solicitando se declare su inocencia. 5.9 Debate en tomo al acusado Hamilton Enrique Collaguazo López, al respecto de este acusado el fiscal expone: que la materialidad está probada con la prueba a la que ya se ha referido, hace hincapié el fiscal respecto que un subalterno no está obligado a cumplir si la orden es ilegítima, que lo que ocurrió ese día es un delito de función, pero el bien jurídico vulnerado fue la seguridad del Estado, que en su tesis la defensa del acusado manifestó que salieron a dar una vuelta por el Parque Calderón por orden de Alulema, esa orden no exime de responsabilidad; con respecto a la responsabilidad del acusado expone: que el acusado consta en la nómina como sancionado a 9 días, el memo 1436 establece que hay constancias de que ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, documento público no impugnado, no hay doble juzgamiento, la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, el acusado debía estar en la Zona 1 como conductor en la Avenida Gil Ramírez Dávalos en el vehículo AEA-144, su función era en la Zona 1 el Sagrario, de 8h00 a 16h00, como consta del documento 4, estaba en servicio activo y en cumplimiento de funciones y no lo hizo, se ha comprobado la materialidad y responsabilidad, refiere a lo manifestado por la defensa art. 32 que no es inimputable, no hay causa de inimputabilidad, actuó con conciencia y voluntad, tenía conocimiento efectivo del hecho e intención de llevar a cabo esa conducta, acusa a Juan Carlos Peñafiel Castro como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal, dice que no se ha presentado atenuantes.- El Dr. Segundo Segarra defensor del acusado manifiesta: la presencia de un inicuo en el mando ha llevado al sufrimiento de sus defendidos, hombres de bien, padres de familia, que por trabajar en esa institución deben hacer lo que disponga su superior, hay que juzgar con sana crítica por la rusticidad y condiciones socioeconómicas (sic), el proceso nace viciado de ilegalidad, no se toma en cuenta a la defensa para abrir las grabaciones, el art. 11 del Código de Procedimiento Penal establece que el procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos que incorporen elementos de prueba, a todos les fue negado por fiscalía, art 75 Constitución dice que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva y no se ha nombrado siquiera un defensor público, se ha violado el proceso y a su defendido se ha coartado el derecho a la defensa, por eso se vuelve nula toda actuación a partir de esa fecha, fiscalía ignora las declaraciones públicas de Alulema de fojas 580 en la que a una pregunta contesta: "hasta el momento no veo que haya razones para imponer sanciones, los policías llegaron al Comando por llamado mío, fue un momento de intranquilidad", a fojas 577 en la declaración de Cristóbal Lloret, dice: "en ningún momento se suspendieron servicios básicos", lo dice el gobernador encargado, se cuestiona el defensor a quien creer, dice que sus defendidos no han cometido delito, él no está en obligación de probar, hace referencia a la entrevista al General Alulema, constante a fojas 610, que dice: "estamos avergonzados por los desmanes de unos pocos, alrededor 50 policías", dice que la documentación de fiscalía, los recortes de prensa hablan de más de 80 vehículos y el jefe máximo dice que irían unos 50 policías, la información de la prensa no es verdadera, no se dio sedición, fue ordenado por una autoridad y los policías cumplen un trabajo que no pueden deliberar, a fojas 94 el general al contestar a la entrevista dice: "ellos simplemente van a salir:, no van a hacer ningún acto", no dice doloso, no habla de suspensión, a foja 99, dice: "no tengo miedo por mi puesto, el cargo, honores me importan un comino", la tropa no tomó resolución alguna por su cuenta, a fojas 80 dice que "no hubo desacato, estuvieron reunidos por pedido mío", no hubo paralización total, estuvieron prestando el servicio normal, que el verbo rector es el alzamiento violento, no ha habido un vejado, heridos, edificios no han recibido un arenazo (sic), a Fojas 71, Alulema responde que " la disposición es seguir cumpliendo el servicio, no hay paro ni medida de hecho, reconozco intranquilidad en el personal", no hay elementos del tipo penal, con respecto a los testimonios ninguno ha identificado a su defendido, se escucharon testimonios de la convocatoria hecha por Alulema, el Coronel Merlo y López dijeron que en la reunión no tocó el tema de la ley, el suboficial Sánchez dijo que Alulema pasó conversando con oficiales de alto rango de Quito, que ante el reclamo de que explique los hechos, les dijo que hagan lo que quieran, las versiones (sic) en su mayoría coincidieron en que no suspendieron sus servicios y acudieron a la reunión por un llamado que no podían desobedecer, el art. 61 del reglamento policial habla de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

arresto de 9 a 30 días y en el numeral 14 dice los que demoraran en concurrir a llamadas extraordinarias, que el arresto es detención, privado de libertad solo visitado jueves y domingos, no pueden deliberar si la orden es legal, simplemente la tienen que cumplir o pueden ser llamados a tribunal de disciplina, fiscalía dice que un simple memorando es documento público, el art. 164 del Código de Procedimiento Civil , dice que es el autorizado con las solemnidades legales, el art. 165 ibídem, dice hacen prueba los documentos autorizados, expedidos por autoridad competente, los policías no son autoridades, son agentes de la autoridad, no puede servir como instrumento público para la acusación, se debió acompañar el proceso investigativo, no hay un procedimiento, se viola art. 76 número 1 de la Constitución , no hay respaldo documental de ese documento, que no les da opción de haberse defendido, es una resolución ilegal de tipo penal, se irrespeta el non bis in ídem, el Código de Procedimiento Penal en el art. 85 habla de la finalidad de la prueba, el art. 7 6,numeral 2 de la Constitución establece la presunción de inocencia, esta nace con la persona y no se ha probado la responsabilidad de su defendido, hay ausencia de prueba, solicita se confirme la inocencia, fiscal no ha probado quienes concurrieron a la marcha, hay un listado de otros sancionados y no se procesa a todos, no hay igualdad de derechos, que Alulema era clave para que diga quienes fueron los 50 que salieron, se impidió ese derecho, Merlo también fue sancionado por negligencia, eso no es nada, no puede sancionarse por reglamentación disciplinaria, al no existir paro, medida de hecho, no haberse identificado a su defendido solicita se ratifique su inocencia.- En la Réplica el fiscal manifiesta: se confirmó lo dicho cuando la defensa dice que el acto ha sido ordenado por orden de autoridad (sic), que debieron haber más personas que intervinieron, los llamados a brindar protección de los derechos de los ciudadanos es la policía y debe al menos conocer lo que es correcto y lo que está al margen de la ley, que la no convocatoria a ver los cds se debió tratar en otra etapa, ya precluyó, la prueba actuada ha demostrado la responsabilidad y la existencia de la infracción, se habla de declaraciones de Alulema que no se han aportado, que su prueba recoge lo sucedido incluso un hecho delictivo, se cerraron locales, Merlo dijo que no pueden cumplir una orden ilegítima, que hay varios verbos rectores en la sedición, inobservaron sus deberes y fueron a marchar, que documento público es el entregado por una autoridad, es de uso público, refiere que no se les ha juzgado dos veces por una misma causa y que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, la prueba demuestra la culpabilidad del acusado, se ratifica en acusación.- En la Contrarréplica el defensor expone: no se puede valer de notas de prensa que dicen "policías", había que saber quiénes son, en Azuay hay 1400 policías, se ratifica que el policía no es una autoridad, el listado y memo de los sancionados no es documento público, no hay un proceso en base al cual se impone una sanción, el arresto es privación de libertad por lo que es de orden penal; Jamiton Collahuazo ese día se presentó en la mañana, pasó lista a cargo de su vehículo que no pudo ser utilizado, porque estaba bajado las 4 llantas (sic), no pudo ir ya que estaba sin carro, fiscalía no ha probado que no ·estuvo en su puesto de trabajo, estuvo en el Comando porque no pudo sacar el vehículo, no ha participado en caravana alguna y no presenta atenuantes por no haber cometido delito alguno, se ratifica en su solicitud. 5.10 Debate en torno al acusado Luis Armando Zapata Paguay, respecto a este acusado, el fiscal dice: la materialidad se ha probado con la prueba aportada sobre la cual ya se ha referido, en torno a la responsabilidad de este acusado manifiesta: que toma el alegato inicial de la defensa de que concurrieron al llamado de Alulema y que salieron a dar una vuelta por el Parque Calderón, tesis que acepta que ha participado en la caravana, en el documento de prueba 5, a fojas 127 está la nómina de sancionados, es un documento público, al acusado fue sancionado con 9 días según el memo 1441 por actos negligentes en el cumplimiento de funciones de servicio, habiendo constancias de haber participado en la caravana como ocupante de un patrullero, este documento no fue impugnado; en el documento 4 está la nómina de personal y que servicios debía cumplir, el acusado debía estar en el UPC 40 en la calle Chapetones y Gil Ramírez Dávalos, no deja hoja de ruta, no ha dicho la defensa que procedimiento hizo ese día, con respecto a que la marcha que fue ordenada por Alulema el fiscal se ratifica en que esta orden por ser ilegítima no debía ser obedecida, que la obediencia a una orden de autoridad no exime de responsabilidad, de la misma manera se ratifica en que no se ha dado un doble juzgamiento, que la sanción administrativa recibida es independiente de la sanción penal, que se actuó con conciencia y voluntad; hace referencia al acuerdo ministerial del Ministro del Interior que dice

que existe sanción a los policías cuando se han alejado de su misión constitucional, que se ha vulnerado el derecho a la seguridad y se requiere tutela judicial, acusa a Luis Armando Zapata Paguay como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal, dice que no hay atenuantes que se hayan probado.- El Defensor del acusado expone: su defendido el 30 de septiembre del 2010 estaba de servicio en el UPC 40 del terminal terrestre y como a eso de 07h00 a 07h15 escuchó que debía avanzar a un reunión en el Comando por orden del General Alulema y al llegar encontró aglomeración y no pudo ingresar, vio que salió una caravana y se quedó en el Comando para luego regresar a cumplir sus funciones, jamás ha aceptado participar en la caravana, nadie ha probado que no haya estado en su puesto de trabajo al que regresó luego de estar en el Comando, fue sancionado con 9 días de arresto y no puede ser juzgado 2 veces, el fiscal hace alusión a policías nacionales sin haber identificado alguno, la prueba presentada no le afecta, no se ha probado la responsabilidad, los testigos no han identificado a su defendido en ningún acto ilícito, la sanción en el memorando no es un documento público, se ha violado los artículos 75 y 76 de la Constitución, no se ha probado el abandono del puesto de trabajo, no tiene validez el memo sancionador, a falta de prueba solicita se ratifique la inocencia de su defendido. 5. 11.- Debate en tomo al acusado Armando Leodán Gáleas Atiencia, al respecto de este acusado el fiscal expone: la materialidad se ha probado con la prueba ya aportada y sobre la cual ya ha argumentado, con respecto a la responsabilidad de este acusado dice: existe el documento público que demuestra la sanción recibida por el acusado, el memo 1440, constante en el documento de prueba 5, establece que recibió 9 días de arresto por actos negligentes en su función, existen constancias que ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial; documento de prueba 4 se demuestra las funciones que debía cumplir, consta que no se encuentra registrado en el listado de la Zona 2, estuvo en funciones y ni siquiera se registra para cumplir sus obligaciones como policía, se incumplió su deber, consta que la defensa dijo que asistieron a una marcha ordenada por Alulema, que se dijo que debía estar Alulema para que indique si ordenó o no la marcha, así haya ordenado era ilegítimo el acto, se ratifica en que la sanción administrativa es indiferente a la sanción penal, se ha atentado contra la seguridad del Estado; acusa a Armando Leodán Gáleas Atiencia como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo cuerpo legal, manifiesta que no se han presentado atenuantes.- El defensor del acusado expone: no es culpa del acusado que no esté registrado, son problemas institucionales, el 30 de septiembre del 2013, estuvo designado al curso de Derechos Humanos, por lo que su permanencia al interior del Comando era indispensable, el curso empezó a las 11h30, no ha aceptado su participación en la caravana y no podía hacerlo, estuvo a la espera para cumplir la asignación dada, si existió la caravana pero no fue sedición, en cuanto a una autoinculpación dice nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, al igual lo dice el art. 115 y el art. 81 del Código Procedimiento Penal, pide se tengan en cuenta para todos sus defendidos, la prueba no le afecta, no se ha probado la responsabilidad, no se ha probado que abandonó el lugar de trabajo, no presenta atenuantes porque su defendido no ha cometido delito. Solicita se declare la inocencia de su defendido y aclara que jefe del Tercer Distrito en la prueba del fiscal, en la transcripción, habla que no hubo paralización y este mismo establece luego la responsabilidad de algunos y los sanciona, solo se inicia proceso contra 26 policías y se protege a otros, no se sabe por qué. 5.12. Debate en tomo al acusado Cristian Marcelo Corro Veloz, al respecto el fiscal manifiesta: la materialidad está demostrada con la prueba aportada y a la que ya se ha referido, respecto a la responsabilidad del acusado dice: que con el documento público de la nómina de sancionados prueba la responsabilidad del acusado, en el memo 1430 se establece que fue sancionado con 9 días de arresto, por haber constancias de que ha participado en la caravana policial conduciendo motocicleta marca Honda; la defensa dijo que la movilización fue autorizada por Alulema y lo dice con respecto a sus 10 defendidos, el documento público no fue impugnado, que respecto a la sanción disciplinaria, es indiferente a la sanción penal por un delito, el acusado debía estar en la Zona 1 como GOM 16 en la moto 32, debía cubrir el sector El Sagrario, no estuvo en ese lugar, no estuvo realizando su deber legal; acusa a Cristian Marcelo Corro Veloz como autor del delito de sedición común

a sus funciones de policía , tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del JI mismo Cuerpo Legal, manifiesta que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor del acusado expone: su defendido estaba en servicio en los alrededores del Registro Civil y no se movió hasta las 13h30 en que concurrió al Comando para presentarse al franco que tenía derecho, jamás oyó del llamado, no supo de caravanas, no fue antes al Comando, ignoró lo que sucedía, enfatiza que documento público es otra cosa y no el documento presentado por el fiscal. Solicita se declare la inocencia de su defendido.- En la Réplica el fiscal se ratifica en su acusación. 5.13. Debate en torno al acusado José Arturo Aulla Yuquilema, al respecto el fiscal manifiesta: la materialidad está probada con los mismos medios probatorios y argumentados, en torno a la responsabilidad del acusado dice: existe el documento público de la nómina de sancionados, el acusado fue sancionado con 9 días de arresto como consta en el memo 1429, por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, habiendo constancias de que ha participado en la caravana policial conduciendo una motocicleta policial de siglas G41, dice que la tesis de la defensa fue que la movilización fue ordenada por Alulema, por ello salieron a dar la vuelta por el parque, el acusado debía estar en la Zona 2 como GOM 22 como consta en el documento 4, a fojas 977, la Zona 2 es Monay y debía estar de 06h00 a 20h00, su sector de responsabilidad era el mercado 12 de Abril, manifiesta el fiscal que la sanción administrativa recibida es independiente de la sanción penal, no se ha dado doble juzgamiento; acusa a José Arturo Aulla Yuquilema como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor del acusado dice: el 30 de septiembre del 2013 en horas de la mañana, su defendido estaba cumpliendo su labor como policía, estaba asignado al patrullaje en moto en el mercado 12 de Abril, al recibir la llamada a la radio a las 9h45, subió al Comando, ya no había gente y la caravana había salido, regresando entonces al puesto de trabajo, estaba asignado solo hasta 13h30 ya que le tocaba el franco, dice que el memo no constituye prueba, que si la sanción hubiese sido por abandono de funciones no eran 9 días de arresto, sino era llamado al Tribunal de Disciplina, que su defendido no rindió la versión en asuntos internos, solamente le dijeron que se ratifique, solicita se declare la inocencia de su defendido.- En la Réplica el fiscal manifiesta: con respecto a la versión rendida en fiscalía el acusado acepta haber salido en moto al Parque Calderón por disposición de Alulema. Se ratifica acusación.- En la Contrarréplica el defensor dice: que se ratifica en que su defendido no dio versión en asuntos internos y se le hizo firmar una declaración y en fiscalía se les dijo que se ratifiquen, dice que la autoincriminación no es válida, se ratifica en su solicitud. 5.14.Debate en torno al acusado José Luis Guadalupe Chinlle, al respecto el fiscal manifiesta: la materialidad de la infracción está probada con la prueba actuada; respecto a la responsabilidad del acusado dice: que la teoría de la defensa ha sido que ha salido en una movilización ordenada por Alulema, que una orden ilegítima no debe ser cumplida, que prueba la responsabilidad del acusado con el documento público que establece que el acusado fue sancionado administrativamente con 5 días de arresto por prestar poco cuidado en el cumplimiento de funciones propias del servicio, hay constancias de que ha participado en la manifestación frente al Terminal Terrestre, situación concordante con la tesis de fiscalía en torno al recorrido efectuado, el acusado debía estar según el documento 4, fojas 977, de servicio en el grupo de impacto y no deja hoja de ruta, incumple sus obligaciones; acusa a José Luis Guadalupe Chinlle como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía , tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor del acusado expone: su defendido estuvo presente desde las 07h00 en el Comando por acudir al llamado a reunión de Alulema y porque su puesto de trabajo es estar en el interior del Comando, ya que pertenece a un grupo especial que está en el Comando, no tiene asignación de un lugar específico, no rindió versión en fiscalía, no participó en la marcha, según el memo son las mismas circunstancias de los demás pero le ponen menos, 5 días, y es que se opuso a la quema de llantas, jugándose el físico, no participó en la caravana, estaba al servicio del Comando para asistir al llamado de un superior, que no se ha dicho quienes avivaban a los taxistas, peor que sea Guadalupe, no se ha demostrado el alzamiento colectivo, no hubo violencia, no se ha

demostrado ni identificado a su defendido, dice que se ha sancionado mediante un simple memorando, no hay proceso que sustente la sanción, hay una violación flagrante del proceso, no acepta su participación, fiscalía no ha probado la responsabilidad; solicita se declare la inocencia de su defendido.- En la Réplica el fiscal dice: que consta del proceso que si ha dado una versión en la que dice haber participado en la caravana 5.5 . Debate en torno al acusado Diego David Salan Tite, al respecto el fiscal expone: que se ha probado la materialidad de la infracción como ya se ha indicado, en torno a la responsabilidad del acusado dice: que existe la prueba del documento público que establece una sanción de 9 días al acusado, el memo 1427 dice que se le sanciona por actos negligentes en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de haber participado en la caravana policial conduciendo motocicleta policial marca Tornado, como consta en el documento 4 debía cumplir ese día su labor en la Zona 1 como GOM 5 en la moto G19, su ruta era la Calle Larga, Hermano Miguel, Presidente Córdova y General Torres, el punto de encuentro era en las escalinatas, conforme la sanción no estuvo en ese lugar, hace mención acuerdo ministerial; dice que se ha lesionado la seguridad social y la seguridad pública; acusa a Diego David Salan Tite como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor dice: no se ha lesionado la seguridad social, tampoco la seguridad pública, el 30 de septiembre del 2010, su defendido estuvo de servicio en la Escalinata, Calle Larga y Hermano Miguel, al llamado a la reunión tomo su moto G49, no la G19, subió al Comando y al llegar no había nadie de los protestantes, e inmediatamente bajó por la Borrero para reintegrarse a su puesto de trabajo, no vio la caravana, laboró hasta las 13h30, fue al Comando para hacer uso del franco, no ha sido probada su participación, solicita se declare el estado de inocencia de su defendido. 5 .16. Debate en torno al acusado Segundo Rodolfo Acan Charco, al respecto el fiscal expone que la materialidad se encuentra probada con la prueba a la que se ha referido, en torno a la responsabilidad del acusado dice: existe el documento público con la nómina de sancionados, consta en el memo 1415 que el acusado recibió 9 días de sanción disciplinaria por ser negligente en el cumplimiento de sus funciones, habiendo constancias de haber participado en la manifestación en la Avenida España, frente al Terminal Terrestre, situación concordante con la teoría de fiscalía en torno al recorrido, debía estar según se establece en el documento 4 en la Zona 1 como jefe de patrulla, esta zona comprende el Sagrario, en un vehículo placas AWA - 01, el sector el Sagrario no queda por el Terminal Terrestre; acusa a Segundo Rodolfo Acan Charco como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor expone: su defendido estuvo de servicio en el Parque Calderón comprendiendo la 9 de Octubre y alrededores, si observó la caravana de vehículos y motos policiales, no fue convocado a la reunión, estaba prestando servicios desde las 7h30 y cumplió su jornada, dice que la prueba presentada por fiscalía no se trata de un documento público y que ya ha sido privado de su libertad y no puede ser juzgado dos veces por la misma causa, que le amenazaron las autoridades para que no apele la sanción, solicita se declare la inocencia de su defendido. 5.17. Debate en torno al acusado Alfonso Oswaldo Pilco Rea, al respecto el fiscal expone: la materialidad de la infracción está probada y es indiscutible, respecto a la responsabilidad del acusado dice: que toma el alegato inicial de la defensa que sostuvo que sus defendidos salieron en la caravana por orden de Alulema, siendo esta una orden ilegítima, el documento público establece que el acusado fue sancionado a 9 días de arresto por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de haber participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, él debía estar según lo establece en el documento 4, en servicio en el UPC 38 en Gullanzhapa y no deja hoja de ruta; acusa a Alfonso Oswaldo Pilco Rea como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor dice: su defendido se encontraba asignado al curso de Derechos Humanos en el Comando, estuvo de 07h00 a 11h30 en que empezó ese curso, estuvo dentro del Comando ese tiempo, no podía ausentarse porque no sabía a qué hora empezaba el

curso, hace referencia al art. 76, numeral 7, literal i en torno a que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa lo que debe aplicarse para observar el documento de la sanción, existe violación al debido proceso, aclara que quienes están designados a un curso, no tienen obligación de comparecer al lugar de trabajo así conste en la hoja de ruta. 5.18 . Debate en tomo al acusado Cesar Gustavo Chafla Tuquinga, al respecto el fiscal manifiesta: la materialidad está probada como lo ha referido ya, en torno a la responsabilidad del acusado dice: que el documento público presentado demuestra que el acusado recibió una sanción de 9 días, el memo 1422 dice que se le sanciona por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de haber participado en la caravana policial conduciendo un patrullero de placas AEA-1133, él debía estar en la Zona 3 como conductor del JC Yanuncay en el vehículo A 4, su ruta era según el documento 4, fojas 983, de 06h00 a 14h00, en el sector de la Avenida 12 de Abril, Avenida Solano, Primero de Mayo, sector autopista y Avenida Paucarbamba, ha incumplido su servicio y sus funciones, siendo indiferente la sanción administrativa a la sanción penal, acusa a César Gustavo Chafla Tuquinga como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor expone: el 30 de septiembre del 2010 a eso de las seis de la mañana, su defendido se presentó en su lugar de trabajo como conductor del vehículo A4, bajo el mando de la subteniente Denise Yacelga y recibió la disposición de transportarla al Comando para una reunión convocada por el General Alulema, fue al Comando en donde se quedó al interior del vehículo esperando a la subteniente, esta subió a la reunión y salió por alguna cuestión fisiológica, a las nueve de la mañana le pidió que siga allí y su defendido le solicitó permiso para ir a desayunar pero le dejó las llaves del vehículo, al regresar el vehículo no estaba y la subteniente había participado en la caravana (sic), su defendido no participó, estuvo en el Comando hasta que llegue la subteniente, que esta llegó a las 11h00, que no se ha probado la participación de su defendido, hace referencia a que los tribunales de disciplina toman decisiones con jurisdicción y competencia, se han buscado chivos expiatorios, solicita se declare la inocencia de su defendido. 5.19. Debate en torno al acusado Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, al respecto el fiscal manifiesta: la materialidad de la infracción ya se ha demostrado, respecto a la responsabilidad del acusado dice: que toma para su alegato la tesis de la defensa respecto a que en la calle Borrero el acusado se ha subido al patrullero, que los testigos presentados hablan de diferentes horas, se pregunta el fiscal en donde estuvo el acusado de 10h30 a 12h00, que según la nómina del personal sancionado, en el memo 1435 consta que fue sancionado con 9 días de arresto; que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, se le ha sancionado por negligente en el cumplimiento de funciones propias del servicio, conforme la tesis de la defensa, se ha dicho que se ha llamado a una reunión por orden del General Wilson Alulema a las 10h30 y la causa de la sanción fue por existir constancias de haber participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, él debía estar en servicio en el Departamento de Violencia Intrafamiliar, no deja hoja de ruta, que lo prueba con un documento público no impugnado, dice que hay constancias de la participación del acusado, se vuelve a preguntar el fiscal en donde estuvo el acusado esa hora si se subió a un patrullero en calle la Borrero, que ha incumplido su servicio y se ha atentado contra la seguridad del Estado, acusa a Adrián Cristóbal Avilés Bucheli como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal.- La Defensora del acusado expone: que su defendido no ha cometido el delito de sedición por el que es acusado, se encontraba ese día laborando y lo ha justificado con prueba documental conforme el art. 145 del Código de Procedimiento Penal, con la denuncia de Fanny Peralta, con la prueba testimonial presentada conforme al art. 119 del Código de Procedimiento Penal, que Fanny Peralta ha indicado que su defendido ha estado ese día laborando, con el testimonio de Jorge Villavicencio, en ese entonces Comisario, ha corroborado que su defendido estaba laborando, igual con el testimonio de Jesica Nugra y Yesenia Tandazo, se ha demostrado que no ha cometido delito, que estaba laborando, con la prueba del fiscal ninguno de sus testigos ha identificado a su defendido, no lo han visto cometiendo ningún delito, el fiscal dice que no ha estado laborando, se demuestra que todo el día ha estado laborando, a las 15h30 hace una citación a Saquipay Suconota,

también existió una enuncia presenta a por María Paz Astudillo con una citación a domicilio, siempre estuvo trabajando y se ha demostrado con prueba documental y testimonial, que la reproducción de los cds es una prueba indebidamente actuada por lo que existe ineficacia probatoria, no existe nexo causal, no se ha demostrado la infracción ni la responsabilidad de su defendido, no ha habido participación, con respecto al memorándum de listado de sancionados dice que el mismo Merlo dijo haber sido sancionado y que quien debió ser sancionado es Alulema, que reclamó y le dijeron que Alulema tiene más años, dice que entonces como no iban a sancionar a un inferior, manifiesta que no es un documento público, no hay firmas ni sellos de autoridad competente, que lo recibido es una sanción administrativa pero son sanciones impuestas de acuerdo al reglamento de la policía y hace referencia a que el arresto es una sanción, dice que su defendido estuvo privado de la libertad 9 días y que una persona no puede ser privada de su libertad por el mismo hecho más de una vez, menciona el art 11, numeral 2 de la Constitución al referir que son 48 sancionados y solo se llama a juicio a 26 personas, a pesar que varios testigos de fiscalía fueron sancionados, existe discriminación, dice que los recortes de prensa no son prueba documental, tampoco el memorándum no sellado ni firmado por autoridad, solicita sentencia absolutoria a favor de su defendido.- En la Réplica el fiscal dice: que se ratifica en sus dichos con respecto a la legalidad de la prueba, que el acusado se demora más de una hora en llegar al Comando, que el memo es un documento público y la sanción administrativa es independiente a la sanción penal, se ratifica en su acusación.- En la Contrarréplica la defensora manifiesta: que los peritos no han identificado a su defendido, el art 76, numeral 4 de la Constitución dice que las pruebas obtenidas con violación de la Constitución no tienen eficacia probatoria, pide que se tome en cuenta que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, que no hay pruebas documentales ni testimoniales en contra de su defendido, se ratifica en su petición. 5.20. Debate en tomo al acusado Raúl Orlando Centeno Arévalo, al respecto el fiscal expone: que la materialidad de la infracción está comprobada con la prueba aportada y ya referida. En torno a la responsabilidad del acusado dice: que se refiere a la teoría planteada por la defensa que ha sostenido que por autorización, los acusados se han congregado en el patio del Comando, que estaban subordinados a la utilización de vehículos y salieron en una marcha; que de haber existido una orden para salir en la marcha esta era ilegítima la cual no estaban obligados a cumplir, Merlo dijo que sí la orden es ilegítima no se puede cumplir, que la responsabilidad del acusado la prueba con el documento público que contiene la nómina de sancionados, en el memo 1402 se establece que fue sancionado por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de su participación en la manifestación frente a la prevención del Comando, que sus funciones ese día eran de servicio de tránsito como conductor Tango 8 en el vehículo AWA- 218, en la ruta: Avenida Solano y 12 de Abril, mientras tanto el documento dice que ha participado en la manifestación en el Comando, la defensa planteó en su teoría de que por estar subordinados salieron en los vehículos, acusa a Raúl Orlando Centeno Arévalo como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor del acusado expone: que en las entrevistas al General Alulema, de fojas 98, dice que a la tropa le afecta la ley, a fojas 100, dice que no es insubordinación; que Merlo indicó que los sistemas de radio y teléfono del Comando colapsaron y para él no fue posible controlar la situación y además fue reemplazado en el mando por Alulema, la prensa habla de 4 vehículos y algunas motos, Paneluisa habla que salieron de 100 a 150 personas y llegaron de todos los servicios, de cantones, Merlo y López señalaron que los oficiales el día anterior fueron convocados a una reunión, que llegaron a formar a las 06h00 o 07h00 y salieron a sus puestos y por disposición superior, de 08h30 a 9h00 subieron al Comando, pero no solo los 26, se pregunta el defensor en donde están los demás, había más de 400 personas afuera de la prevención, Luis Sánchez señaló que Alulema mantenía contacto permanente con la oficialidad de Quito y les dijo salgan y hagan lo que quieran, el Alcalde no pudo afirmar que hubo anomalías, incluso en una reunión en la tarde felicitan al personal policial, los recortes de prensa muestran noticias de Quito, no existe información de Cuenca que recoja el nombre de ninguno de los acusados, los peritos dijeron que el objeto de la prueba era la simple transcripción y no fueron los acusados reconocidos, tampoco se determinó los vehículos utilizados, el fiscal no

hizo valer las versiones rendidas, en el caso de su defendido, en ese entonces era del grupo de tránsito, estaba prestando servicio cuando escucha la disposición de avanzar al Comando, al llegar conduce un vehículo a los patios del Comando, no ha sido reconocido ni identificado y aun así es sancionado, que los memos no han sido leídos totalmente, que quien firma no era quien debía sancionar, se violaron los procedimientos internos, las sanción si es de privación de libertad, no es meramente administrativa, a falta de prueba solicita la absolución de su defendido.- en la Réplica el fiscal se ratifica en su acusación al igual que en la Contrarréplica el defensor se ratifica en su petición. 5.21 Debate en torno al acusado Wilmer Javier Erazo Martínez, al respecto el fiscal manifiesta: que sobre la materialidad de la infracción ya se ha referido y se encuentra ya probada, en torno a la responsabilidad del acusado dice: que con el documento público de la nómina de sancionados, en el memo 1423 se comprueba que el acusado fue sancionado con 9 días de arresto por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de participar en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AWA- 194, debía estar en la zona del Barrial Blanco en el vehículo AWA 106, debía servir en la zona segura N.- 5 el Vecino, de 06h00 a 14h00, comprendiendo el sector del Vecino, Avenida Héroes de Verdeloma, Gil Ramírez Dávalos y Universidad Politécnica Salesiana, en el documento que detalla su sanción se dice que estuvo conduciendo un vehículo en la caravana, el vehículo AWA- 194 acusa Wilmer Javier Erazo Martínez, como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor expone: se acepta que hubo la caravana, pero no se ha probado la participación de su defendido, peor que haya existido alzamiento colectivo y violento, su defendido como conductor llego al Comando pero porque esa zona le corresponde y su patrullaje pasa por la puerta del Comando, no se prueba su participación, a falta de prueba solicita se absuelva a su defendido. 5.22. Debate en torno al acusado Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, al respecto el fiscal dice: la materialidad de la infracción está probada y ya se ha referido, respecto a la responsabilidad del acusado dice: que Edmundo Merlo contestó que quien estaba asignado como su chofer ese día fue Carlos Luzuriaga, que en la mañana le vio pero al salir de la reunión con Alulema ya no estaba, la hora era entre 10h30 a 11h00, debía estar a órdenes de Merlo, se pregunta el fiscal en dónde estaba, que en el documento público de la nómina de sancionados, en el memo 1424, consta que el acusado fue sancionado con 9 días de arresto por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de que ha participado en la caravana policial conduciendo un patrullero Dimax sin placas, Merlo dijo que al salir no estaba su conductor, en esas horas se estaba produciendo la marcha, sus funciones eran según consta en el documento 4 a fojas 977, conductor del CP6, no deja hoja de ruta, este es al igual un documento público; acusa a Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor expone: su defendido es conductor asignado al Comandante Provincial en esas fechas, llegó al Comando temprano trasladando a Merlo, y tiene la prohibición de abandonar el Comando, menos en una Dimax particular (sic), dice que hubiese sido más fácil de identificar este vehículo en los videos pero no se lo identifica, con respecto a la sanción recibida manifiesta que es una sanción que conlleva la privación de libertad, se ratifica que no existiendo prueba contundente solicita se absuelva a su defendido. En la Réplica el fiscal se ratifica en su acusación, lo propio el defensor en su contrarréplica. 5.23. Debate en torno al acusado Alberto Geovanny Moreta Bocancho, al respecto el fiscal dice: la materialidad de la infracción está probada conforme ya lo ha expuesto, en torno a la responsabilidad del acusado dice: que con el documento de la nómina, en el memo 1439 consta que el acusado recibió 9 días de sanción por negligencia en el cumplimiento de su funciones, existiendo constancias de que ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero, este es un documento público, debía cumplir funciones de servicio en grupo el grupo de impacto en el Comando, no deja hoja de ruta; acusa a Alberto Geovanny Moreta Bocancho como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El

Defensor manifiesta: que su defendido no es miembro del GIA, estuvo asignado al curso de Derechos Humanos, debía permanecer desde las 08h00 hasta la culminación del curso, que se interrumpió hasta las 11h00 en que todo volvió a la normalidad, no existe contundencia en la prueba, no se ha probado el delito, su defendido estuvo en la prevención, solicita que se le absuelva. 5.24. Debate en torno al acusado Francisco Paul Carrillo García, al respecto el fiscal expone: la materialidad está probada como ya se ha referido, respecto a la responsabilidad del acusado dice: en el documento público consta el acusado dentro de la nómina de sancionados, se le ha impuesto 9 días de sanción por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, existiendo constancias de haber participado en la caravana policial conduciendo el patrullero AWA- 001, debía estar, como consta en el documento 4, en la Zona 1, como conductor en Z1 el Sagrario, como consta a fojas 981, de 08h00 a 16h00, no cumplió con sus funciones; acusa a Francisco Paúl Carrillo García como autor del delito de sedición común a sus funciones de policía, tipo penal establecido en el art. 602. 4 del Código Penal, numeral 2 en relación a los arts. 114. 3 y 1 14. 4 del mismo Cuerpo Legal, manifiesta también que el acusado no ha presentado atenuantes.- El Defensor expone: de la documentación de la hoja de servicio y del memo, el fiscal identifica que su defendido estuvo de conductor del patrullero AWA-01, pero no se determina donde estuvo este vehículo, no existe contundencia de prueba, añade que su defendido llegó al Comando frente a la convocatoria de Alulema y a las 11h15 asistió al llamado de un asalto en el Supermaxi, solicita que se absuelva a su defendido.- En la Réplica el fiscal dice que la defensa no ha presentado prueba de que el acusado estuvo en patrullaje, se ratifica en su acusación. No hay contrarréplica por parte del defensor. 5.25 Debate en torno al acusado Edwin Heriberto Freire Reyes, sobre el mismo el fiscal expone: que si bien la materialidad de la infracción se ha probado, en lo que tiene que ver a la responsabilidad de este acusado, se le ha iniciado un proceso en base a versiones, no ha sido sancionado administrativamente, fiscalía no cuenta con información, que no consta como sancionado, fiscalía no cuenta con elementos y prueba plena para establecer responsabilidad, se abstiene de acusarlo.- El Defensor expone: que este caso debe ligarse al del acusado Brazo Martínez, porque Freire era jefe de patrulla del vehículo que conducía Erazo, y Freire le ordenaba donde ir, no hay contundencia de pruebas, dice que existió una flagrante violación al debido proceso.- En la Réplica el fiscal dice: para demostrar la responsabilidad de los acusados lo hizo en base a pruebas y en base a prueba documental se prueba la participación de los otros acusados, documentos remitidos por la propia policía.- No se da contrarréplica.- **SEXTO.-** Valoración de la Prueba: Es en la etapa de juicio en donde se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, para según corresponda condenarlos o ratificar su estado de inocencia. La base de proceso penal es la comprobación conforme a Derecho de una acción u omisión punible, así como la responsabilidad. En esta causa la Fiscalía acusa por el delito de sedición, tipo penal establecido en el art. 602. 4, numeral 2 del Código Penal (publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 196, de fecha miércoles 19 de mayo de 2010), que establece "Serán sancionados con prisión de uno a tres años las servidoras o servidores militares o policiales que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más, realizaren cualquiera de los siguientes actos: ... 2. Incumplieren los deberes del servicio" acusa fiscalía por este delito en relación a los arts. 114.3 que en su inciso segundo dice "Se considera servidora o servidor policial a quien haya adquirido la profesión policial y se encuentre en servicio activo" y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal, que establece: " Delitos de función militar o policial son las acciones u omisiones tipificadas en el presente Código cometidas por una o un servidor militar o policial en servicio activo, que se encuentre en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución y demás leyes aplicables, que afecten a las personas, a los bienes o a las operaciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Los delitos de función pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflicto armado internacional o no internacional. Las servidoras o servidores militares o policiales serán juzgados y sancionados con estricta observancia a los derechos y garantías constitucionales". En base a las disposiciones legales expuestas es necesario entonces determinar si es que se ha logrado en primer lugar demostrar la existencia material de la infracción acusada, para ello es conveniente hacer el análisis de lo que efectivamente constituye el delito de sedición, según el Diccionario de Derecho

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Penal de Amado Ezaine Chávez, Sedición es: " un delito contra los poderes del Estado y la Constitución. Es un atentado contra los funcionarios públicos de un departamento, provincia o distrito. Al igual que la rebelión, supone el propósito político, la acción de conjunto o el hecho público del alzamiento en armas" (EZAINE Chávez, Amado, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Diccionario de Derecho Penal, Parte Penal III, A.F.A Editores, pag. 1590); Edgardo Donna al hacer un análisis de este tipo penal manifiesta que el artículo contenido en la legislación de su país "prevé dos tipos penales distintos. Por una parte, el hecho de armar una provincia contra otra y, por otro, el alzamiento en armas" (DONNA, Edgardo, Derecho Penal- Parte Especial, Tomo ll-C, tercera edición, editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 660); La sedición en general es un término para referirse a conductas que puedan ser consideradas como actos de insurrección en contra del orden constitucional establecido, siendo una característica que por lo general presenta esta conducta la violencia directa en contra de la ley, sin embargo adquiere diversas variaciones en sus conductas de acuerdo a los códigos de cada país, empero mantiene como elemento común el ser un delito que atenta contra el orden constitucional, sin embargo al referirnos a· nuestra legislación penal que con las reformas del 19 de mayo del 2010, incluyó en el Código Penal los delitos de función, la norma legal que sanciona la sedición parece abstraerse de los criterios doctrinarios y legales de otras legislaciones, en la que el bien jurídico protegido no sería otro que el deber de servicio a la institución militar o policial, este criterio también lo tiene el tratadista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez, quien al analizar el delito de sedición dice "Pero, en cambio, en este Capítulo, aparece la palabra sedición con un alcance que podría corresponder a un alzamiento contra la disciplina militar, según la definición del Diccionario, pues como se verá los actos que constituyen sedición, conforme al Art. 602.4, implican atentados contra esta exigencia institucional" (ALBAN Gómez, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II-Parte Especial, tercera edición, Ediciones Legales S.A, pág. 477), siendo coincidentes con este criterio en el art. 602.4 del Código Penal que sanciona este delito se establecen las diferentes conductas que lo constituyen, sin que el verbo rector de ninguna de ellas sea el alzamiento, que es la figura que doctrinariamente caracteriza a la sedición, por ello es que en realidad este delito tal como está considerado en la Ley Sustantiva Penal es un delito de función que atenta al correcto desenvolvimiento del servicio ya sea militar o policial, es un delito de infracción del deber, en este caso el deber policial. Desentrañado este punto entramos a considerar si los elementos que constituyen el tipo penal acusado se han probado de tal manera que se demuestre la existencia material de la infracción así tenemos que referimos: tal como lo ha manifestado el fiscal, los acontecimientos que tuvieron lugar el día 30 de septiembre del 2010 fueron públicos y notorios y por lo tal no exigen prueba, así lo establece el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial y refiriéndonos estrictamente a los hechos suscitados en la ciudad de Cuenca, todos los ciudadanos nos enteramos y pudimos dar cuenta que aquel día se produjo una alteración en el diario vivir de la ciudad, así es que miembros policiales dejaron de laborar, saliendo incluso en una caravana por varios sectores de la ciudad, la misma que durante algunas horas quedó desatendida del servicio policial, produciendo inseguridad en la ciudadanía, sin embargo de estos hechos públicos y notorios y sin perjuicio de la norma legal citada, la existencia de la infracción se ha demostrado con los actos y diligencias que han sido pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas en esta audiencia de conformidad con el numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República y con los arts. 79, 80, 250, 252 y 258 de la Ley Adjetiva Penal, pues Fiscalía General del Estado con la prueba presentada y descrita en el considerando cuarto de este fallo, numerales 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.8, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.18, 4.19, 4.20, 4.21, 4.22 y sumando a ello, los documentos que se han presentado como prueba documental, se demuestra la existencia de la infracción con: a) con los testimonios de Leonardo Berrezueta Carrión, Paúl Granda López y Juan Cristóbal Lloret Valdiviezo, autoridades de la ciudad y la Provincia en la fecha de los acontecimientos, quienes han sido coincidentes en manifestar que aquel día fueron informados por parte de las autoridades policiales, que un grupo de miembros policiales han dejado de laborar y han salido a protestar; Berrezueta señala que el Coronel Merlo le manifestó que 120 policías han salido en manifestaciones, que incluso con el Alcalde le pidieron al General Obando quién estaba a cargo de la Tercera Zona militar, que brinde seguridad, manifiestan que la ciudad estuvo desprotegida, son coincidentes todos ellos en manifestar que se suspendieron labores comerciales e

incluso las actividades educativas, Lloret ha referido que él pudo ver una caravana integrada por policías a bordo de patrulleros y motos, que pararon frente a la gobernación y gritaron consignas; b) con los testimonios de los oficiales de policía, Coronel Ángel Tobías López y Coronel Edmundo Merlo que han sido coincidentes en que el 30 de septiembre del 2010 a primeras horas de la mañana fueron convocados a una reunión por parte del General Wilson Alulema, Ángel López señala que vio a un grupo de compañeros agrupados y que por la prensa se enteró del recorrido que han realizado, Merlo dice que cuando salieron del auditorio la caravana ya había regresado, es importante lo que dice este testigo al señalar "se sintió que el personal salió a darse una vuelta y hacerse sentir", que fue un grupo pequeño; c) con los testimonios de los policías: José Paneluisa, José Vizhñay, Luis Sánchez, Oscar Oña, Juan Bustos, Omar Mena, Alex Carrasco, Elvis Mora, Darío Caicedo, Iván Inca Pilco, Byron Samaniego, Segundo González, Yhobana Padilla, Diana Romero, Mauricio Yupangui, quienes son coincidentes en manifestar que el 30 Septiembre del 2010.vieron que compañeros policías salieron en una caravana, había bulla quemaban llantas, Paneluisa dice que pasadas las 10h00 salieron de 8 a 10 patrulleros y motos, salieron para el centro, el testigo Oscar Oña ha referido que vio compañeros aglomerados, y que vio que salieron unos caminando, otros en patrullas, eran de 150 a 200, es importante lo que refieren los agentes de policía que aquel día estuvieron a cargo de los servicios de atención de llamadas de auxilio de la ciudadanía, así Byron Samaniego hace conocer que quedó imposibilitado el uso de las frecuencias, que se escuchaba "viva el paro", Segundo González dijo que como operador de frecuencia, esta colapsó por sobrecarga de uso, no pudo atender auxilios, lo mismo manifiesta Yhobana Padilla quién era telefonista de la central de radio, además agrega que a la fuerza les querían sacar, les amenazaban para que se unan a la protesta, lo mismo dice la policía Diana Romero, que no pudieron cubrir auxilios, d) con los testimonios de los peritos Juan Peña Aguirre y Wilson Palomeque Zamora, quienes realizaron la transcripción de los cds de audio y video captados el día de los acontecimientos y sobre los que han referido que se escuchaban a policías que decían "viva el paro", que un policía en que se veía el nombre de Juan Carlos Rosero daba una entrevista manifestando que se están paralizando los servicios policiales, que en los videos se observaron patrulleros y motos y gente de uniforme policial, que estaban por el parque central de la ciudad de Cuenca, lo que se encuentra relacionado con la prueba documental presentada por Fiscalía (recortes de prensa, acta de transcripción de videos), con todos estos elementos probatorios se demuestra que el 30 de septiembre del 2010 se produjo un acto en el cual elementos policiales adecuaron su conducta al tipo penal establecido en el art. 602.4 del Código Penal, esto es que a) servidores policiales; b) mediante concierto expreso o tácito, c) en número de cuatro o más realizaren cualquiera de los siguientes actos: ..d) 2. Incumplieren los deberes del servicio. En la especie tenemos, que este tipo de delitos la Ley los reserva solo a quienes cumplen las funciones de miembros de la Policía Nacional o del Ejercito, calidad de policías que se encuentra justificada con los datos personales de los acusados, quienes el momento de consignar sus generales de ley, todos se identificaron como miembros de la Policía Nacional (en sus diferentes rangos), así como podemos observar dicha calidad, en las sanciones administrativas dictadas en contra de ellos por parte del superior de la policía, en efecto con la prueba presentada por el acusador del Estado, se ha demostrado que el delito acusado, es un delito de sujeto activo calificado, esto es miembros policiales en servicio activo como lo establece el art. 114.3 del Código Penal, quienes paralizaron sus actividades, realizaron una protesta, saliendo en caravana por el centro de Cuenca, acción que de acuerdo a lo que dice el art. 114.4 del mismo cuerpo legal estuvo en relación directa con su función constitucional, tal como lo establece la Constitución en sus arts. 158: " Las fuerzas armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos" , "La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional", art. 163: "La Policía Nacional es una institución estatal, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional", esto en relación con las funciones específicas de la Policía Nacional, recogidos en la Ley Orgánica de la Policía Nacional en el artículo 4, en los siguientes numerales a) Mantener la paz, el orden y la seguridad pública, j) colaborar al desarrollo social y económico del país, k) garantizar los derechos de las

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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, en las leyes y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador. De tal manera que se encuentra probado que estos miembros policiales que protestaron y salieron en una caravana el 30 de septiembre del 2010, lo hicieron incumpliendo sus deberes constitucionales y de servicio, así se ha demostrado que en esas horas de protesta la ciudad estuvo desprotegida, se cerraron negocios y comercios, se suspendieron las actividades educativas, puesto que quienes debían velar de acuerdo a su función por la seguridad y el orden, desatendieron estas funciones las que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan, siendo una infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo policial estaba constreñido a mantener o a realizar un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley, siendo la forma y modo de su comisión al haber salido en una caravana dejando de lado sus labores, no haberse podido atender llamadas de auxilio, incompatibles con los principios y valores consagrados en la Constitución.- De la Responsabilidad y Autoría: Con respecto a este punto es necesario tratar algunos aspectos esenciales y que son comunes a todos los acusados, previo a referirnos en forma individual a cada uno de ellos como lo dispone el art. 310 del Código de Procedimiento Penal, así tenemos: 1) El fiscal manifiesta demostrar la responsabilidad de los acusados con las pruebas documentales signadas con los Nos. 4 y 5, esto es el certificado de la Policía Nacional respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones como policías y, el lugar donde los acusados debían estar cumpliendo tales funciones, así como la documentación en fotocopias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente. Documentos que el Fiscal considera documentos públicos, al respecto se considera: El documento de sanción que es base de la responsabilidad de los acusados, es un documento público, como así lo establece el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil " Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado", en el caso en concreto las solemnidades y la competencia del empleado -jerárquico superior- se encuentran establecidas en el artículo 66 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional "Toda sanción disciplinaria será comunicada por escrito al sancionado personalmente por parte del sancionador o por intermedio de otro superior jerárquico"; en efecto fue comunicado por escrito de forma personal -constan los recibidos de los procesados en el documento- y quien los firma es el Comandante del Tercer Distrito de la Policía Nacional; continúa el artículo en su inciso segundo, manifestando "La comunicación deberá contener: La disposición reglamentaria aplicada, la sanción impuesta, el lugar donde debe cumplirla y las causas que la motivaron, la identidad y firma del sancionador", analizando la comunicación la misma contiene: a) la disposición reglamentaria aplicada es la descrita en el numeral 5) del artículo 62 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, b) la sanción impuesta es de 5 y 9 días de arresto, c) especifica el comunicado que la sanción la cumplirán al interior de la Unidad a la que pertenecen orgánicamente, d) sobre las causas que motivaron la sanción el documento recoge" INHERENTES A MANIFESTACIONES DE INDICIPLINA DEL PERSONAL POLICIAL DEL CP-6, QUE HAN CONTRA VENIDO EXPRESAMENTE LO ESTIPULADO EN EL INCISO 1 DEL ART. 163 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULOS 2 Y 4 LITERALES A.B.C.L. DE LA LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL; Y LA RESPONSABILIDAD QUE USTED TENÍA COMO CLASE, EL 30 DE SEPTIEMBRE DEL 2010, EN EL EJERCICIO DE LA OBEDIENCIA Y SUBORDINACIÓN COMO MIEMBRO DE UNA INSTITUCIÓN JERÁRQUICA Y DISCIPLINADA, EXISTIENDO CONSTANCIA QUE HA PARTICIPADO EN LA CARAVANA POLICIAL COMO OCUPANTE DE UN PATRULLERO POLICIAL (sic), MOTOCICLETA POLICIAL Y OTROS EN LA MANIFESTACIÓN, con lo que queda claro la participación de los miembros de la Policía Nacional en actividades ajenas a sus funciones constitucionales, que fueron determinantes para la sanción administrativa y hoy para la penal, e) quien impone la sanción y la firma es el Coronel de Policía de E.M, Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, en su calidad de Comandante del Tercer Distrito de, la Policía Nacional. Para efectos de valorar el documento público tenemos que de conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos

públicos, además el documento fue agregado al juicio dentro del término de prueba, así lo anunció el represente de la fiscalía, de conformidad con el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal y el día de la audiencia lo introdujo como medio probatorio y fue sometido al principio de contradicción, lo que constituye prueba legalmente actuada, y trae como efecto que al ser valorada como prueba, se lo hace por su calidad de documento público esto de acuerdo a los artículos 146 y 147 del Código de Procedimiento Penal, los mismos que están relacionados con las demás pruebas presentadas en juicio. El documento público tiene la calidad de auténtico, es decir no existe duda, más aún que no existe sospecha que sea falso, al respecto la doctrina procesal sobre la calidad del instrumento público señala "En definitiva, los documentos públicos gozan de una presunción legal de autenticidad que sólo cede ante una expresa impugnación de la misma" (CLIMENT Durán, Carlos, La Prueba Penal, Tomo I, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 640), y este mismo autor con respecto a las certificaciones nos dice "para que estos documentos sean considerados como auténticos tanto extrínseca como intrínsecamente, y para que en su caso gocen de la presunción legal de autenticidad, es preciso, ante todo, que hayan sido expedidos por una autoridad o funcionario competente que esté al cargo de un determinado organismo público u oficial y que externamente estén adornados de las solemnidades correspondientes (sellos, membretes, firmas, etc.); pero además es imprescindible que la información que tales documentos contienen constituyan una verdad indubitada, por ser una reproducción o un extracto o síntesis de datos preexistentes en un archivo o registro público u oficial, sin estar acompañada o adornada de juicios, críticas o comentarios: Si concurren todas estas condiciones, los testimonios y las certificaciones, como verdaderos documentos públicos que así son, se consideran documentos auténticos tanto extrínseca como intrínsecamente, y gozan de la referida presunción legal de autenticidad, lo que hace innecesario su adveración o autenticación a través de cualquier medio probatorio, cosa que sí precisa con respecto a cualquier otro documento. Por consiguiente esta plena autenticidad se extiende a la información contenida en el documento, que sólo queda en entredicho si la autenticidad de dicho documento es expresamente impugnada" (el subrayado es nuestro) (CLIMENT Durán, Carlos, obra citada, pág. 641-642). Con estos criterios doctrinarios y las disposiciones legales referidas se concluye sin mayor esfuerzo que la prueba documental de Fiscalía signada con los Nos. 4 y 5 son documentos públicos y por lo tal no habiéndose impugnado su autenticidad, hacen prueba plena en torno a su contenido, la propia defensa de los acusados ha dicho que el documento no fue impugnado, es decir no ejercitaron el derecho de recurrir la resolución administrativa -Art. 76, numeral 7, literal m- de la Constitución-. 2) Un segundo punto a dilucidar es respecto sobre si en el caso, se ha dado un doble juzgamiento tal como lo ha aseverado la defensa de los acusados, manifestando que ya han sido sancionados por los hechos del 30 de septiembre del 2010 recibiendo por ello sanciones de arresto, alega la defensa de todos los acusados que el arresto es sinónimo de sanción penal y, por lo tanto se atentaría al principio Non bis in idem, además que fue ilegal, debemos observar que la Constitución de la República en el último inciso del artículo 77, "al arresto policial" lo concibe como una sanción disciplinaria más no penal al señalar " Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la Ley", en efecto el artículo 31 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, enumera al "arresto" como una de las sanciones disciplinarias a imponerse a los miembros de la Policía Nacional, definiéndola el artículo 33 ibídem como la "simple detención del sancionado en el cuartel o en cualquier establecimiento policial", contrario es la sanción penal, que sus consecuencias principales son la prisión o reclusión, que son unas de las penas peculiares del delito (art. 51 del Código Penal), la Teoría del delito, enseña que el acto, típico, antijurídico, culpable tiene como consecuencia la imposición de una pena, previo a la declaratoria de culpabilidad, pena que deberá ser cumplida en los Centros de Rehabilitación Social (Art. 77 numeral 12 de la Constitución), esta es otra de las diferencias entre la sanción disciplinaria y la penal; las sanciones disciplinarias son los medios con los que cuenta la Administración Pública, en este caso la institución policial, para asegurar la observancia de las normas de subordinación y el cumplimiento de los deberes de los administrados. De lo analizado y como así lo ha sostenido el representante de la Fiscalía General del Estado, la sanción disciplinaria es independiente de la penal, el autor Roberto Dromi (en su obra Derecho Administrativo, 10 edición, Editorial Ciudad Argentina

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2004), explica que sobre un mismo hecho o acto pueden concurrir diversas sanciones jurídicas " En razón de ser un ilícito jurídico, y distintas sus manifestaciones, es posible admitir la compatibilidad entre esas distintas manifestaciones (ilícito penal, ilícito civil, ilícito administrativo, ilícito fiscal, etc., ya que un solo acto puede infringir diversos ordenes jurídicos a la vez. Tenemos concurrencia de culpas, y correlativa concurrencia de sanciones, que satisfacen varios bienes jurídicos afectados por la conducta reprochable del agente ", continuando .con la cita el autor sostiene que pueden concurrir sanciones administrativas con sanciones judiciales, "aunque se trate de dos órdenes de competencia independientes, sin que lo resuelto por una, prejuzgue la resolución de la otra. Son distintos los procedimientos, las competencias, la calificación legal de las infracciones, las sanciones aplicables y las valoraciones jurídicas en cada caso. Por ejemplo, el funcionario que comete una falta, al mismo tiempo constitutiva de delito, pude quedar sometido simultáneamente a un sumario administrativo y a un proceso penal" , con lo que podemos concluir que las sanciones administrativas son independientes de las sanciones penales, la doctrina citada se encuentra en armonía con el principio constitucional, contenido en el literal i) del artículo 76 de la Constitución de la República "Nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia" en la especie tenemos una sanción en materia administrativa y el caso que nos ocupa es materia penal, el ilícito jurídico vulneró tanto lo establecido en el ámbito administrativo como en el penal. Contrario sería pensar que el funcionario público que cometió un delito contra la administración pública y fue sancionado administrativamente, ya no debería responder en materia penal, o siendo sancionado en materia penal, ya no respondería administrativamente, esa interpretación que pretende la defensa, es hacerlo de forma extensiva, lo cual en materia penal no está permitido y sería dejar en la impunidad los delitos. 3) El tercer punto a tratar es el referido a la también alegación de la defensa de los acusados en torno a que los acusados actuaron en cumplimiento de órdenes superiores, en este caso por orden del General Wilson Alulema, por lo tanto se ha alegado una causa de justificación (obediencia debida), al respecto se considera: está superada la discusión doctrinaria sobre esta causa de justificación, así si una orden es ilegítima o inconstitucional no se configura esta causa de justificación, al respecto Edgardo Donna nos dice "Quien cumple con una orden que está de acuerdo con el Derecho dentro de una relación de servicio· excluye la antijuricidad, lo que exige como extremo, y de acuerdo con lo que hemos visto, que la orden sea legítima, para que ella sea justificada" continua en su análisis manifestando "Es más que claro que frente a una orden notoriamente antijurídica, quien la recibe no debe cumplirla, ya que el subordinado debe estar a Derecho. Si la cumple por coacción el tema pasa al ámbito de la culpabilidad pero deja el campo de la justificación y la conducta será ilícita"; estos criterios son compartidos y expuestos por Ernesto Albán Gómez quien dice. "La actual posición de la doctrina es terminante: la obediencia no puede eximir de responsabilidad penal a quién ejecuta actos tipificados por la ley penal. A lo más, el culpable podría beneficiarse con una atenuante por coacción o temor" (ALBÁN, Gómez Ernesto, obra citada, pág. 474), al respecto la Constitución recoge o traduce estos criterios desarrollados por la doctrina, cuando en su art. 159 establece "La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecutan", lo propio establece el art. 114.5 del Código Penal cuando establece "Los mandos de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional serán responsables por las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten. Ningún subordinado o subordinada podrá eludir su responsabilidad penal con la obediencia prestada a su superior en la perpetración de un delito". Con lo expuesto queda claro que no se configura la obediencia a la orden del superior (General Alulema) como causal de justificación en el presente caso, a la par de ello es necesario en este punto analizar lo manifestado por la defensa de los acusados, en torno a que se ha vulnerado el derecho a la defensa al no contarse con la presencia en la audiencia en su calidad de testigo del General Wilson Alulema, no tiene asidero alguno, la defensa conocía que el Gral. Wilson Alulema se encontraba fuera del país, el Tribunal agotó todos los esfuerzos permitidos por la Ley adjetiva penal para su presencia, incluso se suspendió la audiencia en aplicación del artículo 256 numeral 2 del C.P .P. para la comparecencia del rebelde, sin embargo como ya se ha analizado al no configurarse la causa de justificación por obediencia debida tratándose de una orden ilegítima e inconstitucional, y siendo que la defensa ha manifestado que precisamente este testigo era importante para que haga conocer que él dio "la orden de

reunirse, de salir en protesta y dejar de lado las funciones policiales", resulta totalmente intrascendente su testimonio, puesto que la Fiscalía con la prueba presentada y habiendo los abogados defensores de los acusados reconocido en sus alegatos finales, que si existió orden que provino del Gral. Alulema para la reunión en el Comando de Policía del Azuay, lo cual no está en discusión y aunque hubiese declarado que efectivamente la orden nació de él -de salir en protesta y dejar a lado las funciones policiales- esta aceptación en nada afecta el cuadro procesal al tratarse de una orden ilegítima, ya que los subordinados no estaban obligados a cumplir, por lo tanto mal se pude alegar que se afectó a la defensa al no haber comparecido un testigo cuyo testimonio finalmente es irrelevante. 4. Otro punto de alegación general de la defensa de los acusados ha sido en torno a que la diligencia de transcripción de los CDS de audio y video que contenían los acontecimientos del 30 de septiembre del 2010, no se ha realizado con la presencia de las partes procesales y por tanto se ha violado el debido proceso, solicitan que estas transcripciones y el informe pericial no sean considerados, al respecto se observa que los peritos Peña y Palomeque se han posesionado para practicar la· diligencia respectiva en fecha 21 de octubre de 2010, y la diligencia se realiza el día 10 de diciembre del 2010, tal como consta en la respectiva acta, el fiscal frente a esta alegación ha manifestado que en esa fecha el caso se encontraba en indagación previa y no existía siquiera sospechosos, por lo tanto mal podían existir partes procesales, siendo totalmente procedente la diligencia realizada, más, distinto hubiese sido si es que los acusados no hubieren podido acceder a la revisión de esta pericia, situación que no se ha alegado. Con el tratamiento de los puntos anotados entramos al análisis de la responsabilidad de cada uno de los acusados: 1.- JUAN CARLOS ROSERO CONDE: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que el acusado fue sancionado administrativamente, en el que consta el memorándum No. 2010/1399/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., en el que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación frente a la prevención de Policía del CP-6, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Felix Solano, Sbop. De Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Sgos. Juan Carlos Rosero Conde, debía encontrarse de servicio en la Unidad Técnica de Control de armas. No deja hoja de ruta, c.- Con el testimonio de los peritos Juan Peña Aguirre y Wilson Palomeque Zamora quienes realizaron la transcripción de los cds de audio y video y hacen saber que a fojas 69 de su informe, de una entrevista a un policía en cuyo pie de fotografía constaba Juan Carlos Rosero, el mismo que indica los servicios que van a estar paralizados, d.- Con el testimonio del policía Darío Fabricio Caicedo Silva, que manifiesta que en la fecha de los acontecimientos era digitador en la Unidad Técnica de Control de Armas y el secretario de esta unidad era el Sargento Juan Carlos Rosero, que lo vio a las 08h30 y luego salió a la reunión con el General Alulema y regresó pasadas las 13h00. e.- con el informe de transcripción de los cds de audio y video realizado por los peritos Peña y Palomeque, que contiene una entrevista realizada a un agente de policía en el que consta el nombre de Juan Carlos Rosero y que manifiesta que se suman a la protesta y que varios servicios policiales se paralizarán sin saber a qué hora se normalizarán dichos servicios. Con los elementos probatorios tanto documentales y testimoniales, se ha logrado demostrar: que el Sargento Juan Carlos Rosero Conde, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo la labor de secretario de la Unidad Técnica de Control de Armas en el Comando del Azuay, que incluso el acusado concede una entrevista a un medio de comunicación en la que manifiesta que están protestando y se suspenderán varios servicio policiales, ello concuerda con el testimonio del testigo Darío Caicedo quien dijo haber visto al acusado en la oficia a las 08h30, le vio salir y regresar pasadas las 13h00; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado que no se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que no ha presentado hoja de ruta por no ser obligación del personal administrativo, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo, sus alegaciones se desvanecen por la producción de prueba realizada por Fiscalía, todos los testimonios y la prueba documental son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Juan Carlos Rosero Conde participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la prevención del Comando del Azuay y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales, incumplió los deberes de su servicio, incluso él mismo manifiesta que los servicios serán paralizados, el cuadro así descrito subsume la conducta de Juan Carlos Rosero Conde, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones ,se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio como secretario de la Unidad Técnica de Armas, en su lugar estuvo en las protestas frente a la prevención del Comando, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial. c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades e incluso concede una entrevista en la que declara que se pliegan a la protesta y se suspenden los servicios, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber constitucional como policía, e) Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito; con este análisis, lo expuesto por la Fiscalía en el sentido de que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4 numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 2.- SEGUNDO VICTOR PEÑAFIEL GONZALEZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados

administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1434/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en el que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101.CP 6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Sgos. Segundo Víctor Peñafiel González, se encontraba de servicio en la Zona 3 como Jefe de Patrulla (Z3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-104 , zona que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba, c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el Sargento Segundo Víctor Peñafiel González, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo la labor de Jefe de Patrulla en el vehículo AWA-104, en la zona que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba, sitios que están distantes y nada tienen que ver con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes de policía logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, las alegaciones, testigos, documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Segundo Víctor Peñafiel González participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 como conductor de un vehículo policial en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Segundo Víctor Peñafiel González, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de' los hechos debía estar cumpliendo su servicio como Jefe de Patrulla (Z3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-104 , zona que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba, en su lugar estuvo en la caravana policial como conductor de un vehículo policial, caravana que fue por el centro de la ciudad no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, **b)** sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, **c)** El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, **e)** - Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y **f)** tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito; con este análisis lo expuesto por la Fiscalía en el sentido que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el art. 602.4 numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio.- 3) VICTOR MIGUEL ACARO PÉREZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1432/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., en el que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero policial de placas AWA-139, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro . 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Cbos. Acaro Pérez Víctor Miguel, se encontraba de servicio en la Zona 2 como conductor (Z-2 Cañaribamba) en el vehículo AWA-139, c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar que el Cbos. Acaro Pérez Víctor Miguel, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo la labor de conductor (Z-2 Cañaribamba), sitio que está distante y nada tiene que ver con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes de policía, logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, por el contrario las alegaciones, documentos de prueba son coherentes de la forma como los presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Víctor Miguel Acaro Pérez participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 como conductor de un vehículo policial en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Víctor Miguel Acaro Pérez, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal, a)

La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio como conductor (Z-2 Cañaribamba), en su lugar estuvo en la caravana policial como conductor de un vehículo policial, caravana que fue por el centro de la ciudad no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado . el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial. c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción, no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y í) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito; con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICION tipificado y sancionado en el art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 4.- DIEGO ARMANDO GUADALUPE BORJA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1426/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial de siglas G-31, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta ·existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicio del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Guadalupe Borja Diego Armando, se encontraba de servicio en la Zona 1 como GOM-4 en la moto 12, zona que comprendía la Calle Larga, Avenida Huaynacapac, Honorato Vásquez, Mariano Cueva, siendo punto de martillo el parque Luis

Cordero, c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Diego Armando Guadalupe Borja, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo la labor en la Zona 1 como GOM -4 en la moto 12, zona que comprendía la Calle Larga, Avenida Huaynacapac, Honorato Vásquez, Mariano Cueva sitios que nada tienen que ver con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado que su defendido ni siquiera subió al Comando, que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, el hecho de que no haya subido al Comando tampoco tiene trascendencia para desvirtuar su participación en la caravana policial. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Diego Armando Guadalupe Borja participó .en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Diego Armando Guadalupe Borja, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal, a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio como GOM-4 en la Zona 1, la que comprendía la Calle Larga, Avenida Huaynacapac, Honorato Vásquez, Mariano Cueva, siendo punto de martillo el parque Luis Cordero, en su lugar estuvo en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial de siglas G-31, caravana que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad· de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito; con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo

puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 5) EDISON FABRICIO CABEZAS VELASCO: Con respecto a este acusado si bien fiscalía acredita como prueba la documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1409/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación frente a la prevención de Policía del CP-6 y el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP 6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101,CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicio del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Cabezas Velasco Edison Patricio, se encontraba de servicio en las consignas de la Gobernación y no deja hoja de ruta, la defensa ha demostrado con prueba documental consistente en: - copia certificada del memorándum No.- 2010/2706/P-1/CP-6 de fecha Cuenca, 22 de septiembre del 2010, dirigido al acusado Cabezas Velasco Edison Fabricio y suscrito por el Lcdo. Alex Pachar Ordoñez, Mayor de Policía, Jefe de Personal del CP-6 que su defendido ha sido designado para asistir al curso de Derechos Humanos aplicados a la función policial, durante la semana comprendida del día lunes 27 de septiembre al viernes 01 de octubre del presente año, con uniforme B2 a las 07h30 y se añade en dicho memorándum " Del Incumplimiento a la presente disposición usted será el único responsable y se procederá de acuerdo a lo que establece el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional", que se demuestra que el acusado estuvo en el Comando cumpliendo una orden legítima como es acudir a un curso de capacitación y por lo tanto estuvo relevado de cumplir funciones en la Gobernación del Azuay como se establecía en el documento de prueba 4, además con el testimonio del Coronel Edmundo Merlo quien hizo conocer que ese día estuvieron unas 150 personas en el auditorio y al curso de derechos Humanos asistían 30 personas pero no pudieron entrar porque el auditorio estaba ocupado, y el testimonio del policía Luis Rigoberto Sánchez Rocano quién manifestó que había un curso en el Comando, de 07h00 a 17h00 y que el mismo se reinició a las 12h30, que son testimonios que guardan total relación con la prueba documental presentada por la defensa, se demuestra que el acusado el 30 de septiembre del 2010 en horas de la mañana, asistió al curso de Derechos Humanos por órdenes superiores, órdenes estas si legítimas y que debía obedecer, se demuestra que los asistentes a este curso no pudieron ingresar al mismo ya que el auditorio estuvo ocupado con los asistentes a la reunión convocada por Alulema y que finalmente el curso se reinstaló a las 12h30 aproximadamente, siendo así se demuestra también que Edison Fabricio Cabezas Velasco, no ha incumplido funciones de servicio, precisamente su deber era asistir al curso, al cual no pudo entrar, para posteriormente reinstalarse al mediodía, por lo tanto con la prueba de la fiscalía no se logra demostrar que el acusado haya incurrido en el verbo rector del tipo penal esto es el incumplimiento de funciones. Lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la responsabilidad del acusado no se la acepta, por cuanto con la prueba aportada y analizada en el considerando cuarto de esta resolución no se logra demostrar la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito SEDICIÓN no se han probado con la prueba aportada, esto es que existió Incumplimiento a los deberes de servicio. 6) CRISTIAN BYRON PEÑAFIEL VALDIVIEZO: Con respecto a este acusado, el fiscal aporta como prueba la documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1428/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo una motocicleta policial marca Kawasaki y el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP 6de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicio del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Peñafiel Valdivieso Cristian Byron, se encontraba de servicio en la Zona -1, como GOM-11 en la moto G-11, comprendiendo sus lugares de servicio la calle Bolívar, Juan Montalvo, Bajada al Vado, Padre Aguirre, siendo el punto de martillo el mercado 10 de Agosto; de esta última prueba se demuestra que el acusado cumplía sus funciones en zonas céntricas de la ciudad y sobre todo que uno de las calles que debía cubrir como responsabilidad suya era la calle Bolívar, lugar exacto por donde recorrió la caravana, esto es coherente con lo dicho por la defensora del acusado en torno a que su defendido estuvo en su lugar de servicio, esta situación genera duda en el Tribunal, por lo que esta no puede sino beneficiar al acusado al no tener certeza de si Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo participó en la marcha policial, incumpliendo sus funciones de servicio o si estuvo en el sector de la calle Bolívar por donde pasó la marcha en cumplimiento del servicio por ser parte de la zona a él asignada. Por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, el Tribunal considera que existe duda que debe operar a favor del acusado. 7) FREDDY FERNANDO PILCO SANDAL: La responsabilidad y autoría se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No. 2010/1421/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito ' de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo patrullero de placas AEA-1130, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP 6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicio del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Pilco Sandal Freddy Fernando, se encontraba de servicio en el UPC-50. No deja hoja de ruta, c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Freddy Fernando Pilco Sandal, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo su labor de servicio en el UPC-50 sitio que nada tienen que ver con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial, pues se trata de una Unidad de Policía Comunitaria, inclusive no deja su hoja de ruta; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado, que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, el hecho de que no haya subido al Comando tampoco tiene trascendencia para desvirtuar su participación en la caravana policial. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Freddy Fernando Pílco Sandal participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también

servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,- el cuadro así descrito subsume la conducta de Freddy Fernando Pílco Sandal, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 del Código Penal pues se ha probado. que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal, así tenemos: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el UPC-50, en su lugar estuvo en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AEA-1130, caravana que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) - Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el Art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 8) JUAN CARLOS PEÑAFIEL CASTRO: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: **a.-** documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1431/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero policial de placas AWA-140, **b.-** con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP 6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en

donde constan los diferentes servicio del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Peñafiel Castro Juan Carlos, se encontraba de servicio en la Zona 3, como conductor (Z-3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-140, sitio que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, Unidad Nacional, Avenida 10 de Agosto, **c.-** Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Juan Carlos Peñafiel Castro, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo su labor de servicio como conductor (Z-3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-140, sitio que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, Unidad Nacional, Avenida 10 de Agosto, sitios que nada tienen que ver con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial; respecto a lo manifestado por la defensora del acusado, que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, el hecho de que no haya subido al Comando tampoco tiene trascendencia para desvirtuar su participación en la caravana policial. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Juan Carlos Peñafiel Castro participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de Juan Carlos Peñafiel Castro, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) como conductor (Z-3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-140, sitio que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, Unidad Nacional, Avenida 10 de Agosto, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, **d)** el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, **e)** Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y **f)** tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis, lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el Art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se

han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria: suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la· cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 9) JAMILTON ENRIQUE COLLAGUAZO LÓPEZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum Nro. 2010/1436/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP .NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero policial como ocupante de un patrullero policial (sic), b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Cbos. Collaguazo López Hamilton Enrique, se encontraba de servicio en la Zona 1, como conductor (Gil Ramírez) en el vehículo AEA-144, c.- con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía, Cbos. Jamilton Enrique Collaguazo López, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo su labor de servicio como conductor (Z-1 Gil Ramírez) en el vehículo AEA-144, sitio distinto a los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial. Sobre lo manifestado por el defensor en torno, a que se actuó obedeciendo una orden superior, ya se ha analizado que en este caso no existe causa de justificación; respecto a que existe una violación al debido proceso por haberse abierto los videos sin la presencia de las partes procesales, también se ha analizado y no se verifica esta violación alegada; que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; de igual manera en torno a que los documentos presentados por fiscalía y que son base de la responsabilidad penal de los acusados no constituyen documentos públicos también queda desvirtuado con el análisis ya realizado; es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría del caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, al no haber podido sacar su vehículo por estar averiado, situación que no la demuestra al haber realizado esa alegación, quedando en un mero enunciado. En consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Jamilton Enrique Collaguazo López participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Juan Carlos Peñafiel Castro, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha

FUNCIÓN JUDICIAL

probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal; a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) como conductor en la Av. Gil Ramírez, en el vehículo AEA-144, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar; b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error ,de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) - Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis, lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 10.- LUIS ARMANDO ZAPATA PAGUAY: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusado fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No. 2010/1441/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Zapata Paguay Luis Armando, se encontraba de servicio en el UPC-40, no deja hoja de ruta, c.- Con los elementos probatorios documentales, que constituyen documentos públicos como ya se ha

analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Luis Armando Zapata Paguay, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, cumpliendo su labor de servicio en el UPC-40, tratándose este de una Unidad de Servicio Comunitaria, inclusive no deja hoja de ruta, sitio distinto a los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial. Sobre las alegaciones de la defensa; que su defendido no ha participado en la marcha, que no se ha demostrado la responsabilidad, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, de igual manera en torno a que los documentos presentados por fiscalía y que son base de la responsabilidad penal de los acusados no constituyen documentos públicos también queda desvirtuado con el análisis ya realizado. Es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía, quedando su alegación en un mero enunciado. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Luis Armando Zapata Paguay participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,- el cuadro así descrito subsume la conducta de Luis Armando Zapata Paguay, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones ,se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) en el UPC-40, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, inclusive consta que no deja hoja de ruta, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar , b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido : el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) - Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 11) ARMANDO LEODAN GALEAS ATIENCIA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No. 2010/1440/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Gáleas Atiencia Armando Leodán, no se encuentra registrado en el listado de la Zona-2, c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Armando Leodán Gáleas Atiencia, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la Zona-2, no encontrándose siquiera registrado. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que estuvo designado para el curso de Derechos Humanos en el Comando, no demuestra con ninguna prueba tal situación, quedando en un mero enunciado; que no se ha podido demostrar la responsabilidad de su defendido, que ningún testigo ha identificado a su defendido y si bien ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; de igual manera en torno a que los documentos presentados por fiscalía y que son base de la responsabilidad penal de los acusados no constituyen documentos públicos también queda desvirtuado con el análisis ya realizado. Es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría del caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía, manifiesta la defensa así mismo que si existió la caravana pero no fue sedición, situación superada y que se ha analizado en lo referente a la materialidad de la infracción, y que demuestra nuevamente la falta de coherencia en la tesis de la defensa. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final , así es que se da por probado que Armando Leodán Gáleas Atiencia, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Armando Leodán Gáleas Atiencia, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo

602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal, así tenemos: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones ,se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) en la Zona-2, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, inclusive consta que no se registra, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo : tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, e) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e).- Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito; con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 12.- CRISTIAN MARCELO CORRO VELOZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1430/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo una motocicleta policial marca Honda, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP 6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 201 1 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Corro Veloz Cristian Marcelo, se encontraba en servicio en la Zona-1, como GOM-16 en la moto-32, c.- Con los

elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Cristian Marcelo Corro Veloz, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la Zona-1 como GOM-16 en la moto 32. Respecto a lo dicho por el defensor, que su defendido no ha participado en la marcha, que estuvo de servicio en el Registro Civil y de allí no se movió hasta que a las 13h30 subió al Comando para presentarse al franco, no demuestra esta situación con ninguna prueba, quedando en un mero enunciado; y si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados. Es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Cristian Marcelo Corro Veloz, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de Cristian Armando Corro Veloz, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones ,se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) en la Zona-1 como GOM-16 en la moto-32, , en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado- situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.

602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 13.- JOSÉ ARTURO AULLA YUQUIIEMA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: la. Documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No. 2010/1429/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de e la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que policial conduciendo la motocicleta policial de siglas G-41, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. José Arturo Aulla Yuquilema, se encontraba en servicio en la Zona-2, como GOM-22, siendo el sector de responsabilidad el del mercado 12 de Abril. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía José Arturo Aulla Yuquilema, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la Zona-2, como GOM-22, siendo el sector de responsabilidad el del mercado 12 de Abril, sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial; respecto a lo manifestado por el defensor en tomo a que su defendido no ha participado en la marcha, que fue llamado por la radio y al subir Comando ya no encontró gente y la caravana ya había salido, regresando a su puesto de trabajo, no demuestra esta situación con ninguna prueba, quedando en un mero enunciado y si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados. Es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que José Arturo Aulla Yuquilema , participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, el cuadro así descrito subsume la conducta de José Arturo Aulla Yuquilema, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) en la Zona-2, como GOM-22, siendo el sector de responsabilidad el del mercado 12 de Abril, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, Y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 14.- JOSÉ LUIS GUADALUPE CHINLLE: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- Documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1419/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en LA MANIFESTACIÓN SOBRE la Av. España frente al terminal Terrestre, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Guadalupe Chinlle José Luis, se encontraba en servicio en el Grupo Impacto. No deja hoja de ruta. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía José Luis Guadalupe Chinlle, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en el Grupo Impacto en el Comando de Policía, sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Sobre lo dicho por la defensa; en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que estu-

vo en el Comando y que incluso trató de impedir la quema de llantas, no demuestra esta situación con ninguna prueba, quedando en un mero enunciado; si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifestó que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final dijo que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que José Luis Guadalupe Chinlle, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de José Luis Guadalupe Chinlle, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio (sic) en el grupo Impacto, en el Comando de Policía, en lugar de ello participó en la protesta frente a la Terminal Terrestre, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo penal subjetivo, en este delito, es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia .debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada, la culpabilidad como categoría del delito. Del análisis realizado y lo expuesto por la Fiscalía, que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se

exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 15.- DIEGO DAVID SALAN TITE: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum Nro. 2010/1427/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial marca Tornado, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 201 1/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Salán Tite Diego David, se encontraba en servicio en la Zona-1, como GOM-5, en la moto G-19, siendo el sector de responsabilidad el de las calles: Larga, Hermano Miguel, Presidente Córdova, General Torres, siendo el punto de martillo las Escalinatas. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Diego David Salán Tite, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la en la Zona-1, como GOM-5, en la moto G-19, siendo el sector de responsabilidad el de las calles: Larga, Hermano Miguel, Presidente Córdova, General Torres, siendo el punto de martillo las Escalinatas, sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que ante el llamado de reunión subió al Comando y ya no estaban los protestantes, regresando inmediatamente a su puesto de trabajo, no demuestra esta situación con ninguna prueba, quedando en un mero enunciado; si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es importante en el análisis de la situación de este acusado, que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Diego David Salán Tite, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,- el cuadro así descrito subsume la conducta de Diego David Salán Tite, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en la en la Zona-1, como GOM-5, en la moto G-19, siendo el sector de responsabilidad el de las calles: Larga, Hermano Miguel, Presidente Córdova, General Torres, siendo el punto de martillo las Escalinatas, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o

policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Del análisis en líneas anteriores y lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 16.- SEGUNDO RODOLFO ACAN CHARCO: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1415/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación sobre la Av. España frente al Terminal Terrestre, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Acán Charco Segundo Rodolfo, se encontraba en servicio en la Zona-1, como Jefe de Patrulla (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Segundo Rodolfo Acán Charco, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la en la Zona-1 como Jefe de Patrulla (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01, sector distinto a la zona en donde se produjo el incidente esto es frente al Terminal Terrestre. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido se encontraba en el Parque Calderón, en la 9 de Octubre y sus alrededores y que

si vio la marcha pero no ha participado, no demuestra esta situación con prueba alguna, ni siquiera con el testimonio del acusado, quedando en un mero enunciado; si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es necesario en el análisis de la situación de este acusado, que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Segundo Rodolfo Acán Charco, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la protesta frente al Terminal Terrestre y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,- el cuadro así descrito subsume la conducta de Segundo Rodolfo Acán Charco, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en la Zona-1 como Jefe de Patrulla (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01, en lugar de ello participó en la protesta policial frente a terminal terrestre, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo penal subjetivo, en este tipo de delitos, es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. De lo analizado lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado

dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 17.- ALFONSO OSWALDO PILCO REA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1437/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Pílco Rea Alfonso Oswaldo, se encontraba en servicio en el UPC-38. No deja hoja de ruta c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía Alfonso Oswaldo Pilco Rea, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en el UPC-38 ubicado en el sector de Gullanzhapa, sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que estuvo asignado al curso de Derechos Humanos por lo que no estaba obligado a comparecer al lugar de su trabajo, no demuestra esta situación con ninguna prueba, quedando en un mero enunciado; si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Alfonso Oswaldo Pílco Rea, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,- el cuadro así descrito subsume la conducta de Alfonso Oswaldo Pílco Rea, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones ,se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en UPC-38 de Gullanzhapa, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede , aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 18.- CESAR GUSTAVO CHAFLA TUQUINGA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1422/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AEA-1133, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-1101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Chafla Tuquinga César Gustavo, se encontraba en servicio en la Zona-3 como conductor del JC-Yanuncay en el vehículo A-04. Siendo el sector de responsabilidad el mercado 12 de Abril, Avenida 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía César Gustavo Chafla Tuquinga, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la Zona-3 como conductor del JC-Yanuncay en el vehículo A-04, siendo el sector de responsabilidad la Avenida 12 de Abril, Avenida 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba, sectores distintos a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que estuvo de conductor de la Subteniente Denis Yacelga y que la llevó en la mañana al Comando y fue a desayunar y al regresar no encontró el vehículo, no demuestra esta situación con el aporte de ninguna prueba, quedando en un mero enunciado; si bien ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes

logran identificarlo como participante en la marcha, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en las protestas del 30 de septiembre, actuando en obediencia a las órdenes del General Wilson Alulema, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la caravana, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que César Gustavo Chafla Tuquinga, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio, -el cuadro así descrito subsume la conducta de César Gustavo Chafla Tuquinga, en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en la Zona -3 como conductor del JC- Yanuncay en el vehículo A-04. Siendo el sector de responsabilidad la Avenida 12 de Abril, Avenida 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba, en lugar de ello participó en la caravana policial que fue por el centro de la ciudad, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo : en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) - Que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 19.- ADRIAN CRISTOBAL AVILES BUCHELI: Con respecto a este acusado si bien fiscalía acredita como prueba la documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1435/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial y el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101 .CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Cbos. Avilés Bucheli Adrián Cristóbal, se encontraba de servicio en el Departamento de Violencia Intrafamiliar. No deja hoja de ruta. La defensa ha alegado que su defendido el día de los hechos se encontraba trabajando que así lo hizo en el transcurso de la mañana, y que acudió al Comando a la reunión convocada por Alulema como a las 11h00 y al dirigirse a este lugar pidió a un patrullero que pasaba por la calle Barrero que lo lleve hasta allá, volviendo a sus labores normalmente en la tarde, presenta como prueba los testimonios de Fanny Jara Peralta quien hizo conocer que como usuaria del Departamento de Violencia Intrafamiliar pidió al acusado le ayude con una citación, la misma que la hizo a las 09h00 y estuvo con el acusado hasta las 10h10; el testimonio de Ruth Yesenia Tandazo, quién ha manifestado que se encontró con el acusado a las 12h30 en la escuela de sus hijos que son compañeros; el testimonio de Jorge Alberto Villavicencio Torres, Comisario Segundo de la Mujer y la Familia del Cantón Cuenca a la fecha de los acontecimientos, quién ha referido que ese día (30 de septiembre del 2010) en horas de la mañana conversó con el acusado y que como a las 10h00 o 10h30 le informó que iba a ir a una reunión a la que le han convocado, y que en la tarde lo acompañó a una diligencia hasta las 18h30; el testimonio de Jésica Nugra que ha dicho que trabaja en la Intendencia de Policía del Azuay que vio llegar al acusado a las 08h00, a las 09h30 le dejó unas copias y le comentó a las 10h30 aproximadamente que iba a una reunión al Comando; estos testimonios sumados a la prueba documental que presenta la defensa referida a las actuaciones del acusado en fecha 30 de septiembre del 2010 en cumplimiento de sus funciones en el Departamento de Violencia Intrafamiliar de las Comisarías de la Mujer y la Familia del Cantón Cuenca demuestran que el acusado estuvo cumpliendo las funciones a él asignadas, los testigos han manifestado en forma coincidente que lo vieron hasta las 10h30 aproximadamente, hora en que comentó que iba al comando de Policía a una reunión convocada, añade el testigo Villavicencio Torres que en la tarde el acusado también estaba en cumplimiento de sus funciones y que realizaron una diligencia hasta las 18h30, con esto elementos probatorios se demuestra que el acusado Adrián Cristóbal Avilés Bucheli no ha incumplido el día 30 de septiembre del 2010 sus deberes o funciones inherentes a su servicio en el Departamento de Violencia Intrafamiliar, pues incluso el mismo Edmundo Merlo dijo que cuando salieron de la reunión entre las 10h30 a 11h00 ya los manifestantes habían regresado al Comando, por tanto a esas horas el acusado recién se dirigía a la reunión por lo tanto es coherente la tesis presentada por la defensa por lo tanto lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existen la responsabilidad del acusado no se la acepta, por cuanto con la prueba aportada y analizada en el considerando cuarto de esta resolución no se logra demostrar la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito SEDICION no se han probado con la prueba aportada, esto es que existió Incumplimiento a los deberes de servicio. 20.- RAÚL ORLANDO CENTENO AREVALO: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.-documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum Nro. 2010/1402/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que

se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación frente a la Prevención de Policía del CP-6, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Cbos. Centeno Arévalo Raúl Orlando, se encontraba en servicio de. Tránsito como conductor (Tango 8) en el vehículo AWA-218, en el sector de la Avenida Solano y 12 de Abril c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía, Cbos. Raúl Orlando Centeno Arévalo, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en servicio de Tránsito como conductor (Tango 8) en el vehículo AWA-218 en el sector de la Avenida Solano y 12 de Abril, sectores distintos a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Sobre lo manifestado por el defensor, en torno a que su defendido ha actuado cumpliendo una orden superior, que ya ha sido juzgado por este acto, son alegaciones que se han desvirtuado con el análisis ya realizado; respecto a que ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha o protesta, es verdad pero la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados; es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en la protesta del 30 de septiembre por estar subordinados a órdenes superiores en el uso de los vehículos policiales, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la protesta, que llegó al Comando por que por allí le tocaba pasar, situación que no ha podido ser desvirtuada con ningún aporte probatorio, frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Raúl Orlando Centeno Arévalo, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio,-el cuadro así descrito subsume la conducta de Raúl Orlando Centeno Arévalo en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio de Tránsito como conductor (Tango 8) en el vehículo AWA-218 en el sector de la Avenida Solano y 12 de Abril, en lugar de ello participó en la protesta frente a la prevención del Comando de Policía, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) El tipo subjetivo: en el presente caso el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 21.- WILMER JAVIER ERAZO MARTINEZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1423/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AWA-194, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Cbos. Erazo Martínez Wilmer Javier, se encontraba en servicio en la Zona-5, como conductor (Z-6 Barrial Blanco) comprendiendo la zona del Vecino, Héroes de Verdeloma, Gil Ramírez Dávalos, Universidad Salesiana c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado, se ha logrado demostrar: que el policía, Cbos. Wilmer Javier Erazo Martínez, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en servicio en la Zona-5, como conductor (Z-6 Barrial Blanco). Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que ningún testigo ha identificado y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha o protesta, es verdad pero la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, es más, la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría del caso, manifestó el defensor que todos sus defendidos han participado en la protesta del 30 de septiembre por estar subordinados a órdenes superiores en el uso de los vehículos policiales, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la protesta, que llegó al Comando por que por allí le tocaba pasar, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En consecuencia, todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que

se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Wilmer Javier Erazo Martínez, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de Wilmer Javier Erazo Martínez en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602. 4 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en la Zona-5, como conductor (Z-6 Barrial Blanco); en lugar de ello participó en la caravana policial, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. A base de este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 22.- CARLOS VINICIO LUZURIAGA MARTINEZ: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1424/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero camioneta D Max sin placas, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del

CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Luzuriaga Martínez Carlos Vinicio, se encontraba en servicio como conductor del CP-6. No deja hoja de ruta. c- Con el testimonio del Coronel Edmundo Merlo quién ha hecho conocer que el 30 de septiembre del 2010 su chofer asignado era el acusado, que en la mañana le vio pero al salir de la reunión con el General Alulema ya no estaba, que eran como las 10h30 y ya no le vio. d.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado y testimoniales se ha logrado demostrar: que el policía Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en servicio como conductor asignado al Coronel Edmundo Merlo, en el vehículo del CP-6. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha, que ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha o protesta, que tampoco se identifica el vehículo es verdad, pero la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados que guardan absoluta coherencia con lo dicho por el Coronel Edmundo Merlo, así mismo es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en la protesta del 30 de septiembre por estar subordinados a órdenes superiores en el uso de los vehículos policiales, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la protesta, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio como conductor del CP-6, como conductor asignado al Coronel Edmundo Merlo, en lugar de ello participó en la caravana policial, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo – comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta ·colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no

existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 23.- ALBERTO GEOVANNY MORETA BOCANCHO: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum No 2010/1439/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Moreta Bocancho Alberto Geovanny, se encontraba en servicio en el Grupo Impacto. No deja hoja de ruta. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado y testimoniales se ha logrado demostrar: que el policía Alberto Geovanny Moreta Bocancho, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir y su labor en servicio en el Grupo Impacto, en el Comando de Policía, lugar distinto a, donde se produjo la caravana policial, incluso no deja la hoja de ruta; respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que su defendido no ha participado en la marcha y que estuvo asignado al curso de Derechos Humanos, no se ha demostrado esta situación que al ser alegada, debió ser probada por la defensa, y si bien, ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha o protesta, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, así mismo es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así es que en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en la protesta del 30 de septiembre por estar subordinados a órdenes superiores en el uso de los vehículos policiales, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la protesta, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Alberto Geovanny Moreta Bocancho, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de Alberto Geovanny Moreta Bocancho en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal, pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica: incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el Grupo Impacto, en el Comando de Policía del Azuay, en lugar de ello participó en la caravana policial, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo – comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido : el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, f) que no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y g) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. A base de éste análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICIÓN tipificado y sancionado en el del art. 602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 24.- FRANCISCO PAÚL CARRILLO GARCÍA: La responsabilidad y autoría de este acusado, se encuentra probada con: a.- documentación en copias certificadas remitidas por la Policía Nacional, respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, en el que consta el memorándum Nro. 2010/1425/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. En que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, y establece que existen constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AWA-001, b.- con el certificado de la Policía Nacional, respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de fecha Cuenca, Miércoles 11 de Octubre del 2011 enviado al Mayor de Policía Rodríguez Rivadeneira Jorge, Jefe de Personal del CP-6 y suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, en el que se informa que una vez revisado el archivo de la CAC-101, se adjuntan las hojas de ruta existentes el día 30 de Septiembre del 2010, en donde constan los diferentes servicios del Personal Policial, estableciendo que el acusado Poli. Carrillo García Francisco Paúl, se encontraba en servicio en

la Zona-1, como conductor (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01. c.- Con los elementos probatorios documentales que constituyen documentos públicos como ya se ha analizado y testimoniales se ha logrado demostrar: que el policía Francisco Paúl Carrillo García, a la fecha de los hechos (30 de septiembre del 2010) se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en servicio en la Zona-1, como conductor (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01, lugar distinto a donde se produjo la caravana policial. Respecto a lo manifestado por el defensor en torno a que no se identifica a su defendido como conductor del vehículo, no se identifica en donde estuvo este vehículo, que su defendido llegó al Comando a la llamada de reunión y a las 11h15 asistió a un llamado de asalto, los documentos públicos ya referidos hacen prueba plena de que el acusado ha participado en la caravana policial, y si bien, ningún testigo ha identificado a su defendido y tampoco ninguno de los peritos y agentes logran identificarlo como participante en la marcha o protesta, la defensa no ha podido desvirtuar el contenido de los documentos públicos mencionados, así mismo es importante en el análisis de la situación de este acusado que la tesis de su defensa no ha sido coherente, así en su alegato inicial, al exponer su teoría el caso, manifiesta el defensor que todos sus defendidos han participado en la protesta del 30 de septiembre por estar subordinados a órdenes superiores en el uso de los vehículos policiales, sin embargo en su alegato final manifiesta que su defendido no ha participado en la protesta, situación que no ha podido ser desvirtuada frente a la prueba de fiscalía. En Consecuencia todos los testimonios rendidos y los documentos de prueba son coherentes de la forma como lo presentó la acusación fiscal. Son todos estos elementos tanto directos como indirectos aportados en audiencia los que permiten a estos juzgadores inferir, hasta llegar al hecho que se trata de probar, pues tenemos que todos estos elementos tienen conexión lógica con el resultado final, así es que se da por probado que Francisco Paùl Carrillo García, participó en las protestas del 30 de septiembre del 2010 en la caravana y que en concierto con un número mayor a cuatro personas también servidores policiales (se ha probado que se realizó una protesta y una marcha colectiva), incumplió los deberes de su servicio. El cuadro así descrito subsume la conducta de Francisco Paùl Carrillo García en el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 602.4 numeral 2 del Código Penal pues se ha probado que se configuran los elementos constitutivos del tipo penal: a) La acción típica incumplimiento de sus funciones, se ha demostrado que el acusado el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en la Zona-1, como conductor (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01, en lugar de ello participó en la caravana policial, no se ha demostrado ni alegado que exista alguna causa de exclusión de la acción en su actuar, b) sujetos: sujeto activo: tratándose de un delito de función y por lo tanto de sujeto activo calificado el autor del delito puede ser únicamente un servidor militar o policial, en la causa se ha demostrado que el acusado era agente de policía en servicio activo, sujeto pasivo: se trata de la propia institución policial, c) el tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño (Art. 14 Código Penal), además que el sujeto activo conocía y tenía la voluntad de realizar el acto punible, elementos volitivo y cognoscitivo, que la defensa no ha podido desvirtuarlos, en la especie se materializó la infracción, cuando el acusado en concierto con algunos policías, se aleja de sus funciones, paraliza sus actividades, señal inequívoca de conocimiento y voluntad de incumplir sus funciones policiales, por lo tanto acción dolosa, y en este caso con dolo directo, comprendiendo el procesado los elementos del tipo penal objetivo - comprendía su calidad de policía, que se encontraba en una protesta colectiva, lo que implicaba el incumplimiento de sus funciones policiales, y quería tal resultado-, situación que por los elementos probatorios analizados se cumple suficientemente, no se ha demostrado en la causa que exista error de tipo que excluya el dolo, d) el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido en esta clase de delito y como ya se analizó en el acápite referente a la materialidad del delito es eminentemente el fiel cumplimiento a su deber policial, e) no existe causal alguna de justificación que pueda aplicarse en este caso pues, el acusado ha actuado en conocimiento de la antijuridicidad de su acción no existiendo la alegada obediencia debida a la que ya nos hemos referido y f) tampoco se ha demostrado y no puede aplicársele al autor, causal alguna de inimputabilidad, por lo que se estima configurada la culpabilidad como categoría del delito. Con este análisis lo expuesto por la Fiscalía que se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado se la acepta, por cuanto con la prueba aportada analizada en el considerando cuarto de esta resolución se

logra demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, pues en la especie los elementos esenciales para la existencia del delito de SEDICION tipificado y sancionado en el del art.602.4, numeral 2 del Código Penal, se han demostrado, por lo tanto y siendo que la doctrina procesal ha considerado ·que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación cumplida en audiencia de juicio. 25.- EDWIN HERIBERTO FREIRE REYES: Respecto a este acusado fiscalía ha manifestado que no cuenta con elementos y prueba plena para establecer su responsabilidad por lo que se abstiene de acusarlo, por tanto en vista de que el fiscal se abstiene de acusar a Edwin Heriberto Freire Reyes, siendo que Fiscalía tiene la exclusividad del ejercicio de la acción penal tal como lo establecen los artículos 33 y 65 primer inciso del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo dispuesto en el art. 251 del mismo cuerpo legal que establece: "La etapa de juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación Fiscal, no hay juicio", situación que guarda armonía con lo referido por el fiscal en torno a no disponer de prueba en contra del acusado por lo cual no se ha podido llegar a demostrar la responsabilidad, pues efectivamente no se prueba que se hayan cumplido con los presupuestos del incumplimiento a los deberes del servicio, elementos necesarios para la configuración del tipo penal de Sedición, en virtud lo cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene el acusado dentro del proceso, ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la responsabilidad del procesado, situación que no se ha cumplido en audiencia de juicio, ya que de la prueba aportada, no se logra revertir el estado de inocencia del acusado, lo que ha motivado precisamente que fiscalía no acuse en esta causa. Por lo expuesto, este Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, con fundamento en los Arts. 16, 28, 304 A del Código Adjetivo Penal **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA"**, declara que: JUAN CARLOS ROSERO CONDE: ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. XX, domiciliado en Cuenca, de 39 años, casado, policía nacional en el grado de Sargento Primero, SEGUNDO VICTOR PEÑAFIEL GONZALEZ: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Azogues, de 45 años, casado, policía nacional, en el grado de Sargento Primero, VICTOR MIGUEL ACARO PEREZ: ecuatoriano, con cédula.- XX, domiciliado en Azogues, de 33 años, casado, Cabo Primero de policía DIEGO ARMANDO GUADALUPE BORJA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca de 27 años de edad, casado, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, FREDDY FERNANDO PILCO SANDAL: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 25 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo Segundo; JUAN CARLOS PEÑAFIEL CASTRO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Azogues, de 27 años de edad, casado, policía nacional en el grado de cabo segundo, HAMILTON ENRIQUE COLLAGUAZO LÓPEZ: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 34 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Primero, LUIS ARMANDO ZAPATA PAGUAY: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado, Riobamba, de 27 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo Segundo ARMANDO LEODAN GALEAS ATIENCIA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado, en el Puyo, de 26-años de edad, casado, policía nacional en el grado de Cabo Segundo CRISTIAN MARCELO CORRO VELOZ ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Guaranda,de.28 años de edad, soltero, policía nacional con el grado de Cabo Segúndo, JOSE ARTURO AULLA YUQUILEMA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 26 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo Segundo JOSE LUIS GUADALUPE CHINLLE: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Riobamba, de 25 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo Segundo DIEGO DAVID SALAN TITE: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 27 años de edad,

casado, policía nacional en el grado de Cabo segundo, SEGUNDO RODOLFO ACAN CHARCO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Riobamba, de 26 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo segundo, ALFONSO OSWALDO PILCO REA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado, Quito, de 29 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, CÉSAR GUSTAVO CHAFLA TUQUINGA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Riobamba, de 26 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de cabo segundo, RAUL ORLANDO CENTENO ARÉVALO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 31 años de edad, soltero, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, WILMER JAVIER ERAZO MARTINEZ: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en el cantón Girón, provincia del Azuay, de 32 años de edad, casado, policía nacional en el grado de Cabo Primero, CARLOS VINICIO LUZURIAGA MARTINEZ: ecuatoriano, con cédula No.- XX, nacido en Loja, domiciliado en Catamayo, provincia de Loja, 30 años de edad, casado, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, ALBERTO GEOVANNY MORETA BOCANCHO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Gualaceo, provincia del Azuay, de 24 años de edad, unión libre, policía nacional, FRANCISCO PAÙL CARRILLO GARCÌA: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 28 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, son autores y responsables del ilícito tipificado y sancionado en el Art. 602. 4 numeral 2 del Código Penal, en relación a los arts. 114. 3 y 114. 4 del mismo Cuerpo Legal - Ley Reformatoria al Código Penal para la tipificación de los delitos cometidos en el servicio militar y policial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 196, de fecha miércoles 19 de mayo de 2010- y se les impone la pena de UN AÑO DE PRISIÓN CORRECCIONAL, pena que la cumplirán en el Centro de Privación de la Libertad de de (sic) Personas Adultas Varones en conflicto con la Ley de Cuenca, debiendo descontarse todo el tiempo que hayan permanecido detenidos por esta causa penal.- De conformidad con el Art. 60 del Código Penal se le suspenden sus derechos políticos por igual tiempo al de la condena. Sin embargo con respecto a los acusados JUAN CARLOS ROSERO CONDE, SEGUNDO VICTOR PEÑAFIEL GONZAI.EZ, VICTOR MIGUEL ACARO PEREZ, FREDDY FERNANDO PILCO SANDAL Y JUAN CARLOS PEÑAFIEL CASTRO, por concurrir las circunstancias del Art. 29, numeral 6 y 7 en relación con el art. 72 del Código Penal, se modifica la pena y en definitiva se les impone la pena de CUATRO MESES DE PRISION CORRECCIONAL. Se ratifica el estado de inocencia de EDISON FABRICIO CABEZAS VELASCO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Guayaquil, de 35 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Primero, CRISTIAN BYRON PEÑAFIEL VALDIVIEZO: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Cuenca, de 26 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Segundo, ADRIAN CRISTÓBAL AVILES BUCHELI, ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Guayaquil, de 39 años de edad, unión libre, policía nacional en el grado de Cabo Primero y EDWIN HERIBERTO FREIRE REYES: ecuatoriano, con cédula No.- XX, domiciliado en Ambato, de 37 años de edad, casado, policía nacional en el grado de Cabo Primero. Ejecutoriada la sentencia remítase copia certificada al Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de la ciudad de Cuenca. El Dr. Felipe Córdova, fiscal y los doctores Magdalena Cardoso, Segundo Segarra, Fabiola Arévalo y Pedro Coronel, abogados defensores, han tenido una debida actuación en esta audiencia de juicio. Las disposiciones legales aplicadas a esta sentencia se hallan dentro de la misma. Cabe destacar que el Dr. Mateo Ríos Cordero asumió las funciones de Presidente de este Tribunal el día 15 de enero del 2014, en cumplimiento del art. 222 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto firma esta sentencia con esa calidad.- **Hágase Saber.**

f). Dr. Mateo Rio Cordero, Presidente del T.T.G.P.A; Dr. Cayo Cabrera Velez, Juez; Dr. Pablo Galarza Castro, Juez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 69-14

Jueza Ponente: Dra. Narcisa Ramos

Cuenca, 14 de agosto del 2014; las 08H10.
VISTOS: Los señores jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dictan sentencia declarando la culpabilidad de Juan Carlos Rosero Conde, Sargento Primero; Segundo Víctor Peñafiel González, Sargento Primero; Víctor Miguel Acaro Pérez, Cabo Primero de Policía; Diego Armando Guadalupe Borja, Cabo Segundo; Freddy Fernando Pilco Sandal, Cabo Segundo; Juan Carlos Peñafiel Castro, Cabo Segundo; Hamilton Enrique Collaguazo López, Cabo Primero; Luis Armando Zapata Paguay, Cabo Segundo, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cabo Segundo; Cristian Marcelo Corro Veloz, Cabo Segundo; José Arturo Aulla Yuquilema, Cabo Segundo; Jose Luis Guadalupe Chinlle: Cabo Segundo; Diego David Salán Tite, Cabo Segundo; Segundo Rodolfo Acán Charco, Cabo Segundo; Alfonso Oswaldo Pilco Rea (sic), Cabo Segundo; César Gustavo Chafla Tutinga, Cabo Segundo; Raúl Orlando Centeno Arévalo, Cabo Segundo; Wilmer Javier Erazo Martínez, Cabo Primero; Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez; Alberto Moreta Bocancho, Policía Nacional; Francisco Paúl Carrillo García, Cabo Segundo, como autores y responsables del ilícito tipificado y sancionado en el Art. 602.4 numeral 2 del Código Penal, en relación a los arts. 114.3 y 114.4 del mismo Cuerpo Legal - Ley Reformatoria al Código Penal para la tipificación de los delitos cometidos en el servicio militar y policial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 196, de fecha miércoles 19 de mayo de 2010- y se les impone la pena de un año de prisión correccional. Por concurrir las circunstancias del Art. 29, numeral 6 y 7 en relación con el art. 72 del Código Penal, se modifica la pena imponiéndoles la de CUATRO MESES DE PRISION CORRECCIONAL a Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Freddy Fernando Pilco Sandal y Juan Carlos Peñafiel Castro. Ratifican el estado de inocencia de Edison Fabricio Cabezas Velasco; Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Adrián Cristian Avilés Bucheli y Edwin Heriberto Freire Reyes. Inconformes los sancionados y Fiscalía por la confirmación de la inocencia de cuatro de los acusados interponen recursos de nulidad y apelación. Convocada la audiencia oral, pública y contradictoria; emitida la decisión judicial en forma verbal en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, al formular por escrito se hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Por lo dispuesto en los artículos 178.2 de la Constitución de la República; 151, 159, 160.1, 163.2 y 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 29. 1 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de nulidad y de apelación de la sentencia. **SEGUNDA.- Admisibilidad del Recurso de nulidad.-** La sentencia dictada el 22 de enero del 2014: a) es susceptible del recurso de nulidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 332 del Código de Procedimiento Penal; y, b) Ha sido interpuestos dentro de los tres días de notificada la resolución: En consecuencia se admite a trámite. **TERCERA.- Argumento de los recurrentes del recurso de nulidad:** 1.- José Arturo Aulla Yuquilema, Segundo Rodolfo Acán Charco, Diego David Salan Tite, Hamilton Collaguazo López, Luis Armando Zapata, Armando Leodán Gáleas Atiencia, José Guadalupe Chinlle, Alfonso Oswaldo Pilco Rea y César Gustavo Chafla Tuquinga, mediante escrito de fs. 758 a 759, argumentan que se ha violentado el derecho a la defensa, que no se ha dado iguales condiciones en su defensa que inclusive se amenazó con multar a su defensor y llamar a intervenir en esta diligencia a un defensor público. Que no debía llevarse a cabo la audiencia por cuanto el testigo clave de fiscalía y de una de las partes no compareció, el General Wilson Alulema fue quien dio la orden de movilización del personal. Que se impidió que su defensor presente prueba en favor de sus representados. En definitiva se le violentó la garantía constitucional del artículo 76 numeral 7 a). Otra causa de nulidad que se les ha juzgado dos veces, violentando el principio constitucional del Non bis in ídem, consagrado en el artículo76 numeral 7 literal i) pues que ya se les sancionó con arresto, una sanción penal, privándoseles de libertad por nueve días. Otra causa de nulidad es que el Tribunal Tercero de lo Penal, les notifica con un

día de anticipación a la emisión de la sentencia, restándoles un día para presentar recursos tanto horizontales como verticales lo que angustió la defensa se notifica con la sentencia el 22 de enero del 2014 e interponen recurso de apelación el 24 del mes y año referido. No tiene sentido tal argumentación sobre la supuesta angustia de defensa, porque la ley establece que puede recurrir dentro del término de tres días de notificada con la sentencia. El impugnante tenía el tiempo suficiente para recurrir, horizontal o verticalmente. 2.- Diego Armando Guadalupe Borja, a fs. 767, 768, que en la audiencia preparatoria de juicio llevada a cabo el 18 de septiembre del 2012, la Jueza Segunda de Garantías Penales, no atendió la solicitud de exclusión de pruebas de los CDS de video y audio que fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley, no se notificó a las partes ni a la defensoría pública, lo que vulnera el derecho a la defensa. Se ha violado el trámite y la causa de nulidad describe que se encuentra en el caso del numeral 3 del Artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. En la audiencia oral y pública puntualiza que Fiscalía ha violado la garantía constitucional de no dos veces por lo mismo toda vez que ya fue sancionado con una pena privada de libertad. Se debía declarar la nulidad desde el inicio del proceso. 3.- Segundo Víctor Peñafiel González, a fs. 771, y oralmente expuso que se vulneró el derecho a la defensa al haberse llevado a cabo la audiencia sin la comparecencia del General Wilson Alulema Miranda, siendo dicho testimonio in dispensable para esclarecer los hechos ocurridos el 30 de septiembre del 2010; y que en la audiencia preparatoria de juicio la Jueza de Garantías Penales, no se pronunció sobre la exclusión de prueba respecto de los CDS de video y audio que fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley, no se notificó a las partes ni a la defensoría pública, lo que vulnera el derecho a la defensa. Se ha violado el trámite y la causa de nulidad describe que se encuentra en el caso del numeral 3 del Artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. 4.- Freddy Fernando Pilco Sandal (fs. 773 y 774) se vulneró el derecho a la defensa al no haberse tomado las medidas necesarias para la comparecencia del testigo fundamental el General Wilson Alulema Miranda, del acta de la audiencia preparatoria de juicio llevada a cabo el 18 de septiembre del 2012, ante la Jueza de Garantías Penales solicitó la exclusión de pruebas de video y audio y fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley y no notificó a las partes, ni siquiera a la Defensoría Pública. 5.-Juan Carlos Peñafiel Castro, fs. 776 y 777, y en audiencia oral y pública de fundamentación de recurso argumenta que se ha vulnerado el derecho a la defensa al haberse instalado la audiencia sin la presencia y comparecencia de un testigo presencial el General Wilson Alulema Miranda, no se tomaron las medidas para garantizar su comparecencia, se esperó que salga del país para disponer su comparecencia; y, porque del acta de la audiencia preparatoria de juicio llevada a cabo el 18 de septiembre del 2012, ante la Jueza de Garantías Penales solicitó la exclusión de la pruebas actuadas contra norma establecida, los cds de video y audio fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley, no se notificó a las partes ni a la Defensoría Pública. 6.- Miguel Ángel Acaro Pérez, fs. 779 fundamenta que, se le vulneró el derecho a la defensa al impedir la comparecencia del General Wilson Alulema Miranda y que del acta de la audiencia preparatoria de juicio llevada a cabo el 18 de septiembre del 2012, ante la jueza de garantías penales solicitó la exclusión de la pruebas actuadas contra norma establecida, los cds de video y audio fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley, no se notificó a las partes ni a la defensoría pública, vulnerándose así al derecho a la defensa. 7.-Juan Carlos Rosero Conde interpone recurso de nulidad porque del acta de la audiencia preparatoria de juicio llevada a cabo el 18 de septiembre del 2012, ante la jueza de garantías penales solicitó la exclusión de la pruebas actuadas contra norma establecida, los CDS de video y audio fueron abiertos sin que se cumpla con lo que establece la ley, no se notificó a las partes ni a la defensoría pública, vulnerándose así al derecho a la defensa. Dentro de la audiencia se sustentan en los términos del escrito de fundamentación con ciertas acotaciones más. La defensa de Armando Leodán Gáleas, insiste que a su defendido se le ha vulnerado la garantía constitucional de no dos veces por lo mismo, pues que ya fue sancionado. El proceso no debió haberse iniciado: la sanción es una restricción penal, lejos de una sanción administrativa. Fiscalía contradice las pretensiones especificando que no han determinado la causa de nulidad de la sentencia. Las causas están previstas en el en artículo 330 del Código de Procedimiento Penal y sólo anuncia que es la del numeral 3 de la indicada disposición legal. Decir que no se le permitió presentar prueba en el Tribunal, aquello es responsabilidad de la defensa. Pues que conforme establece el artículo 267 del Código

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de Procedimiento Penal, corresponde a los sujetos procesales anunciar la prueba que va a ser presentada y contradicha en la etapa del juicio. Sobre la exclusión de la prueba, no es el momento procesal oportuno debió hacérselo en su debida etapa. No han objetado la prueba de los videos, además que al rendir los testimonios los peritos que realizaron la pericia de transcripción unos ejercieron el derecho a la contradicción. Por otro lado que a la época de abrir los videos, no había ni sospechosos, para poder notificarlos. Respecto a que han sido sancionados dos veces por el mismo hecho. El acto administrativo que impone una sanción administrativa, así haya sido con el arresto, es distinto de la acción penal. No ha existido previamente a la presente acción un reproche penal. Hay que remitirse a lo que establece el artículo 51 del Código Penal, sobre las penas peculiares del delito. Solicita se deseche el recuso y se declara la validez procesal. **CUARTA.-** En apego a lo que manda el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal corresponde en primer lugar resolver el recurso de nulidad y remitirse a lo prescrito en el artículo 330 del C. de P. Penal donde se consigna las causas para que opere la nulidad. 1.- El bloque de quienes presentan el escrito de fs. 758 a 762 y 767 al 786, todos coinciden en que se les ha dejado en la indefensión porque se llevó a cabo la audiencia sin la presencia de un testigo fundamental el General Wilson Alulema, si bien del proceso consta que era el cuarto señalamiento a la audiencia llevada a cabo, que esta última se suspendió a fin de insistir en la compareciera conforme establece el art. 278 del Cuerpo Legal citado. Sin embargo que no puede dejarse de cumplir con el principio constitucional de la administración justicia que nos exige la celeridad en los proceso y la situación de los acusados estaría pendiendo de la voluntad de un testigo. El Tribunal ha ejercido todas sus facultades a fin de que comparezca dicho ciudadano, y por la certificación de la oficina de Migración se conoce que el testigo solicitado tanto por Fiscalía cuanto por los acusados, 1 ha salido del país. Sobre la causa de nulidad que incurre en la sentencia el Tribunal Tercero de lo Penal, al habérseles notificado con un día de anticipación a la emisión de la sentencia, restándoles un día para presentar recursos tanto horizontales como verticales lo que angustió la defensa es una tesis por demás absurda y del todo falsa primeramente porque los jueces no notifican ni anticipan la sentencia, los impugnantes conforme se aprecia del expediente han sido notificados el veintidós de enero del 2014 e interponen recurso de apelación el 24 del mes y año referido. No tiene sentido tal argumentación sobre la supuesta angustia de defensa. La ley establece que puede recurrir dentro del término de tres días de notificado con la sentencia y lo hacen dentro del término de ley, que por ello se les concede los recursos. Respecto de la otra argumentación o motivo de nulidad que en la audiencia preparatoria de juicio, la Jueza de Garantías Penales no ha excluido la prueba de los CDS de Videos y Audio que han sido abiertos sin que se cumpla de acuerdo con la ley porque no se ha notificado a los procesados o a defensoría Pública, corresponde puntualizar lo siguiente: el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, establece que se podrá interponer recurso de nulidad de la sentencia, del auto de sobreseimiento y del llamamiento a juicio. Aquella argumentación que interpone recurso de nulidad del acta de Audiencia preparatoria de juicio referida, porque no se ha excluido las pruebas CDS de Video y Audio, abiertos sin las formalidades de ley, quedaría sin fundamento por no encontrarse en los casos previstos del artículo 332 del C. de P. Penal, de la SENTENCIA, y dicha IMPUGNACIÓN lo hacen al acta o de la audiencia preparatoria de juicio al no haber excluido la evidencia que se indica, la etapa ya precluyó (las negritas corresponden a la Sala). En aplicación a lo que recoge el principio de preclusión, no tendría su razón lega. Sin embargo, de no haberse excluido una prueba inconstitucional o ilegal, esta sería ineficaz, o perdería su eficacia, pero no es motivo o causal de nulidad, artículos 76.4 de la Constitución y 80 del Código de Procedimiento Penal. Aquello es una argumentación del todo infundada e impertinente. No obstante que dentro de la etapa de juicio los recurrentes tenían el derecho de ejercer la contradicción ante los testimonios de los peritos que realizaron la pericia de los documentos que impugnan. En el tema que no se le ha dejado articular prueba por parte del Tribunal, de la revisión del expediente a fin de verificar su aseveración, es del todo mendaz, toda vez que conforme lo dispone el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, es responsabilidad de los sujetos procesales presentar la prueba que quieran actuar en el etapa de juicio. Respecto de la argumentación que han sido juzgados dos veces por el mismo hecho, cabe citar la norma constitucional del 76.7.i " nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. No se desconoce que los recurrentes han sido sancionados administrativamente por incumplir un

Reglamento pero aquella sanción por más que haya sido una privación de libertad, el arresto, no constituye que hayan sido procesados penalmente por la misma causa. Consecuentemente esas sanciones no corresponden a una misma causa y materia. El *Nom bis in idem*, es una garantía constitucional de carácter penal. Conforme a ella una persona no puede ser procesada o condenada más de una vez por el mismo hecho. Su jerarquía constitucional emana de una interpretación del artículo 76.7 i de la Carta Fundamental. Se refieren a ella el artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al disponer que el inculpado absuelto por una sentencia firme no puede ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. El artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, establece que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito si ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho. Esta garantía responde al principio de seguridad jurídica, que debe interpretarse a favor del individuo procesado. Para hacer efectiva esta garantía, las leyes procesales en materia penal le confieren a la persona el derecho a oponer una excepción, sin perjuicio de la potestad del Juzgador para decretarla de oficio. En la especie al haberse argumentado que los procesados a través de un sumario administrativo ya fueron juzgados con un arresto, no significa haber sido juzgados en otro proceso penal. De aceptarse la argumentación que ya fue impuesto una pena el arresto - a la sanción administraría implicaría la aplicación de una segunda pena, que no es pena la sanción administrativa. El principio *non bis in idem* no impide que un mismo hecho pueda recibir diferente tratamiento en dos diferentes ámbitos debiendo en este caso sencillamente atenernos a un cierto orden de preferencia, que en esta materia viene resolviéndose a favor de la jurisdicción penal artículo 76.7 i) de la Carta Fundamental. De lo analizado se establece que dentro de la tramitación del juicio no existe causa alguna para declarar la nulidad conforme la norma establecida en el artículo 330 del C. de P. Penal, nulidad que pudiera influir en la decisión de la causa, ni 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: de inmediación, concentración, contradicción, celeridad, uniformidad, simplificación y dispositivo, asegurando el derecho al debido proceso, que establecen los artículos 76.7 y 169 de la Constitución de la República por lo que la Sala, desechando el recurso de nulidad interpuesto por los acusados José Arturo Aulla Yuquilema, Segundo Rodolfo Acán Charco, Diego David Salan Tite, Hamilton Collaguazo López, José Guadalupe Chinlle, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tuquinga, Diego Armando Guadalupe Borja, Segundo Víctor Peñafiel González, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Víctor Miguel Acaro Pérez, Juan Carlos Rosero Conde y Armando Leodán Gáleas Atiencia, declara expresamente la validez procesal. Respecto de Luis Armando Zapata Paguay, al no concurrir a la audiencia conforme establece el artículo 326. 1 del Código de Procedimiento Penal, se declaraban donado su recurso. **QUINTA.- Admisibilidad del recurso de apelación.-** Corresponde pronunciarse sobre el recurso de apelación. Previo analizar el asunto principal es preciso establecer que: a) La sentencia en referencia es susceptible de apelación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; b) El recurso ha sido interpuesto en forma oportuna atento a lo dispuesto en el artículo 344, inciso 1º. Ibídem; dentro de los tres días de notificada la resolución; c) Los impugnantes fundamentan el recurso conforme establece el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. **SEXTA.- Argumento de los Recurrentes del recurso de apelación:** 1.- La Defensa de José Arturo Aulla Yuquilema, Segundo Rodolfo Acán Charco, Diego David Salán Tite, Hamilton Collaguazo López, Luis Armando Zapata, Armando Leodán Gáleas Atiencia, José Guadalupe Chinlle, Alfonso Oswaldo Pilco Rea y César Gustavo Chafla Tuquinga, mediante escrito de fs. 758 a 759 y en audiencia oral y pública en lo medular, argumenta que no hay valoración a la prueba aportada por fiscalía quien no ha probado los hechos motivos de la acusación. La defensora de Diego Armando Guadalupe Borja, Segundo Víctor Peñafiel González, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel, Víctor Miguel Acaro Pérez, impugna la sentencia porque no se ha considerado lo expuesto por su Defensora en la teoría del caso, jamás han aceptado la participación en la caravana, en la manifestación frente al Comando de Policía. No existe constancia de su participación y peor que haya cometido delito de sedición. Que los recortes periodísticos en su mayoría hacen referencia a noticias de hechos ocurrido en la ciudad de Quito y de esos no existe dato que estuvo presente. Que los peritos Dr. Juan Peña e Ing. Omar Palomeque testificaron que realizaron

una transcripción de los CDS de audio y video y no un reconocimiento de voz o personas. Por lo que no pueden identificar a personas que estarían en el Comando. No puede aceptarse como prueba fundamental para establecer su responsabilidad y autoría, el memorándum No. 2010/1426/CD/3 de fecha 19 de noviembre del 2010 suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Comandante del Tercer Distrito de la PP. NN. del que se hace conocer de la sanción administrativa, en el que se dice han participado en la caravana por el centro de la ciudad, a pesar que los testigos de cargo de fiscalía, no los identifican y ellos también han sido sancionados administrativamente. Que no se cumplen los principios fundamentales dispuestos en el art. 79 del Código de Procedimiento Penal, en lo referente a la prueba y valoración. 2.- Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Francisco Paúl Carrillo García, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Alberto Geovanny Mareta Bocancho, Wilmer Javier Erazo Martínez, por intermedio de su Defensor impugnan que la sentencia no refleja la realidad procesal al establecer una responsabilidad en la participación en una caravana motorizadas del personal (sic) del Comando Provincial de Policía N.6 Azuay. El delito acusado por fiscalía, no ha sido probado. Que la audiencia se instaló sin la presencia de un testigo fundamental de la fiscalía como de la defensa. No se les ha sido identificado. Fiscalía acusa únicamente por el memorándum de la sanción. 3.-Fundamentación del recurso de apelación interpuesto por Fiscal respecto de Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo y Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, estos tres servidores policiales dejaron de laborar en sus puestos de trabajo, el primer nombrado, debía estar en la calle Bolívar sector de la Gobernación, el centro de la ciudad. No ha demostrado que se le haya llamado para trasladarse el Comando, no dejó hoja de ruta. Debía prestar servicio en la Gobernación y asistir al curso de derechos Humanos, el curso no se realizó y no debía participa r en la caravana Pide se acepte su recurso y que al revocarse la sentencia se les declare la culpabilidad, como autor del delito tipificado en el artículo 602.2.4 del Código Penal. Cristian Byron Peñafiel, debía estar el 30 de septiembre del 2010 en la calle Bolívar, mercado 10 de agosto, en el Centro de la Ciudad. Por el documento público que contiene la sanción se tiene indicios probatorios que estuvo a bordo de una moto G11 en la caravana. La defensora al rebatir la fundamentación, dice que no ha existido incumplimiento del deber, nadie le identifica haber participado en la caravana, solicita se deseche el recurso y de confirme su inocencia (sic). De Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, no ha cumplido sus funciones en el departamento de violencia familiar estuvo asignado. No ha dejado hoja de ruta. No se sabe dónde estuvo a las 10h30 hasta las 12h00. No ha demostrado que haya habido un llamado de trasladarse al Comando. La defensa rebate aquello y expone que se encontraba en su lugar de trabajo cumpliendo con su deber, ha demostrado que en aquel día, realizó otras actividades en su lugar, mal podría haber intervenido en la caravana. El no maneja hojas de ruta, justificado su trabajo con parte policiales que ha introducido para la presentación de esa prueba. Que hubo un llamado de trasladarse al Comando. Al pedir permiso para acudir, como vio pasar un patrullero se trasladó y se enteraron de lo ocurrido. Trabaja sólo hasta las 12h00, se retira luego a ver en la Escuela a sus hijos. Fueron sancionados injustamente en la vía administrativa. **SÉPTIMA.- Teorías del caso,** que se resumen: 7.1.- La Fiscalía General del Estado, expone: Que probará que el 30 de septiembre del 2010, en horas de la mañana, los acusados, miembros de la policía, dejaron de laborar en sus puestos asignados, dejaron de lado sus obligaciones constitucionales y se trasladaron al Comando en protesta por las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Público y en caravana salieron con los vehículos de la institución al centro de la ciudad, se detuvieron en la Gobernación, protestaron y volvieron al Comando; que Juan Carlos Rosero tenía la función de secretario de la Unidad de Control de Armas y participó en la caravana; que Segundo Víctor Peñafiel González debía estar en servicio urbano; Hamilton Enrique Collaguazo López participó en la caravana y su función era en la Zona 1 de El Sagrario desde las 08h00; Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, participó en la protesta y debía cumplir funciones en el Departamento de Violencia lntrafamiliar de la Intendencia; Raúl Orlando Centeno Arévalo debía estar de servicio en la Comisión de Tránsito; Wilmer Javier Erazo Martínez debía cumplir su función de conductor en la Zona 5 El Vecino; Víctor Miguel Acaro Pérez, debía cumplir servicio en la Zona 2 Monay; Diego Armando Guadalupe Borja, participó en la protesta en una moto por ser del GOM y debía prestar su servicio en El Otorongo; Luis Armando Zapata Paguay debía estar de servicio en el UPC 40; Armando Leodán Gáleas Atiencia debía estar de servicio urbano y cumplir con un curso

de Derechos Humanos; Edison Fabricio Cabezas Velasco tenía la consigna de estar en la Gobernación y en el curso de Derechos Humanos en el Comando; Cristian Marcelo Corro Veloz participó en una moto y debía estar en el sector de la Miguel Vélez desde las 08h00; José Arturo Aulla Yuquilema, debía estar en el mercado 12 de Abril desde las 08h00; José Luis Guadalupe Chinlle debía cumplir su función en GIA desde las 06h00; Diego David Salán Tite debía cumplir su función como GOM 5 en las escalinatas; Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez debía cumplir su función en la prevención del Comando de Policía desde las 07h00; Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, debía cumplir su función en el mercado 10 de Agosto como GOM desde las 07h00; Segundo Rodolfo Acán Charco, debía cumplir funciones en el sector El Sagrario desde las 08h00; Alfonso Oswaldo Pilco Rea, debía cumplir funciones de servicio urbano en el UPC 38 de Gullanzhapa desde las 08h00; Alberto Geovanny Mareta Bocancho, debía estar de servicio urbano desde las 08h00; César Gustavo Chafla Tuquinga debía cumplir funciones en Zona 3, Monay, desde las 06h00; Freddy Fernando Pilco Sandal debía cumplir funciones en el UPC el Salado desde las 08h00; Francisco Paúl Carrillo García, debía estar de servicio en Zona 1 desde las 08h00; Juan Carlos Peñafiel Castro, debía cumplir funciones en Zona 3, Yanuncay, desde las 06h00; Edwin Heriberto Freire Reyes, debía cumplir funciones en El Vecino, sector Barrial Blanco desde las 08h00; manifiesta que probará la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados como autores del delito de sedición. 7.2 La Dra. Magdalena Cardoso a nombre de sus defendidos Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Freddy Fernando Pilco Sandal y Juan Carlos Peñafiel Castro, expusieron que demostrarán que no incumplieron funciones de servicio, siendo que la policía mantiene un sistema jerarquizado la obediencia a órdenes superiores le corresponde cumplir. Juan Carlos Rosero Conde por orden del General Wilson Alulema, es convocado a una reunión en el auditorio; Segundo Víctor Peñafiel González jefe de patrulla en Yanuncay, cumplía funciones y es llamado por radio de la policía al Comando, obedecieron órdenes a las que no podían negarse; Víctor Miguel Acaro Pérez, estaba laborando y es llamado por la radio a la reunión, cumplía sus funciones; Diego Armando Guadalupe Borja, trabajaba en una moto en el sector del Otorongo y esta zona abarca el centro de la ciudad en donde se dio el recorrido; Edison Fabricio Cabezas Velazco esa semana debía asistir a un curso de Derechos Humanos en la Comandancia, su trabajo era en la Gobernación y allí estaba cumpliendo su servicio; Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, su sector de servicio era en el mercado 10 de Agosto y este sector abarca las calles céntricas; Freddy Fernando Pilco Sandal estaba a cargo de un patrullero en Yanuncay y fue llamado a que se acerque al Comando, que la radio colapsó por los llamados; Juan Carlos Peñafiel Castro fue llamado para que vaya a la reunión, ellos llamaron al Comando a verificar esta situación y les confirmaron; manifiesta que sus defendidos no participaron en la caravana, que si salieron a la Comandancia fue por orden de Alulema, éste convocó a todos los superiores y a mucho personal, llamó a que vayan al Comando y sus defendidos cumplieron con las ordenes que se impartieron. 7.3 La defensa de Hamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David Salán Tite, Segundo Rodolfo Acán Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tuquinga, expone que: los 26 acusados por fiscalía son miembros de la Policía. La Ley de Personal de la Policía establece que es una institución jerarquizada, que en su generalidad es personal subordinado, correspondiendo por tanto cumplir la disposición de sus superiores. El General Wilson Alulema, el 30 de septiembre del 2010, por medio de la radio hizo una convocatoria, que todo el personal policial acuda al Comando hoy Subzona No.- 6, acudieron los 26 acusados, de entre 300 que participaron en la reunión, porque la convocatoria fue de la máxima del Distrito, asistió el Coronel Merlo y se habló de los problemas suscitados en Quito. A los medios de prensa se informaba que no hubo suspensión de labores, que muchos de los que avanzaron cumplieron la orden de salir a dar una vuelta, no actuaron con conciencia, no existe delito, son chivos expiatorios para justificar la represión. Quien debió estar implicado como principal es el General Alulema. 7.4 La Defensora de Adrián Cristóbal Avilés Bucheli en su exposición de inicio dice que: Como de costumbre su defendido el 30 de septiembre del 2010 fue a formar en el Comando, a las 07h00 se retiró a desayunar en su domicilio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ubicado en la ciudadela Católica, a las 08h00 fue a trabajar en el edificio de la Intendencia de Policía, en la Benigno Malo y Sangurima, que a las 08h20 la ciudadana Fanny Peralta, solicita que le dé realizando una citación a Edwin Quizhpe por un asunto de violencia intrafamiliar, quien había ingresado entre las 09h00 y 09h30 a la Intendencia, hace el parte y baja a la Comisaría de la Mujer y comunica que cumplió con una citación por lo que la ciudadana a las 10h15 recibió la boleta de auxilio. A las 10h25 escucha por la radio de un compañero policía que el General Alulema, ha convocado a una reunión en el Comando que al ponerse de acuerdo con su compañero Holguer Andrade le pide se haga cargo de la oficina, a las 10h45 conversa con el Comisario Segundo y le indica que le llaman a una reunión y que se iría unos momentos, se retira a las 11h10, y en circunstancias que caminaba por la calle Barrero ve circular varios patrulleros se sube y se traslada al Comando permaneciendo desde las 11h30 a 12h00 en que va a retirar a sus hijos de la escuela, a las 14h00 va de nuevo a su trabajo, a las 15h30 continúa en su deber normal. Manifiesta que demostrará que su defendido no cometió ningún delito y cumplió su trabajo, fue al Comando por una orden. 7.4.- El defensor de Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bochancho, Francisco Paul Carrillo García y Edwin Heriberto Freire Reyes manifiesta que no existió sedición, sus defendidos actuaron por estar subordinados a otros compañeros en la utilización de los carros y por esta falta ya han sido sancionados y no por sedición. Que el personal tiene diferentes horas de ingreso, entre las 06h00y 08h00 están en sus puestos, (sic) El fiscal no puede dar la hora del recorrido, pero si señala que a las 12h30 todo volvió a la normalidad y que probará el abandono del servicio y el uso de bienes público. El personal avanzó al Comando por autorización del General Alulema. **OCTAVA.- Elementos de prueba.-** La base de todo enjuiciamiento penal es comprobar ante todo la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad del o los acusados, que es la consecuencia jurídica de la participación personal del acusado en un acto delictivo penado por la ley. La prueba por principio general 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, existen los anticipos jurisdiccionales de prueba y de otro lado en la etapa intermedia los sujetos procesales pueden llegar a acuerdos probatorios. En la especie se ha llegado a acuerdos probatorios entre Fiscalía y los acusados sobre la buena conducta anterior y posterior al hecho, del acusado Juan Carlos Rosero Conde, por lo que el Tribunal al admitir y aprobar el acuerdo convenido prescinde de los testimonios de las testigos (sic) de buena conducta: Ángela Regalado García y Silvia Palacios lñiguez. Corresponde referirse a los siguientes elementos de prueba presentados por: 8.1.- Fiscalía: 8.1.a).- DOCUMENTAL: 1) Recortes de prensa de varios diarios de la ciudad de Cuenca, 2) videos en CDS de los noticieros Telecuenca, Telerama, Unsión, radio la Voz del Tomebamba, Esplendit y del Consejo de Seguridad Ciudadana y sus respectivas pericias de reconocimiento y transcripción, 3) Video CDS entregados por la Policía Nacional con sus respectivas pericias y transcripción, 4) Certificado de la Policía Nacional respecto a que los acusados se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de funciones como policías 5) Fotocopias certificadas remitidas por la Policía Nacional respecto a que los acusados fueron sancionados administrativamente, prueba que fueron sometidas a la contradicción. 8.1.b) TESTIMONIAL: 8.1.b.1) Dr. LEONARDO RENATO BERREZUETA CARRIÓN, Gobernador del Azuay, el 30 de septiembre del 2010, en aquel día dice se dirigió a Quito para una reunión de gobernadores, luego de haber despegado, desvían el vuelo a Guayaquil, regresa a esa ciudad y se conoce de lo que ocurría en Quito. Que, Juan Cristóbal Lloret, le informó que los policías habían salido en camionetas a protestar, acompañados de gente del M P D y de la Juventud Revolucionaria, que las puertas de la Gobernación estaban cerradas; el General Edmundo Merlo (sic) le informó que 120 policías han estado en manifestaciones, que el General Alulema estaba al mando de las decisiones del Comando, Wilson Alulema, le informó que la situación estaba normalizada. Desconoce del recorrido. Por medios televisivos, pudo observaron (sic) que circularon por la calle Bolívar y dieron la vuelta al parque Calderón. A las 15h00 ya en la ciudad de Cuenca, las cosas se encontraban bajo control y con manifestaciones de respaldo al Presidente. Claramente testifica que no le dieron los nombres de ningún participante en la protesta. Que el General Alulema al informarle lo ocurrido le dijo de la normalidad de los servicios policiales en la provincia y le indicó que hubo una reunión en el Comando, que había intentado explicar la situación sobre la Ley de

Servicio Público y que un grupo de policías decidió sumarse a la protesta de Quito, que le indicaron que eran alrededor de 120 participantes. Por los medios de comunicación vio este acto que fue público y notorio, la revuelta en Cuenca, tenía información de Unsión, canal 1, que estudiantes universitarios subidos en patrulleros protestaban. El General Wilson Alulema era el Comandante del Tercer Distrito de la Policía Nacional y Edmundo Merlo el Comandante Provincial del Azuay No 6. 8.1. b. 2 Testimonio del Coronel ÁNGEL TOBÍAS LÓPEZ MARTÍNEZ, al 30 de septiembre del 2010, prestaba servicios en el Azuay como Jefe Provincial de Tránsito, estaba en funciones, dice que él fue sancionado por una investigación en asuntos internos por la situación del "30S", por haber estado de control del cuartel y sin tener la culpa le impusieron 48 horas de arresto y no haber informado ese día fue convocado por el General Wilson Alulema a una reunión en el auditorio a las 07h30, duró dos horas, salió y se sumó a sus actividades en tránsito; en la reunión daba disposiciones de trabajo y luego dispuso que se incorporen a las labores, al salir vio un grupo de compañeros agrupados, reunidos afuera, no recuerda quién dio la disposición de salir, por la prensa se enteró del recorrido de algunos compañeros en patrulleros, no sabe quiénes eran, se enteró en la tarde y al siguiente día, no sabe dónde fue el recorrido no conoce ningún nombre. Acudieron a la reunión entre 150 a 200 policías que estuvo al mando de Alulema, Merlo, Velazco, Bucheli, varios oficiales y unos 150 clases, él no se enteró de la marcha, estaba en el cuartel, no identifica como participantes a los defendidos por la Dra. Cardoso, del Dr. Segarra, de la Dra. Arévalo, como presentes en la reunión. No escuchó un nuevo llamado de Alulema para reunirse a las 11h00. En la reunión, Alulema dio indicaciones sobre el trabajo diario, no escuchó alguna disposición para que salgan a protestar, no se tocó el punto de los acontecimientos, algo se trató sobre la nueva ley. 8.1.b.3 Testimonio de EDGAR EDMUNDO MERLO MALDONADO, fue sancionado con 48 horas de arresto, no sabe la razón ya que el sancionado debía ser el más antiguo que estaba al mando, ese era Alulema, al 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en Cuenca como Comandante de la Provincia del Azuay, ese día estaba en funciones, el 29 de septiembre del 2010 recibió la disposición del General Wilson Alulema de que se convoque para el 30 de septiembre a una reunión a las 07h00 al mayor número de jefes, clases y policías al Comando, a las 07h15 llegó el General Alulema y asumió el mando en la provincia, fueron al casino unas 150 personas, estuvieron unas dos horas y media, luego de dos horas escucharon una bulla afuera e irrumpieron un grupo de policías que asistían a un curso de Derechos Humanos luego se enteraron de la situación de Quito y Guayaquil. No conoce los nombres de quienes hayan estado en la marcha o en el auditorio. A la marcha no participaron todos los policías. Una rueda de prensa se ofreció al medio día: el Dr. Cristóbal Lloret, el Alcalde y el General informando que en Cuenca no hubo problema, dice que a la marcha no fueron todos. Tenía un conductor Carlos Luzuriaga, que en horas de la mañana debió haber pasado lista, le vio entrar a la reunión. En el auditorio se encontraban más o menos unas 150 personas, al curso de Derechos Humanos asistían 30 personas pero no pudieron entrar porque el auditorio estaba ocupado. La disposición de Alulema era asistir a la reunión, No identifica a nadie como los participantes en el hecho como tampoco a los defendidos de la Dra. Cardoso, desconoce el nombre de alguno. No puede identificar al defendido de la Dra. Arévalo, como participante en la protesta. A las 15h00 todo estuvo normalizado. Por los informes y los medios de comunicación, dice que habían personas extrañas al personal policial participando en las marcha, era gente del M P D, pero que no vio gente extraña por el Comando. 8.1. b.4 Testimonio de JOSÉ LUIS PANELUISA TITUAÑA, fue sancionado con 48 horas de arresto por no pasar el parte de la novedad, el 30 de septiembre del 2010 se encontraba en el Comando como comandante de guardia, tenía por función anotar el ingreso de vehículos, del GOM, del bus de personal de los patrulleros de los operativos, desde las 06h00 a las 14h00 Conocía que se iba a dar una reunión a las 08h00 con el General Alulema. Por la televisión se enteraron de lo que acontecía en Quito algunos salieron y dijeron viva el paro pero no los puede identificar. Pasadas las 10h00 salieron como 8 o 10 patrulleros y motocicletas y tomaron para el centro de la ciudad, después de unos 40 minutos regresaron y mantuvieron una reunión con el General Alulema, dice que salieron algunas camionetas y retornaron casi a las 11h00, él anotó la salida pero sin nombres porque era una caravana, la obligación es registrar los patrulleros de turno, pero estos llegaron a la reunión y no sabe si tuvieron autorización para salir, insiste que no identificó a alguien en particular, si escuchó que

por la radio llamaban a que el personal se reúna en el Comando pero no puede identificar quién llamaba, no identifica a los defendidos de la Dra. Cardoso como participantes; no puede identificar a los defendidos del Dr. Segarra como participes en la caravana; no identifica al defendido de la Dra. Arévalo como participante. No sabe cuántas personas participaron de la caravana, dice que afuera había como unas 100 personas. 8.1. b.5 Testimonio de JOSE ENRIQUE VIZHÑAY GUAPISACA, fue sancionado con arresto por no haber dado parte a sus superiores, el 30 de septiembre de 2010, había una reunión con el General Alulema a las 08h00, duró una hora y media, en el comando vio que habían compañeros afuera, se dirigió al segundo piso a trabajar, en la parte de afuera hacían bulla, quemaban llantas por el problema con e l Presidente. Después se enteró de una manifestación y de un recorrido; trabajó hasta las 12h00, el Coronel Merlo dijo que el personal franco salga dejando las armas en el rastrillo, manifiesta que desconoce si hubo alguna disposición para que salieran. No reconoce a los acusados defendidos por la Dra. Cardoso que se ponen de pie como aquellos que estaban alentando el paro. No recuerda si estaba Avilés Bucheli entre los que cometieron desmanes. No dio parte a sus superiores porque todos estuvieron allí y porque fue a hacer el informe de la semana. 8.1.b.6 Testimonio de LUIS RIGOBERTO SANCHEZ ROCANO Le sancionaron con 9 días de arresto por aparecer en las fotografías dentro del auditorio. Prestaba sus servicios en el Comando de Policía, el 30 septiembre de 2010, había un curso de Derechos Humanos en el Comando, desde las 07h00 hasta las 17h00, asistió a una reunión de carácter obligatorio emitida por el General Alulema, la reunión e trató sobre un nuevo proyecto de Ley de Servicio Público que se estaba tratando en la Asamblea, se escuchó bulla afuera, a la fuerza ingresó al auditorio la prensa, se escuchó que iban a salir un grupo en caravana por el centro de la ciudad, no se identificó quienes salieron y en qué patrulleros, la caravana regresó entre las 11h00 a 11h30, no sabe si el General Alulema o el Coronel Merlo ordenarían el despliegue de la caravana. No reconoce que sus defendidos irrumpieron en la reunión, quemaron llantas o que estaban en la caravana. A las 11h30 no se dio ningún desorden en el Comando de Policía, no le identifica a Avilés Bucheli como aquel que estaba en el Comando de Policía el día 30 de septiembre de 2010, el General Alulema manifestó que continúen las actividades que todo estaba superado. 8. 1.b.7 Testimonio de OSCAR MAURICIO OÑA CHIQUITO, fue sancionado con 5 días de arresto por haber participado en la marcha. Todas las unidades que fueron al comando era por orden emitida por la radio patrulla, por disposición del General Alulema, no identificó a los defendidos de la Dra. Cardoso como presentes en el Comando, el 30 de septiembre 2010 prestaba sus servicios en el patrullaje de 07h00 a 14h00 en Monay, a eso de las 10h00 por radio le ordenaron que avancen al Comando, al momento de llegar vio grupos de compañeros aglomerados, y, entre 150 y 200 varios compañeros salieron caminando, otros en patrulleros, el oficial de más alto rango en el Comando era el General Alulema, No identifica a los defendidos del Dr. Segarra como participantes en la aglomeración ni sabe si participarían en la caravana, no le conoce a Avilés Bucheli, no lo ha visto en el Comando el día de los hechos. 8.1.b.8 Testimonio de JUAN DARlO BUSTOS RUBIO, fue sancionado con 9 días de arresto por salir en una fotografía a la altura de la prevención del Comando. El 30 de septiembre de 2010 trabajaba en el grupo anti delincuencial, formaron a las 06h45, les comunicó un superior que iba a haber una reunión convocada por el General Alulema, vio salir vehículos policiales y de civiles, el personal salía con uniforme policial, se dirigían en una caravana, no sabe a dónde iban, tampoco sabe si hubo disposición de Alulema. Que unos 30 policías no pudieron entrar al auditorio, cuando estaban reunidos en el patio, Alulema les dijo que no era como se decía en los noticieros y por eso hizo la reunión para explicar cómo eran las cosas, desconoce si los defendidos por la Dra. Cardoso estarían en la caravana. No le conoce a Avilés Bucheli, no sabe si participaría en la caravana.- 8.1.b.9 Testimonio de OMAR FLAVIO MENA SANTAMARÍA, le sancionaron con 9 días de arresto por los hechos de negligencia en el servicio. El 30 de septiembre estaba en funciones de patrullaje, acudió al Comando de Policía y pudo ver aglomeración de policías en las inmediaciones del Comando, luego salieron en caravana en patrulleros y motos varias personas, no les puede identificar, eran policías. No recuerda haberlos visto a los defendidos de la Dra. Cardoso quienes se ponen de pie en la audiencia. Tampoco los reconoce a los del Dr. Segarra como participantes de la caravana No identifica a Avilés Bucheli que haya estado en la caravana, ni a los defendidos del Dr. Pedro Coronel. 8.1.b.10 Testimonio de ALEX BAYARDO

CARRASCO COBOS: fue sancionado con nueve días de arresto por los hechos, por negligencia en el servicio, el 30 de septiembre de 2010 prestaba sus servicios como centinela de guardia en el Comando, ingresó a las 06h00, a las 7h00 vio ingresar a compañeros de diferentes servicios para mantener una reunión con el General Alulema, no asistió él a la reunión, se encontraba fuera de la prevención, cuando salieron del Comando en los patrulleros iban 3 personas aproximadamente en cada vehículo, en el balde no iban cuando salieron del comando, en las motos iban 2 o 3, el fiscal le exhibe su versión rendida en fisca lía y reconoce su firma, aclara que a tres metros del comando se subieron las personas al balde; no sabe si Wilson Alulema ordenó la caravana. No escuchó nombres de las personas que participaron, al ponérseles de pie a los defendidos de la Dra. Cardoso, no los identifica como los presentes fuera de la comandancia. Que a Avilés Bucheli, no estuvo en los hechos, es la primera vez que lo ve. No identifica a los acusados defendidos por el Dr. Pedro Coronel que hayan estado en los desmanes o fuera del Comando. 8.1.b.11 Testimonio de ELVIS GEOVANNY MORA AROCA policía, fue sancionado con 9 días de arresto por los hechos, por estar en el Comando, él estaba allí por ir a la reunión cumplía servicios en la parroquia Remigio Crespo del cantón Gualaceo, ese día prestaba servicios, el 29 de septiembre del 2010 les comunicaron que el 30 de septiembre tenían una reunión con el General Wilson Alulema, la central comunica a todos los UPC y a servicio urbano, desconoce quién les haya comunicó, llegó a las 7h00 para la reunión, el General Alulema llegó a las 08h00, entraron en el auditorio y les explicó sobre la homologación de la policía, un grupo de compañeros golpearon la puerta e irrumpieron en el auditorio y el General Alulema dispuso que salgamos a ver que querían los compañeros que gritaban, vio que unos compañeros estaban afuera quemando llantas y haciendo bulla, no conoció a ninguno de los presentes, el 30 de septiembre del 2010 el General Alulema era el jefe del distrito, la reunión fue por orden de Alulema, 8.1.b.12 Testimonio de DARÍO FABRICIO CAICEDO SILVA fue sancionado con 9 días por aparecer en una foto en la prevención, por la falta de abandono momentáneo del servicio. El 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la Unidad Técnica de Control de Armas, ingresó a las 06h00, tenía 24 horas de guardia, cumplía funciones de digitador para la recalificación de armas, ese día, a las 08h30 o 09h00 salió a prevención a ver tv, a las 10h30 vio una caravana de patrulleros y motos. Fueron numerosos los policías, no pudo identificar a nadie. No sabe si hubo autorización para la caravana, el secretario de su oficina era el Sargento Juan Carlos Rosero, quien estuvo en la mañana a las 08h30 y salió a la reunión con el General, retornó pasada la una de la tarde. Este testigo no refiere que Juan Carlos Rosero hasta abandonado su servicio, sino por el contrario que él recibió la sanción administrativa por abandono momentáneo del servicio. No ha visto que el sargento Rosero haya cometido alguna acción en los patios, no pudo identificar a los vehículos y motos, no identifica a los defendidos de la Dra. Cardoso como participantes. No reconoce al defendido de la Dra. Arévalo como participante de algo. 8.1. b.13 Testimonio de IVÁN INCA PILCO fue sancionado 9 días por no acudir a servicio, esto fue por salir en una fotografía en la prevención viendo la tv; no recuerda haberlos visto a sus compañeros del GOM, no les puede identificar, no identifica a los miembros del GOM Diego Guadalupe y Cristian Peñafiel, no escuchó el nombre de los participantes. El 30 de septiembre prestaba servicios en el GOM que es el grupo de operaciones motorizado, estaba de servicio, su moto estaba en la mecánica, no salió a laborar, estuvo en la prevención esperando que le designaran servicio, el General Alulema a las 07h45, les llamó para que avanzaran todos los jefes encargados de circuitos a una reunión en el casino, no fue a esa reunión, no sabe qué trataron, a las 8h00 el personal empezó a llegar, pero no recuerda quienes, ni les conoce, luego sus compañeros salieron en caravana, no les conoce, eran muchos, no sabe si alguien autorizó la caravana. Si había autorización para que vayan a la reunión en la mañana en el Comando. No sabe si en la caravana salieron motos del GOM. 8.1.b.14 Testimonio de BYRON DARÍO SAMANIEGO SANI, el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios en la central de radio de Cuenca, como radio operador de despachos de auxilios de 08h00 a 14h00, ese día hasta las 08h40 hubo una actividad normal, les comunicaron, le indicaron que había numerosas personas en la prevención, se escuchaba "viva el paro", no identificó a ninguna persona, el encargado de control de la oficina era el Sub. Solano, se colapsó la frecuencia desde las 09h00, no recibió disposiciones, desconocía de la reunión, él atiende llamadas de todo tipo de auxilios y no pudo atenderlas desde las 09h00 a casi las 11h00, el sistema colapso

por los varios reportajes que hicieron uso de este canal y de manera acumulada, laboró hasta las 14h00. Los llamados de emergencia, fueron atendidas en lo posible. El Coronel Merlo fue Comandante Provincial. 8.1.b.15 Testimonio de SEGUNDO ANTONIO GONZÁLEZ LUZURIAGA, el 30 de septiembre del 2010 como operador de frecuencia de servicio urbano, prestaba servicios en la central de atención ciudadana en Cuenca, le correspondía verificar en el sistema informático de la policía, datos de personas, vehículos, impedimentos, no se atendió auxilios, a las 08h40 de ese día de la prevención del comando les indicaron que avance el guardián ya que había una aglomeración de compañeros en prevención, había interferencias por reportajes de diferentes radios, las voces decían que se unan a la medida de hecho sobre la nueva Ley Orgánica que estaba por aprobarse, no sabe quiénes hablaban, esta frecuencia es usada por patrulleros y motos que tienen radio, se pueden enviar de otras ciudades del país, colapsó la frecuencia desde las 08h40 hasta 11-11h40 aproximadamente, en este lapso no ingresaban llamadas, no sabía si hubo caravana. 8.1.b.16 Testimonio de YHOBANA CUMANDÁ PADILLA ESPINOZA: el 30 de septiembre del 2010, prestaba servicios en la central de radio de atención ciudadana del Comando de Policía, como telefonista, atendiendo llamadas de auxilios por robos, riñas familiares, también llamadas de información, laboró de 08h00 a 14h00, aproximadamente a las 08h45 empezaron a entrar llamadas de compañeros y personal civil, para que se sumen a la protesta en contra de Ley de Servicio Público, desconoce quiénes llamaban e insistían a la policía unirse. La central de radio está ubicada en el segundo piso del Comando, a las 08h45 llegaron patrulleros, motos, se instalaron afuera del comando, como a las 10h30 empezaron a salir pero no sabe a dónde, retornaron alrededor de las 12h00, supo de una reunión de ese día, pero no supo la hora de la misma, desconoce si era disposición de Alulema. Fue imposible identificar alguna voz, eran varias llamadas, no escuchó ningún nombre, nadie se identificó, no pudo identificar ningún vehículo en especial, no reconoció a ninguna persona, no conocía bien al personal, que las llamadas de personal civil eran de ciudadanos comunes. 8.1.b.17 Testimonio de DIANA CAROLINA ROMERO MORALES: el 30 de septiembre del 2010 cumplía funciones de telefonista en la central de atención ciudadana de Cuenca, atendía llamadas de la ciudadanía y del personal policial, llamadas de auxilio, violencia intrafamiliar, llamadas de información de compañeros, laboró de 08h00 a 14h00, atendía normalmente, el sistema empezó a colapsar a las 08h40 por la cantidad de llamadas que ingresaron pidiendo información de lo sucedido en Quito, supo que afuera estaban en movilización, desconoce quiénes participaban, el servicio se normalizó a las 12h00. Por la radio se llamaba a que apoyar la movilización, pero no puede decir quien haya sido. Supo que existió una reunión con el General Alulema, pero no conoció quien haya convocado. 8.1.b.18 Testimonio de MAURICIO YUPANGUI LÓPEZ, refiere que: el 30 de septiembre del 2010 prestaba servicios como secretario en la central de radio en Cuenca, remitía los partes de accidentes, riñas al Comando, laboró de 08h00 a 14h00, ese día ingresó a las 8h00, aproximadamente a las 08h45 se interrumpió la radio y empezaban a hablar que avancen al comando, todo el mundo hablaba, no sabe quiénes eran, pero la radio la utilizan los policías, a las 10h45 vio que el General Alulema que se dirigía a unas 20-30 personas, para que se reintegre. Realizó normalmente su trabajo, no pudo identificar a ninguna persona que participaban en la reunión; el trabajo fue normal, no le llegaron partes de la situación de ese día. 8.1.b.19. Testimonio del Dr. JUAN PEÑA AGUIRRE perito calificado en las áreas de criminalística documental, tiene una maestría en Derecho informático, diplomado en criminalística, en el presente caso realizó una transcripción de audios en cds, constaban temas de radio y televisión, observó videos, entrevistas sobre al tema del 30 de septiembre del 2010; con respecto al archivo 3, de fojas 56: se trata de una entrevista a un policía, de fondo varios policías gritaban que se "unan todos", "viva la policía", habían manifestaciones se usaban los términos "únete a luchar", las fotografías se tomaron de los videos de las noticias, lo que contaba el noticiero y lo que constaba al pie de fotografía y se tomaba el nombre; existían términos sobre la inconformidad. El General Alulema decía que "debían seguir cumpliendo el servicio", "no hay paro, no medida de hecho", con respecto al archivo 4, refiere que un policía dice "que se han decidido sumar al paro por estar suspendidas condecoraciones y derechos", a fojas 69 entrevistan a Juan Carlos Rosero y este indica los servicios que van a estar paralizados, dice el perito que esos eran los términos de respuesta, respecto de la entrevista constante a fojas 70 él perito se ratifica en lo que consta del

informe, dice que a fojas 73 y 74, también a fojas 94 consta una entrevista a Alulema, a fojas 100 consta que Merlo dice que "no es insubordinación", indica que en Azuay la policía ha normalizado su trabajo, que se están verificando las cosas negativas de este hecho, a fojas 107, Merlo indica que se pudo presentar algún hecho delictivo; dice el perito que esta transcripción la hizo con el perito Wilson Palomeque, que hicieron dos informes, fueron posesionados, el fiscal hace uso del segundo informe a lo que el perito dice que es similar al primero, se incluyeron fotografías de canales de tv, fotos de lugares de Cuenca, habían vehículos policiales y personal de policía, que se los ubicaba así por el uniforme, había movimiento de personas, una protesta, en el parque central –Parque Calderón, habían fotos de una reunión, no reconoce a ninguna persona, dice que no era una pericia de identificación, al parecer existen motos, vehículos, eran policiales, si habían motocicletas, lo que, no puede asegurar. Al abrir los videos únicamente estaba el Fiscal, secretario y los peritos. Sobre el informe 1, archivo tres, responde que no conoce al sargento Juan Carlos Rosero, quien aparece en la entrevista no puede determinar que esa persona sea Juan Rosero, porque era el nombre que constaba al pie de la entrevista. A fojas 66 del archivo 3 dice no se puede saber quién era el policía Nro. 1, por cuanto eso no era objeto de la pericia. En el archivo 2, a fojas 99 Alulema sobre la inseguridad ciudadana en Cuenca, manifestó "que ahora está un poco afectado, pero que pasará y luego se normalizara", no puede determinar el número de personas que estaban en el Comando, no identifica a los defendidos de la Dra. Cardoso, como participantes, dice que ese no era el objeto de la pericia, se le pregunta sobre lo constante a fojas 104 del archivo 3 respecto a la entrevista a Merlo en que dice en qué términos se dio el dialogo y porque decidieron volver a trabajar: "no había información clara, se les informó y la situación volvió a la normalidad", a fojas 105 en torno a que le preguntan a Merlo si Alulema participó de la reunión y responde que fue quien encabezó el personal, el perito dice que esa fue la respuesta. Sobre el tema de cierre de las calles, Alulema, contestó que en Cuenca no han tenido cierre de calles, que en Cuenca se tranquilizó la situación, que Alulema dice que él llamó a una reunión, que así consta, dice que no hubo desacato como consta a fojas 81, del informe presentado. 8.1.b.20 Testimonio de WILSON OMAR PALOMEQUE ZAMORA, al 2010 fue perito acreditado al Consejo de la Judicatura, tiene maestría en informática y capacitaciones en informática forense, ha realizado varias pericias de transcripción, en este caso realizó dos pericias, en la primera, de videos recopilados de noticieros sobre eventos del 30 de septiembre, reportajes de lo que sucedía, en audio se identificaba la radio, eran varias retransmisiones, se veían policías en movilización, aglomerados, se distinguía el uniforme, en el archivo 3 a fojas 56, existen palabras del sargento Juan Carlos Rosero, que la imagen del video pertenece a la foto de fojas 57, en fojas 56 del archivo 3 se hace referencia al sargento Juan Carlos Rosero, a fojas 57 consta que personas decían "viva la tropa", a foja 58 consta que Alulema dice: “es una disconformidad del personal", de fojas 58 dice que "no hay paro", en el archivo 4 a fojas 65, el policía uno dice que "se suman por afectarse su derecho", recuerda que les preguntaban si iban a seguir con la medida, a fojas 66 del archivo 4 consta que dice que no tiene qué temer, no puede aseverar que lo diga quien se identifica en el video, a fojas 68 y 69 el policía 1 dice si así mismo "estamos protestando aquí", que si eso consta en el informe, es un audio , no se identifica al policía, que el policía 2 dice se "están tomando el comando", que esa es la traducción, a fojas 70 continúa la entrevista a Rosero, existe una entrevista a Alulema, también una entrevista a Merlo en la que dice que no es insubordinación, a fojas 74: si consta que dice que se han normalizado las actividades, después de hacer sentir su protesta, a fojas 94, Alulema dice: no puedo apoyar una paralización, a fojas 104, Merlo dice: en Azuay se ha normalizado actividades; En el segundo informe se hizo un análisis de 4 cds de videos y audio, se observaba grupos de policías en movilización por la ciudad, reunidos, desplazándose, en partes de los videos eran en Cuenca, el lugar era el parque Calderón, habían camionetas, motos, personas vestidos de policías, con chalecos, camionetas blancas, camionetas con identificación de la policía, se le enseña las fotos de fojas 889- 890 a lo que dice que el lugar no identifica. En la apertura de videos estaban presentes el fiscal, el Dr. Peña, no estaban las partes. Los policías 1, 2 ,3 y 4 como se nombró en los archivos de audio no se identifica un nombre. Sobre la entrevista a Alulema que dice no hubo desacato, estaban reunidos para explicarles lo sucedido, que estaban reunidos por su pedido, a fojas 81, del informe presentado. 8.1.b.21 Testimonio del Dr. Paul Granda López: el 30 de septiembre el 2010 se encontraba en funciones de

Alcalde de la ciudad de Cuenca, se enteró de lo que sucedía a través de los medios de comunicación en torno a que personal policial realizó una protesta en el sector céntrico de la ciudad, se le informó que la situación era compleja y difícil, por lo que se comunicó con el gobernador en esa fecha el Dr. Leonardo Berrezueta, que a eso de las 14h00 se reunió en la Gobernación con el Ing. Juan Cristóbal Lloret, el General Wilson Alulema y el Coronel Edmundo Merlo, quienes le informaron que la situación estaba controlada, por ello dieron una rueda de prensa para informar la situación, dice que no pudo constatar personalmente la situación pero por las noticias supo que se había dado una marcha o protesta, no sabe en qué sector ni quienes intervinieron, escuchó que se ha dado un recorrido por las calles céntricas de la ciudad. El General Alulema y el Coronel Merlo informaron que se habían reunido con todo el personal y habían hecho un llamado a mantener la calma, no recuerda que en la reunión hayan calificado el hecho de rebelión o sedición. 8.1.b.22 Testimonio de JUAN CRISTOBAL LLORET VALDIVIESO, al 30 de septiembre del 2010 estuvo como Jefe Político del Cantón Cuenca y encargado de la Gobernación del Azuay, le informaron antes de las 8 de la mañana sobre inconvenientes en el Comando de Policía del Azuay, tomó contacto con el Coronel Edmundo Merlo quién le manifestó que estaba reunido con el General Wilson Alulema, quien se encontraba al mando de la situación, y le informó que un grupo de policías no habían salido a laborar con normalidad y estaba tratando de que vuelva a la normalidad. Aproximadamente a las 09h30 un grupo de manifestantes subían por la Benigno Malo, desde la Universidad de Cuenca, con banderas del MIU, se acercaron a la Gobernación e intentaron ingresar, por ello dispuso que se cierren las puertas, intentaron entonces quemar las puertas, ante esto llamó al Comandante Provincial de Policía y al no tener respuesta en torno a salvaguardar los bienes públicos, hicieron llamados a los ciudadanos de los mercados de la ciudad, para mantener la calma y protegerse. Entre las 10h30 a 11h00 un grupo de policías desfilaron en vehículos policiales frente a la Gobernación por un lapso de cinco a diez minutos, lanzando consignas en contra del régimen, que los rostros de quienes desfilaron se podían ver en los medios de comunicación; no puede determinar con exactitud el número de personas en la manifestación, sería de 80 a 100 personas que se transportaban en vehículos policiales, eran motos y camionetas y estaban vestidos con uniformes de la policía, los otros manifestantes también se unieron a esta manifestación, se identificó a elementos policiales con personas que tenían banderas del MIU; luego de la manifestación dieron una rueda de prensa junto con el Alcalde, el Comandante Provincial de Policía y el Comandante del Distrito para informar que la situación en Cuenca y en el Azuay estaba controlada. En las primeras horas de la mañana eran solo manifestantes con banderas del MIU, posteriormente en la manifestación de los miembros de la policía, se unió este grupo al personal policial, dice que los videos no son de la gobernación sino de los medios de comunicación; manifiesta que no pude reconocer a ninguno de los acusados presentes en la sala, dice que habían consignas en contra del gobierno, que la coordinación desde la Gobernación era con el Comandante Provincial del Azuay, no tuvo contacto con el General Alulema, sino hasta la rueda de prensa. El Comandante Provincial le manifestó que a las 08h00, el General Alulema se encontraba reunido con el personal policial, tuvo conocimiento que no se suspendieron los servicios básicos, se ratifica en haber hablado en la mañana con el Comandante Provincial quién la manifestó que el General Alulema estaba al frente conversando con los clases y policías con el fin de orientar sobre las supuestas prebendas que han sido eliminadas, que miembros de la policía estaban al interior de la institución y estuvieron prestos a colaborar. 8.2: PRUEBA DE LOS ACUSADOS: 8.2.1 documental: Segundo Víctor Peñafiel González, presenta: hoja de ruta, certificación de la Policía que indica el lugar en donde se encontraba; Edison Fabricio Cabezas Velasco presenta: record policial, copia certificada del documento con lo que acredita que debía participar en el curso de Derechos Humanos en el Comando de Policía. Los defendidos del Dr. Segundo Segarra no anunciaron con anterioridad prueba que pudo haber sido utilizada. La Dra. Fabiola Arévalo a nombre de su defendido Adrián Cristóbal Avilés Bucheli presenta prueba documental: a). Copias certificadas de diligencias de la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia del 30 de septiembre del 2010, María Victoria Ordoñez, b). Parte policial. c) Citación realizada a las 15h30. d) citación realizada a las 17h20, e) Documentación de actuaciones de todo el 30 de septiembre del 2010, f). Copias certificadas de documentos y versiones de fojas 78, 79, 80, 81, 85, 86, 580, 906, 912, 913, 914 y 915 de la Instrucción fiscal. g) Certificados de

honorabilidad. h) Certificado laboral de Avilés Bucheli. i). Partidas de nacimiento de los hijos menores de edad. j) Declaración juramentada que acredita la unión de hecho de su defendido k). Memorándum de notificación con la sanción administrativa. 1) Contrato de arrendamiento. m) Certificado de antecedentes positivos o negativos de la página de internet de la Policía Nacional; sobre esta documentación el Fiscal objeta la copia de la versión de Edgar Merlo ya que su testimonio debe ser practicado en juicio. El D r. Pedro Coronel, no presenta prueba documental ni testimonial de sus defendidos, dice hará uso de la presentada por los otros sujetos procesa les. 8.2.2. Prueba testimonial de Adrián Avilés Bucheli: Fanny Lucia Jara Peralta, dice que el 30 de septiembre de 2010 llegó a los 08h30, a la Comisaría de la Mujer, a solicitar la boleta de auxilio previamente debía citar a su conviviente, se encontró con Adrián Avilés Bucheli, quien le acompañó a la citación. A las 09h30 se cumplió la citación. Vio a Adrián Avilés en su lugar de trabajo hasta las 10h00 que ya le entregaron la boleta de auxilio. Testimonio de Ruth Tandazo Rodríguez que en lo medular, dice haber visto a Adrián Avilés, a las 12h30 en la Escuela Luis Roberto Bravo, ubicada en la ciudadela Católica, porque van a retirar a sus hijos por ser entre ellos compañeros. Testimonio de Jorge Alberto Villavicencio Torres, Comisario Segundo de la Mujer y la Familia del cantón Cuenca, conversó en la mañana con Avilés sobre los procesos de citaciones, que más o menos a las 10h00 le pidió permiso para ir al Comando a una reunión con el General Alulema, no recuerda a qué hora le pidió permiso. El 30 septiembre del 2010, Adrián Avilés desempeñaba las funciones de citador en el departamento de violencia intrafamiliar. Le pidió al acusado que le acompañe a un allanamiento en horas de la tarde, terminaron como a las 18h30, el allanamiento fue después de las 17h00. Testimonio de Jessica Elizabeth Nugra Orellana, en lo principal manifiesta que: el 30 de septiembre de 2010 vio que Avilés Bucheli llegó a su lugar de trabajo estuvo normalmente a las 09h00, fue a la Comisaria Primera de la Mujer, le dejó que saque copias porque s e iba a una reunión del comando a eso de la 10h30 o 11h00. Testimonio de Elsa Rocío Duta Ortega que expone: sobre la buena conducta de Adrián Avilés Bucheli. 8.2.2.a) Los acusados: Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Hamilton Enrique Collaguazo López, Luis Armando Zapata Paguay, Armando Leodán Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle, Diego David Salan Tite, Segundo Rodolfo Acan Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tutinga, Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bocancho, Francisco Paúl Carrillo García, Edwin Heriberto Freire Reyes, manifiestan todos que se acogen al derecho al silencio. **NOVENA.-** La Enciclopedia de Ciencia Jurídica. Diccionario de Derecho Penal, de Armando Ezaine Chávez, volumen 3 pág. 1590 respecto del sustento doctrinario de la sedición, Cuello Calón, señala: "estos delitos tienen en común con los de rebelión el medio de ejecución, pues ambos se realizan mediante un alzamiento público. Pero se diferencian de ellos en que en la rebelión el alzamiento va dirigido directamente contra los poderes del Estado, es un alzamiento hostil al Gobierno, mientras que en la sedición el alzamiento no es de hostilidad contra el Gobierno, sino más bien contra ciertas autoridades del Estado o clases de personas de sus bienes o a destruirlos. Estos delitos sedición por su menor trascendencia, nunca son tan graves como los de rebelión…". La sedición es un delito de mera actividad, por lo que para la consumación no es necesario que se produzca ningún resultado. Para la consumación de este delito es necesario el empleo de la fuerza o la utilización de vías no legales. La sedición, es un alzamiento que no desconoce al gobierno legítimamente constituido, pero que se dirige a perturbar el libre ejercicio de sus funciones por una autoridad. Lo que persigue el sedicioso es perturbar el libre ejercicio de la autoridad o el impedir la aplicación o el cumplimiento o determinada norma. El impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones, evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales. El sujeto activo del delito necesariamente ha de ser un grupo de personas-aunque responda a título individual; se requiere necesariamente de la concurrencia de una pluralidad de personas, sean civiles, militares, nacionales, extranjeros, en la que, si es posible, mantengan un dominio de co-organización entre sus conductas a efectos de la organización global del

alzamiento y puedan responder individualmente, no podemos imaginar que en un proceso penal sólo intervenga un individuo que responda penalmente a título de autoría. La sedición también es un delito de convergencia, en el hay una concurrencia de voluntades previa a la ejecución de los actos sediciosos, es por ello que en estos delitos exista coautoría. La acción puede perseguir varios resultados: impedir la aplicación de las leyes e impedir el ejercicio legítimo de sus funciones o el cumplimiento de los acuerdos que adopten a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, así como también sus resoluciones administrativas judiciales. Nuestra legislación respecto de la sedición tipifica y sanciona en el artículo 602.4 "Sedición.- Serán sancionados con prisión de uno a tres años, las servidoras o servidores militares o policiales que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más, realizaren cualquiera de los siguientes actos: 1. Desobedecieren órdenes legítimas recibidas; 2. Incumplieren los deberes del servicio; 3. Amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior; 4. Pretendieren impedir la posesión de cargo de un superior o lo destituyeren de su función; 5. Actuaren violentamente para realizar reclamaciones o peticiones al superior". La teoría del delito es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados y merecedores de una especial tutela por parte del Estado. Consecuentemente el bien jurídico protegido constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo, y la doctrina coincide mayoritariamente que el bien jurídico protegido es el régimen constitucional y legal porque el rebelde o el sedicioso se levanta contra las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento. En el concierto para delinquir se atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública, el cual resulta lesionado cuando se altera la tranquilidad de la comunidad y se genera desconfianza colectiva para el ejercicio de las actividades ordinarias. La acción típica del rebelde o sedicioso se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; en el concierto se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la concertación. La sedición atenta contra la seguridad interna del Estado, afectando su organización política y la autoridad de la Constitución. La protección de la seguridad interna debe estar tutelada. Las normas jurídicas prohíben bajo pena las acciones que resultan apropiadas e idóneas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad, o en concepciones de la Teoría General del Delito ocurre la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido cuando la conducta de un ser humano ha ejercido dentro del ámbito de prohibición de aquella, mereciendo desde luego un juicio de reproche penal. Frente a lo expuesto, cabe destacar que de los conceptos del tipo que se juzga, para que éste se configure, debe existir la siguiente actividad: un alzamiento, de acuerdo a la prueba descrita en la consideración OCTAVA. Si bien de los testimonios de los peritos que realizaron una transcripción de elementos probatorios: los videos, los reportes periodísticos, existió una marcha o una caravana. Y de los recortes de diarios y siendo público y notorio, de acuerdo al principio de la verdad procesal que describe el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe no se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios no tenemos la certeza de catalogar que aquello fue un alzamiento atentando a la seguridad interna del Estado, afectando a la organización política y la autoridad de la Constitución. Los acusados intervinientes de este caso de acuerdo a la documentación presentadas por Fiscalía se desempeñaban, a aquella época como miembros policiales. En este desempeño, la misión fundamental es atender la seguridad ciudadana y el orden público; y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional. Tienen por tanto la obligación de Obedecer órdenes legítimas recibidas y cumplir los deberes del servicio. La Constitución de la República, en cuanto a la policía dice que es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, artículo 163 de la Constitución. No cabe duda que la sedición es un delito de mera actividad que protege la seguridad interna como presupuestos del ideal cumplimiento de la función Social del Estado que

es el servicio público. Los testimonios de las Autoridades de la ciudad y provincia, si bien tuvieron conocimiento de hechos suscitados, sin embargo de estos y los rendidos por los miembros policiales que han sido sancionados administrativamente por actos del 30 de septiembre del 2010, en nada aportan sobre la responsabilidad de los acusados. El estado de inocencia de una persona se destruye únicamente a base de un proceso en el cual exista al menos una mínima actividad probatoria y desde luego producida con todas las garantías constitucionales y legales que amerita el caso, lo cual ha ocurrido en el presente caso, q u e existiendo una prueba pública y notoria como se deja explicado de los hechos ocurrido el 30 de septiembre del 2010, la prueba de cargo presentada por Fiscalía incluyendo la testimonial, que conforme del listado de sancionados por aquel hecho, los llamados en este juicio, han merecido una sanción administrativa, de ahí que al no ser considerados aquello para la imputación por tener el mismo tratamiento, pues que el Comandante Edmundo Merlo, Ángel Tobías López, Byron Pazmiño Betancourt, no han sido imputados, nos lleva a deducir la indebida valoración de la prueba por parte del Tribunal a quo. Que la actividad probatoria de cargo, en virtud de que a través de un razonamiento lógico y de su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la experiencia, ha formado la convicción a las juezas y al juez de la Sala acerca de la declaratoria a confirmar la inocencia de los acusados, porque de aquella prueba de cargo, ninguno de los acusados de este juicio han sido identificados como partícipes del hecho acusado como sedición. Del Cd de grabación de la audiencia de juicio, se escucha con claridad que los peritos actuantes de la transcripción determinan que no pueden identificar a las personas que constan en los videos, porque la pericia no fue de identificación humana. No obstante de describir que en el Cd o en la entrevista al referirse al acusado Juan Carlos Rosero, no pueden afirmar que el autor de la entrevista sea dicho ciudadano. En este punto es imperioso referir que, el curso de una investigación criminal es de exclusivo ejercicio de la Fiscalía, el numeral 7 del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, establece las atribuciones del Fiscal, a fin de solicitar al Juez de Garantías Penales realice la identificación del sospechoso o procesado. No obstante que ciertas labores las cumplen determinados órganos auxiliares que por delegación fiscal o por atribución constitucional o legal son válidas. La identidad en Derecho Penal es el hecho de ser una persona la misma que se supone. Algunos autores diferencian entre la identidad (en el sentido de identificación) que refieren a información cuantitativa y cualitativa que al ser observable y medible, puede asegurar que se trata de un individuo y no de otro, y la identificación personal que destaca los caracteres propios y distintivos que hacen que cada sujeto pueda diferenciarse de los demás, de esta manera, la identidad personal no se agota en la identificación. La sociedad y el Estado debe utilizar y aprovechar los sistemas de identificación personal para garantizar a todos y cada uno de los ciudadanos la exclusividad del uso de su identidad personal, así como la certeza al sistema de administración de justicia de que quienes incurran en la comisión de delitos de cualquier grado y naturaleza serán sancionados conforme a la ley. No cabe duda que la sedición es un delito de mera actividad que protege la seguridad interna como presupuestos del ideal cumplimiento de la función Social del Estado que es el servicio público. **DÉCIMA.-** Análisis de la Sala. De acuerdo con el artículo 304.1 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia que declara la culpabilidad procede cuando el juzgador considera que de los resultados de lo actuado en la audiencia de juicio se tenga la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del o los procesados como autores, cómplices o encubridores. El juez debe realizar un meticuloso análisis de los resultados, a fin de determinar si concurre la certeza que exige la ley para que se dicte esa sentencia. El Juez tiene el compromiso moral y legal de analizar de forma imparcial lo que se ha introducido como prueba debidamente actuada en la audiencia de juicio y, que se refiere al hecho delictivo, y ese juzgador con ese análisis puede determinar que se ha cometido el hecho, habiéndose consumado de tal o cual manera y, que en él ha participado o han participado en calidad de autores cómplices o encubridores quienes están siendo juzgados. Por ello la importancia de las pruebas que se incorporan al juicio para que sean valoradas como un medio eficaz para probar el hecho que se investiga y que el juez pueda tener la certeza de que no es posible que el desarrollo de los acontecimientos haya sido diferente. En cuanto a que se toma a los documentos de fs. 332 á 356, que contienen las comunicaciones de las sanciones administrativas, como prueba documental relevante para la declaratoria de culpabilidad de los acusados en este juicio penal. Cabe puntualizar lo siguiente, de la revisión de esos documentos, jamás

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

podría aceptarse como documentos públicos, por no cumplir la exigencia del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, pues aquellos carecen de toda autenticidad, conforme se aprecia y aunque no hayan sido impugnados por los acusados, son unas copias simples que no han sido autenticadas por el organismo pertinente; es decir que la sanción administrativa impuesta porque hayan participado en la caravana policial o en otra causal, no vendría hacer tampoco un elemento probatoria sustancial para declarar la culpabilidad de una persona, pudiera constituirse en un indicio que a través de éste se pueda recopilar más elementos y constituir una presunción, basados en indicios, probados, graves y concordantes, artículo 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal. **DÉCIMA PRIMERA.-** En atención a lo que dispone el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, corresponde analizar aspectos trascendentales y siendo comunes a todos los acusados referirnos en forma individual: 1.- JUAN CARLOS ROSERO CONDE: Es un miembro policial, que al 30 de septiembre del 2010, se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio No. 2011/3203/P/CP6. Debía encontrarse de servicio en la Unidad Técnica de Control de armas. Fue sancionado administrativamente por 9 días de arresto, según el memorándum No. 2010/1399/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., se establece que existen constancias que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación frente a la prevención de Policía del CP-6, los peritos no logran determinar la voz ni la identificación de personas constantes en los videos, máxime que los afirman no haberse solicitado una experticia de identificación humana. Consecuentemente no identifican a Juan Carlos Rosero como el personaje constante en el material sujeto a estudio. El testigo de cargo de Darío Fabricio Caicedo Silva, en forma vaga y siendo además uno de los que constan en el listado de sancionados, dice haberlo visto a las 08h30 y luego salió a la reunión con el General Alulema y regresó pasadas las 13h00, no es determinante para sostenerse que con esta actuación haya adecuado su conducta el delito acusado. Si sólo éste testimonio al referir que vio a Rosero que regresó pasadas las 13h00, de qué concierto podíamos hablar si la norma penal habla de un número mayor a cuatro personas también servidores policiales?. Dónde podríamos encontrar la acción típica de incumplimiento de los deberes de su servicio, por el hecho de decir que no lo ha visto. El tipo penal subjetivo es eminentemente doloso, dónde podríamos encontrar la intención manifiesta de causar daño que establece el artículo 14 Código Penal?, Fiscalía no ha podido romper aquel principio de inocencia del acusado. Fiscalía insiste que la prueba fundamental para declarar la culpabilidad de este encausado, es la sanción administrativa. Al respecto y de la revisión de aquel memorándum referido, no se puede aceptar el mismo como un documento público porque no cumpla las exigencias del artículo 165 del Código de procedimiento Civil 2.- SEGUNDO VICTOR PEÑAFIEL GONZÁLEZ: Sargento Segundo de la Policía, se encontraba de servicio en la Zona 3 como Jefe de Patrulla (Z3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-104, que comprendía la zona de la Avenida Solano, 12 de Abril, 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba. Fue sancionado administrativamente con arresto de 9 días según el memorándum No. 2010/1434/CD/3 de fecha 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. Por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial; ningún testigo ha identificado a este acusado que haya incumplido los deberes de su servicio. La acción típica: incumplimiento de sus funciones, no se ha demostrado, no es posible sostener una acusación solamente porque ha sido sancionado disciplinariamente. No se ha podido establecer el tipo subjetivo que es el eminentemente doloso, en el que existió la intención manifiesta de causar daño según el contenido del artículo 14 Código Penal por tanto no se estima configurados los presupuestos del tipo penal acusado. 3) VICTOR MIGUEL ACARO PÉREZ, Sargento Segundo de la Policía : Según el oficio No. 2011/3203/P/CP6 de fecha 11 de Octubre del 2011, se encontraba de servicio en la Zona 2 como conductor (Z-2 Cañaribamba) en el vehículo AWA-139. Fue sancionado administrativamente según el memorándum No. 2010/1432/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M Comandante de Tercer Distrito de la PP NN, por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo el patrullero policial de placas AWA-139, Fiscalía no ha probado que se hayan

cumplido los elementos constitutivos del tipo penal. Si bien existe la sanción administrativa, la que pudo haber sido impugnada o no, y que no interesa al momento, no con aquella documentación podemos decir que la acción típica del delito acusado se haya demostrado. La prueba testimonial aportada por Fiscalía no identifica al acusado Acaro Pérez como el policía que incumplió sus funciones de servicio como conductor (Z-2 Cañaribamba), y que en su lugar estuvo en la caravana policial como conductor de un vehículo policial, caravana que fue por el centro de la ciudad. De la pericia de videos los peritos tampoco describen sobre características del vehículo que estaba bajo responsabilidad de Víctor Acaro. 4.- DIEGO ARMANDO GUADALUPE BORJA: La calidad de este encausado que es policía nacional y que fue sancionado administrativamente a 9 días de arresto, se tiene de la documentación anexada por fiscalía y contiene en el oficio N ro. 2011/3203/P/CP6 del 11 de Octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. De Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, se encontraba de servicio en la Zona 1 como GOM-4 en la moto 12, zona que comprendía la Calle Larga, Avenida Huaynacapac, Honorato Vásquez, Mariano Cueva, siendo punto de martillo el parque Luis Cordero; y, el memorándum No. 2010/1426/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial de siglas G-31. El incumplimiento de los deberes de su servicio, no es demostrado por parte de Fiscalía, pues la prueba documental como la testimonial es insuficiente para considerar que los presupuestos del delito acusado se hayan cumplido. 5) EDISON FABRICIO CABEZAS VELASCO: Es miembro policial y ha sido sancionado administrativamente con nueve días de arresto, según los documentos presentados por Fiscalía: Se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta el oficio No. 2011/3203/P/CP 6 suscrito por Félix Solano, Sbop de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, que se establece que el acusado Poli. Cabezas Velasco Edison Patricio, se encontraba de servicio en las consignas de la Gobernación y no deja hoja de ruta; el memorándum No 2010/1409/CD/3, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., por existir constancias de que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la manifestación frente a la prevención de Policía del CP-6. La defensa introduce como documento a su favor la copia del memorándum No. 2010/2706/P-1/CP-6 del 22 de septiembre del 2010, dirigido al acusado Cabezas Velasco Edison Fabricio que ha sido designado para asistir al curso de Derechos Humanos aplicados a la función policial, del lunes 27 de septiembre al viernes 01 de octubre del presente año, con uniforme B2 a las 07h30 y se añade en dicho memorándum "Del Incumplimiento a la presente disposición usted será el único responsable y se procederá de acuerdo a lo que establece el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional". Con dicha disposición de asistir la Curso de Derechos Humanos y que lo estuvo haciendo, por lógica si estuvo en el Comando de Policía no podría estar cumpliendo s u s funciones en la Gobernación del Azuay; ya que fue una orden legítima de asistir a ese evento de capacitación. La prueba testimonial del Coronel Edmundo Merlo, y del policía Luis Rigoberto Sánchez, concuerdan en confirman que iba a desarrollarse el curso de Derechos Humanos, que habían como unas treinta personas y que no pudieron ingresar al auditorio. Así detallado mal podría atribuírsele de incumplimiento defunciones de servicio, precisamente su deber era asistir al curso, al cual no pudo entrar, para posteriormente reinstalarse al mediodía, por lo tanto con la prueba de la fiscalía no se logra demostrar que el acusado haya incurrido en el verbo rector del tipo penal esto es el incumplimiento de funciones. Los elementos esenciales propuestos por Fiscalía para la existencia del delito SEDICIÓN no se ha demostrado ni con un mínimo de prueba, el incumplimiento a los deberes de servicio. El acusado probó que dentro de sus funciones asignadas debía cumplir con la asistencia al curso de Derechos Humanos. Con esa demostración en la especie sin embargo ha sido sancionado administrativamente. 6) CRISTIAN BYRON PEÑAFIEL VALDIVIEZO: Con los documentos: memorándum No 2010/1428/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., se conoce de la sanción administrativa al acusado, de arresto por NUEVE DIAS al haber participado en la caravana policial conduciendo una motocicleta policial marca Kawasaki y el certificado de la Policía Nacional; y que se encontraba en servicio activo y en

cumplimiento de sus funciones, según el oficio Nro. 2011/3203/P/CP6, se conoce que se encontraba de servicio en la Zona-1, como GOM-11 en la moto G-11, que comprende: la calle Bolívar, Juan Montalvo, Bajada al Vado, Padre Aguirre, siendo el punto de martillo el mercado 10 de Agosto; de esta última prueba se demuestra que el acusado cumplía sus funciones en zonas céntricas de la ciudad y sobre todo que uno de las calles que debía cubrir como responsabilidad suya era la calle Bolívar, lugar exacto por donde recorrió la caravana, lo que implica que estuvo en su lugar de servicio. 7) FREDDY FERNANDO PILCO SANDAL: Es un miembro policial que ha sido sancionado en forma administrativa y que a la fecha del 30 de septiembre del 2010, se encontraba en servicio activo, según el memorándum No. 2010/1421/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., en que se le notifica con la sanción administrativa al acusado, porque ha participado en la caravana policial conduciendo patrullero de placas AEA-1130. En cuanto al servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la que consta del oficio No. 2011/3203/P/CP6, que se encontraba de servicio en el UPC-50, lugar que dista con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca en donde se produjeron las protestas y la marcha policial, los elementos que configuran el delito no han sido demostrados en forma clara y diáfana. La acción típica del delito de sedición es el incumplimiento de sus funciones, no se ha demostrado que el acusado el día de los hechos incumpliendo su servicio en el UPC-50, se encontraba en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AEA-1130, caravana que fue por el centro de la ciudad. 8) JUAN CARLOS PEÑAFIEL CASTRO: Al 30 de septiembre del 2010 fue un miembro policial en servicio activo, cumplía su deber de servicio de acuerdo al oficio 2011/3203/P/CP6, en la Zona 3, como conductor (Z-3 Virgen de Fátima) en el vehículo AWA-140, sitio que comprendía la Avenida Solano, 12 de Abril, Unidad Nacional, Avenida 10 de Agosto. Y sobre la sanción administrativa de arresto, la conocemos del memorándum No 2010/1431/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN, por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo el patrullero policial de placas AWA-140. Los elementos probatorios tanto documentales como testimoniales aportados por Fiscalía, en nada contribuyen a fin de establecer la existencia de la infracción cuanto la responsabilidad del acusado Peñafiel Castro. 9) JAMILTON ENRIQUE COLLAGUAZO LÓPEZ: Con los documentos: oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 de Miércoles 11 de Octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, se conoce que se encontraba de servicio en la Zona 1, como conductor (Gil Ramírez) en el vehículo AEA-144, Y según el memorándum No 2010/1436/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., se conoce de la sanción administrativa, por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo el patrullero policial como ocupante de un patrullero policial. Los elementos probatorios documentales y testimoniales, propuestos por Fiscalía, en nada presuponen elementos que configuren el delito de Sedición. 10.- LUIS ARMANDO ZAPATA PAGUAY: Con la documentación en copias certificadas del memorándum No. 2010/1441/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la P.P.N.N., se conoce que ha sido sancionado administrativamente por haber participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial; que se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones en base al oficio No. 2011/3203/P/CP6 de fecha 11 de Octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP- 6, estableciendo que el acusado Poli. Zapata Paguay Luis Armando, se encontraba de servicio en el UPC-40. La prueba aportada por Fiscalía resulta ser insuficiente e impertinente para establecer la comisión del delito de sedición, no se demuestra el más mínimo elemento que configura el tipo penal acusado. 11) ARMANDO LEODAN GALEAS ATIENCIA: Es policía nacional con servicio activo al 30 de septiembre del 2010 no se encuentra registrado en el listado de la Zona-2; y fue sancionado administrativamente con 9 días de arresto por haber participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, según memorándum No. 2010/1440/CD/3 suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN.

Los elementos probatorios documentales y testimoniales presentados por Fiscalía no constituyen presupuestos suficientes para condenar a una persona. De la certificación nótese que inclusive no ha estado registrado en la Zona-2 donde supuestamente es donde debía cumplir su labor. Que estuvo designado para el curso de Derechos Humanos en el Comando. Ningún testigo ha identificado cual fue su participación; el día de los hechos debía estar cumpliendo su servicio en el servicio en la Zona-2, del oficio de la policía nacional, no se conoce que debía estar cumpliendo en dicho lugar, pues informan que "no está registrado". Si no tiene un lugar registrado mal podría inculpársele que no cumple sus funciones. 12) CRISTIAN MARCELO CORRO VELOZ: Con el memorándum Nro. 2010/1430/CD/3 de 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. se conoce que fue sancionado a 9 días de arresto por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo una motocicleta policial marca Honda. Y del oficio No. 2011/3203/P/CP6 del miércoles 11 de Octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, se conoce que se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la Zona-1, como GOM-16 en la moto-32. Los elementos probatorios documentales y testificales, en nada aportan a fin de establecer que se han configurados los presupuestos del delito acusado. Ningún testigo lo ha identificado como uno de los autores del delito de sedición. 13. JOSE ARTURO AULLA YUQUILEMA: se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones al 30 de septiembre del 2010, según el oficio No. 2011/3203/P/CP6 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101.CP-6, que se encontraba en servicio en la Zona-2, como GOM-22, siendo el sector de responsabilidad el del mercado 12 de Abril; el memorándum nro. 2010/1429/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP. NN., en el que consta la sanción administrativa por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial de siglas G-41. La prueba aportada por Fiscalía es insuficiente para alcanzar con certeza el cumplimiento de los elementos que configuran el delito acusado. 14.- JOSÉ LUIS GUADALUPE CHINLLE: ha sido sancionado administrativamente según el memorándum No. 2010/1419/CD/3 del 19 de noviembre de 2010 suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la manifestación sobre frente al Terminal Terrestre. Por el oficio No. 2011/3203/P/CP6 del 11 de Octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía encargado de la CAC-101-CP-6, se conoce que se encontraba en servicio en el Grupo Impacto en el Comando de Policía sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Estos elementos probatorios: los documentales así como los testimoniales, en nada aportan a fin de convencer a los jueces de la certeza de la actividad en un hecho que se crea imputable. Los presupuestos que configuran el delito de sedición no se cumplen. 15.- DIEGO DAVID SALANTITE: Fue sancionado a 9 días de arresto según el memorándum nro. 2010/1427/CD/3, del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP. NN., por haber el 30 de septiembre del 2010 participado en la caravana policial conduciendo la motocicleta policial marca Tornado. Que se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones en la Zona-11 como GOM-51 en la moto G-19, siendo el sector de responsabilidad el de las calles: Larga, Hermano Miguel, Presidente Córdova, General Torres, siendo el punto de martillo las Escalinatas, según el oficio No. 2011/3203/P/CP6, miércoles 11 de octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6. Los elemento probatorios aportados por Fiscalía son insuficientes para alcanzar el cumplimiento de los presupuestos que configuran el delito de sedición. No se ha logrado identificar a los autores. 16.- SEGUNDO RODOLFO ACAN CHARCO: Al 30 de septiembre del 2010, se encontraba en- servicio activo en la Zona-1 como Jefe de Patrulla (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01. Fue sancionado Administrativamente, según consta el memorándum No. 2010/1415/CD/3 del 19 de noviembre de 2010 suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., al haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la manifestación sobre la Avenida España frente al Terminal Terrestre. Con los elementos probatorios documentales y

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

testimoniales no existe suficiente certeza que se haya configurado los presupuestos del tipo penal, peor aún su responsabilidad. 17.- ALFONSO OSWALDO PILCO REA: Sancionado administrativamente por haber participado en la caravana policial/ según el memorándum No. 2010/1437/ CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. Con el certificado de la Policía Nacional, que consta en el oficio No. 2011/3203/P/CPG del 11 de octubre del 2011 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP- 6, se informa que se encontraban en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en el UPC-38. Lo aportado por Fiscalía sea como prueba documental y testimonial, no representa en esencia elementos suficientes que lleguen a determinar que se ha configurado los elementos necesarios para el cometimiento del ilícito acusado. 18. CESAR GUSTAVO CHAFLA TUQUINGA: Sancionado administrativa mente por haber participado en la caravana del 30 de septiembre del 2010 según el memorándum No. 2010/1422/CD/3 de 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. conduciendo el patrullero de placas AEA-1133. Se encontraba en servicio activo, debiendo cumplir su labor en la Zona-3 como conductor del JC- Yanuncay en el vehículo A-04, siendo el sector de responsabilidad la Avenida 12 de Abril, Avenida 1 de Mayo, Autopista y Avenida Paucarbamba. Fiscalía no ha aportado elementos suficientes a fin de determinar los presupuestos básicos del delito que acusa. En cuanto a la responsabilidad, con la prueba documental y testimonial no es suficiente para determinar la culpabilidad. 19.- ADRIAN CRISTOBAL AVILES BUCHELI: Sancionado administrativamente, según el memorándum No 2010/1435/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la P.P.N.N., porque se dice que existen constancias que el 30 de septiembre del 2010 ha participado en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial y el certificado de la Policía Nacional, respecto a que se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, según el oficio No. 2011/3203/P/CP6, suscrito por Feliz Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, se encontraba de servicio en el Departamento de Violencia Intrafamiliar. Si bien dentro del trámite administrativo, se hizo acreedor a la sanción porque había abandonado el servicio y no había dejado hoja de ruta. Con prueba testimonial y copias de partes policiales, actas de citación, demuestra que si ha estado laborando, y que a las 11h00, acudió al Comando a la reunión convocada por Alulema, de regreso concluyó sus actividades normales, presentó a Fanny Jara Peralta quien como usuaria del Departamento de Violencia intrafamiliar en horas de la mañana solicito ayuda para citar a un supuesto agresor. Ruth Yesenia Tandazo, manifiesta que se encontró con el acusado a las 12h30 en la escuela de sus hijos que son compañeros; el testimonio de Jorge Alberto Villavicencio Torres, Comisario Segundo de la Mujer y la Familia del Cantón Cuenca, refiere que le dio permiso en horas de la mañana a la fecha de los acontecimientos. Jésica Nugra, trabaja en la Intendencia de Policía del Azuay dice haberle visto l legar al acusado a las 08h00, a las 09h30 le dejó unas copias y le comentó a las 10h30 aproximadamente que iba a una reunión al Comando; estos testimonios sumados a la prueba documental que presenta la defensa referida a las actuaciones del acusado en fecha 30 de septiembre del 2010 en cumplimiento de sus funciones en el Departamento de Violencia Intrafamiliar de las Comisarías de la Mujer y la Familia del cantón Cuenca demuestran que el acusado estuvo cumpliendo las funciones a él asignadas. 20.- RAÚL ORLANDO CENTENO AREVALO: Fue sancionado administrativa mente, consta en el memorándum No. 2010/1402/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la P.P.N.N., por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la manifestación frente a la Prevención de Policía del CP-6. Se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en base al oficio No. 2011/3203/P/CP6 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101CO-6 que informa que se encontraba en servicio de Tránsito como conductor (Tango 8) en el vehículo AWA-218, en el sector de la Avenida Solano y 12 de Abril, sectores distintos a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Fiscalía en torno al ciudadano Centeno Arévalo, no ha logrado se cumplan los elementos que configuran el delito de sedición. 21.- WILMER JAVIER ERAZO MARTINEZ: Fue sancionado administrativamente, ha participado en la caravana policial

conduciendo el patrullero de placas AWA-194, según consta del memorándum No. 2010/1423/CD/3 del 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. Al 30 de septiembre del 2010 se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, en la Zona-5, como conductor (Z-6 Barrial Blanco) comprendiendo la zona del Vecino, Héroes de Verdeloma, Gil Ramírez Dávalos, Universidad Salesiana, según consta del oficio Nro. 2011/3203/P/ suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6. De la prueba documental y testimonial no existen elementos suficientes que lleven a la certeza de la comisión del delito acusado y nadie identifica a persona alguna que haya estado realizando actos sediciosos. 22.- CARLOS VINICIO LUZURIAGA MARTINEZ: Fue sancionado administrativamente por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo el patrullero camioneta D Max sin placas. Según el memorándum No. 2010/1424/CD/3, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN. Al 30 de septiembre del 2010, se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones, según el contenido del oficio No. 2011/3203/P/CP6 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC. Fiscalía no ha logrado demostrar que aquellos presupuestos que configuran el delito de sedición se cumplan. 23.- ALBERTO GEOVANNY MORETA BOCANCHO: Fue sancionado administrativamente por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial como ocupante de un patrullero policial, según el memorándum No. 2010/1439/CD/3 de fecha Cuenca, 19 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., en que se le hace conocer con la sanción administrativa al acusado, y del oficio Nro. 2011/3203/P/CP6 suscrito por Félix Solano, Sbop. de Policía, encargado de la CAC-101-CP-6, se conoce se encontraba en servicio en el Grupo Impacto. Con los elementos probatorios aportados por Fiscalía los documentales y testimoniales no se ha logrado demostrar los elementos que configuran el delito de sedición. Ningún testigo ha identificado a Mareta Macanche como aquella persona que ha dejado sin servicio. 24.- FRANCISCO PAUL CARRILLO GARCIA Fue sancionado administrativamente, según el memorándum No. 2010/1425/CD/3 ,suscrito por el Dr. Rodolfo Cadena Cisneros, Coronel de Policía de E.M. Comandante de Tercer Distrito de la PP.NN., por haber participado el 30 de septiembre del 2010 en la caravana policial conduciendo el patrullero de placas AWA-001; a la fecha de los hechos 30 de septiembre del 2010 se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo, debiendo cumplir su labor en servicio en la Zona-1, como conductor (Z-1 Sagrario) en el vehículo AWA-01, Con los elementos probatorios documentales y testimoniales no se ha logrado demostrar que el policía Francisco Paúl Carrillo García haya incumplido su deber de servicio. 25.- EDWIN HERIBERTO FREIRE REYES: Fiscalía no dispone de elementos de prueba para establecer su responsabilidad y continuar acusándole por lo cual no se ha podido llegar a demostrar la responsabilidad, no se prueba que se hayan cumplido con los presupuestos del incumplimiento a los deberes del servicio, elementos necesarios para la configuración del tipo penal de Sedición. **DÉCIMA SEGUNDA.- RESOLUCIÓN.** Para dictar una sentencia condenatoria se requiere de una actividad probatoria de cargo, producida con las garantías procesales, que exista certeza del cometimiento del ilícito y la culpabilidad del acusado y que no exista duda para destruir la presunción de inocencia, la misma que únicamente puede ser desvirtuada dentro de un proceso que asegure los principios de defensa y contradicción, tomando en cuenta que el sistema procesal penal se fundamenta sobre el principio de la presunción de inocencia consagrado en el art. 76.2 de la Constitución de la República, Sobre este punto el numeral 1 del artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos, establece: "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". Por ello, que la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al acusado, lo que conduce a la confirmatoria de la inocencia. El estado de inocencia de una persona se destruye únicamente a base de un proceso en el cual exista al menos una mínima actividad probatoria y desde luego producida con todas las garantías constitucionales y legales que amerita el caso, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

existiendo una prueba pública y notoria como se deja explicado de los hechos ocurrido el 30 de septiembre del 2010 no cumple con los presupuestos mínimos el cometimiento del delito de sedición, nos lleva a determinar que no existe certeza sobre la acusación propuesta. La prueba de cargo presentada por Fiscalía incluyendo la testimonial, que conforme del listado de sancionados por aquel hecho, fs. 330 y 331; y los llamados en este juicio, han merecido una sanción administrativa, de ahí que al no ser considerado aquello para la imputación por tener el mismo tratamiento, pues que el Comandante Edmundo Merlo, Ángel Tobías López Martínez, y otros de la lista de 53 no han sido imputados, nos lleva a deducir la indebida valoración de la prueba por parte del Tribunal de primer nivel. Que la actividad probatoria de cargo, en virtud de que a través de un razonamiento lógico y de su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la experiencia, ha formado la convicción a los jueces de la Sala acerca de la declaratoria a confirmar la inocencia de los acusados, porque de aquella prueba de cargo, ninguno de los acusados de este juicio han sido identificados como partícipes del hecho acusado como sedición. El artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, impone a los Jueces y Tribunales "apreciar la fuerza probatoria conforme a las reglas de la sana crítica...". Por valoración de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y, en ocasiones, puede bastar uno para formar la convicción del juzgador, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o distinta clase, para llegar a la certeza de los hechos discutidos en el proceso penal. De ahí que cuando se habla de valoración de la prueba se compromete un estudio crítico del conjunto de actuaciones procesales. En la especie, de los elementos probatorios no se logra determinar la infracción de sedición por parte de los acusados. La prueba para CARRARA: "Es todo aquello que nos sirve para darnos certeza de la verdad de una proposición". CARRARA Francesco, Programa de derecho criminal, pág. 854. Es innegable y no podemos abstraernos de lo acontecido el 30 de septiembre del 2010, de una caravana o marcha de elementos policiales en la ciudad de Cuenca, que por ventaja no se conoció de daños irreparables; sin embargo por la falta de elementos probatorios no se ha podido demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad de todos quienes han sido llamados a juicio y sentenciados. Si no se cumple aquello, cómo y con qué testimonio podríamos encajar la conducta de cada uno de los acusados, si más aún que de la documentación presentada por Fiscalía y de los testimonios de miembros policiales como Edmundo Merlo. Ángel Tobías Espinoza y otros de la lista citada, pág. 330 y 331, que también ellos fueron sancionados administrativamente por no haber reportado las novedades del 30 de septiembre, y que fueron fotografiados en actos del Comando y aunque en nada vienen hacer de cargo contra los procesados, no fueron imputados a pesar de tener la misma suerte de los acusados en cuanto a haber sido sancionados administrativamente. Estas circunstancias crean dudas en los juzgadores; el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal establece que: "la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en la etapa de juicio; y el art. 304.A *ibídem* preceptúa que "Cuando el tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviera comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, dictará sentencia absolutoria. 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, dictar la resolución que en derecho corresponda, sea condenatoria o sea absolutoria. La valoración de la prueba con apego a las reglas de la sana crítica como lo determina el artículo 86 *ibídem*, lleva a la conclusión que no se ha demostrado con absoluta certeza la existencia del delito y menos la responsabilidad de los acusados. Al no tener la certeza que nos habla la norma procesal corresponde aplicar el precepto del artículo 4 del Código Penal que dice: "...En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo"; así como el artículo 76 numeral 5, de la Constitución de la República. En base a las motivaciones expuestas; la Sala, siendo independiente e imparcial, resuelve: **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al aceptar el recurso interpuesto por los acusados se revoca la sentencia

venida en grado y se confirma la inocencia de Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel Gonzalez, Víctor Miguel Acaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Freddy Fernando Pilco Sandal; Juan Carlos Peñafiel Castro, Hamilton Enrique Collaguazo, Armando Leodán Galeas Atiencia; José Arturo Aulla Yuquilema, José Luis Guadalupe Chinlle , Diego David Salán Tite, Segundo Rodolfo Acán Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tutinga, Raúl Orlando Centeno Arévalo: Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Mareta Bocancho: Francisco Paúl Carrillo García, por las mismas consideraciones que adopta la Sala, respectos de los citados acusados que se revoca la sentencia, se desecha el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y por tanto se confirma el estado de inocencia de Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo y Adrian Cristóbal Avilés Bucheli. En aplicación a la norma establecida en artículo 327 del Código de Procedimiento Penal esta resolución favorece a Cristian Marcelo Corro Veloz, quien no impugnó la sentencia de primera instancia y Luis Armando Zapata Paguay, que recurrió pero se declaró el abandono por no haber asistido a la audiencia. Actúe la Dra. Jimena Orellana Brito como Secretaria Temporal por licencia del Secretario Relator, Con el ejecutorial devuélvase al Tribunal de origen. **Hágase saber.**

f) Dra. Narcisa Ramos Ramos, Jueza Provincial; Dra. Julia Elena Vázquez Moreno, Jueza Provincial; Dr. Juan Carlos López Quizhpi, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1454-2014-HPA

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 16 de septiembre de 2015, las 16h00.

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Mediante sentencia de 22 de enero del 2014, el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, declaró a los señores Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Ácaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Hamilton Enrique Collaguazo López, Luís Armando Zapata Paguay, Armando Leodan Gáleas Atiencia, Cristian Marcelo Corro Veloz, José Arturo Aúlla Yuquilema, José Luís Guadalupe Chinlle, Diego David Salan Tite, Segundo Rodolfo Acan Charco, Alfonso Oswaldo Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tutinga, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bocancho y Francisco Paúl Carrillo García, autores responsable del delito de sedición tipificado y sancionado en el artículo 602.4.2 del Código Penal, vigente a la fecha del cometimiento de la infracción. Les impuso la pena de un año de prisión correccional; sin embargo, respecto a los acusados Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Ácaro Pérez, Freddy Fernando Pilco Sandal y Juan Carlos Peñafiel Castro, por concurrir las circunstancias del art. 29.6) y 7) en concordancia con el art. 72 del Código Penal, se modifica la pena a cuatro meses de prisión correccional. De igual manera se ratifica el estado de inocencia de los acusados Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, Adrián Cristóbal Avilés Bucheli y Edwin Heriberto Freire Reyes.

1.2. Los sentenciados referidos *ut supra* y Fiscalía interponen recurso de nulidad y apelación de la sentencia del *a-quo* ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, quienes el 14 de agosto de 2014, rechazan el recurso de nulidad declarando la validez de todo lo actuado y revocan la sentencia venida en grado y confirman el estado de inocencia de los acusados Juan Carlos Rosero Conde, Segundo Víctor Peñafiel González, Víctor Miguel Ácaro Pérez, Diego Armando Guadalupe Borja, Freddy Fernando Pilco Sandal, Juan Carlos Peñafiel Castro, Hamilton Enrique Collaguazo, Armando Leodán Gáleas Atiencia, José Arturo Aúlla Yuquilema, José Luís Guadalupe Chinlle, Diego David Salan Tite, Segundo Rodolfo Acan Charco, Alfonso Oswaldo

Pilco Rea, César Gustavo Chafla Tutinga, Raúl Orlando Centeno Arévalo, Wilmer Javier Erazo Martínez, Carlos Vinicio Luzuriaga Martínez, Alberto Geovanny Moreta Bocancho y Francisco Paúl Carrillo García. Se desecha el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y, por tanto se confirma el estado de inocencia de Edison Fabricio Cabezas Velasco, Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo y Adrián Cristóbal Avilés Bucheli. En aplicación de la norma establecida en el art. 327 del Código de Procedimiento Penal, dicha resolución favorece a Cristian Marcelo Zapata Paguay, quien no impugnó la sentencia de primera instancia y Luís Armando Zapata Paguay, que recurrió pero se declaró el abandono por no haber asistido a la audiencia.

1.3. El doctor Felipe Córdova Ochoa, Fiscal de lo Penal del Azuay, inconforme con el fallo del *ad-quem* interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

2.- RESEÑA FÁCTICA

Fue relatada de la siguiente manera por el *a-quo:*

"El 30 de septiembre del 2010, en horas de la mañana, los acusados, miembros de la policía, dejaron de laborar en sus puestos asignados, dejaron de lado sus obligaciones constitucionales y se trasladaron al Comando en protestas por las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Público y salieron en esta protesta con vehículos de la institución, fueron al centro de la ciudad, se pararon en la Gobernación, protestaron y volvieron al Comando; Juan Carlos Rosero participó en la caravana cuando su función era la de secretario de la Unidad de Control de Armas, que Segundo Víctor Peñafiel González debía estar de servicio urbano; Jamilton Enrique Collaguazo López participó en la caravana y su función era en la Zona 1 el Sagrario desde las 08h00; Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, participó en la protesta y debía cumplir funciones en el Departamento de Violencia Intrafamiliar de la Intendencia; Raúl Orlando Centeno Arévalo debía estar de servicio en la Comisión de Tránsito; Wilmer Javier Erazo Martínez debía cumplir su función de conductor en la Zona 5 El Vecino; Víctor Miguel Ácaro Pérez, debía cumplir servicio en la Zona 2 Monay; Diego Armando Guadalupe Borja, participó en la protesta en una moto por ser del GOM y debía prestar su servicio en el Otorongo; Luís Armando Zapata Paguay debía estar de servicio en el UPC 40; Armando Leodan Gáleas Atiencia debía estar de servicio urbano y cumplir con un curso de Derechos Humanos; Edison Fabricio Cabezas Velasco tenía la consigna de estar en la Gobernación y en el curso en el Comando; Cristian Marcelo Corro Veloz participó en una moto y debía estar en el sector de la Miguel Vélez desde las 08h00; José Arturo Aulla Yuquilema, debía estar en el mercado 12 de abril desde las 08h00; José Luís Guadalupe Chinlle debía cumplir su función en la prevención del Comando de Policía desde las 07h00; Cristian Byron Peñafiel Valdiviezo, debía cumplir su función en el mercado 10 de agosto como GOM desde las 07h00; Segundo Rodolfo Acán Charco, debía cumplir funciones en el sector el Sagrario desde las 08h00; Alfonso Oswaldo Pilcorea, debía cumplir funciones de servicio en el UPC 38 de Guallanzhapa desde las 08h00; Alberto Geovanny Moreta Bocancho, debía estar de servicio urbano desde las 08h00; César Gustavo Chafla Tuquinga debía cumplir funciones en Zona 3, Monay, desde las 06h00; Freddy Fernando Pilco Sandal, debía cumplir funciones en el UPC el Salado desde las 08h00; Francisco Paúl Carrillo García, debía estar de servicio en Zona 1 desde las 08h00; Juan Carlos Peñafiel Castro, debía cumplir funciones en Zona 3, Yanuncay, desde las 06h00; Edwin Heriberto Freire Reyes, debía cumplir funciones en el Vecino, sector Barrial Blanco desde las 08h00...". (sic)

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1. El Consejo de la Judicatura mediante Resolución nro. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el art. 182 , último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2. 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, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los arts. 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 sustituyen a los arts. 183 y 186, de la misma ley; y, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

3.3. El Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, señora doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y; señor doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional, quien actúa por licencia concedida a la Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, según oficio No. 951-SG-CNJ-MB suscrito por el

doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

4.- TRÁMITE

De conformidad a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, *in examine*, son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

5.- VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el art. 349 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo estipulado en el art. 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al no haberse advertido causal que pueda nulitar o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

6.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

6.1. Fundamentación del recurrente, doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado

El libelista dirige su fundamentación al amparo de la violación directa de la ley por *"contravención expresa del texto",* prevista en el art. 349 Código Adjetivo Penal, tomando como base la siguiente tesis:

a) Luego de realizar un recuento fáctico de los hechos, menciona que la sentencia del *ad-quem* contraviene expresamente los arts. 76.7 1) de la Constitución de la República, 27, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304.A del Código de Procedimiento Penal.

b) Manifiesta, que la sentencia del tribunal de segunda instancia no cumple los parámetros mínimos de motivación, entre ellos, razonabilidad, lógica y comprensibilidad, por cuanto en el fallo del *a quo* se reconoce como un hecho público y notorio, lo acaecido el 30 de septiembre de 2010, mientras que la sentencia recurrida, de manera incongruente refiere que no se ha justificado el ilícito cometido.

c) Afirma, que la motivación como componente del debido proceso, tiene una función endoprocesal y extraprocesal, la primera en el sentido de que se conozca las razones que tuvo el tribunal para condenar a los procesados y, la segunda dirigida a los ciudadanos para que comprendan la *ratio decidendi* del fallo.

d) Destaca, que se ha contravenido el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, puesto que los principios rectores que gobiernan la justicia ecuatoriana, se enmarcan en la búsqueda de la verdad procesal más no en la histórica, como lo afirma el fallo impugnado.

A renglón seguido, arguye como segundo cargo, la violación directa de la ley por *"errónea interpretación",* bajo los siguientes argumentos:

a) De la lectura de la sentencia, advierte, el recurrente, que existe una errónea interpretación de los arts. 76. 5 de la Constitución de la República y 4 del Código Penal.

b) El reparo consiste en que los artículos *ut supra* indican que cuando hay dos normas contradictorias, se aplicara el principio *indubio pro reo*, pero, no se refiere de manera alguna a la responsabilidad de los acusados, por lo que el *ad-quem*, realizó una errónea interpretación de la disposición legal referida.

c) Estima que como consecuencia de aquello, la sentencia del tribunal de segunda instancia, es incongruente, incomprensible e inteligible, en razón de que no se explica las razones jurídicas para arribar a la ratificación de inocencia de los acusados, quienes desatendieron sus obligaciones previstas en el art. 158 de la Constitución de la República.

Por lo anterior, estima que existe una violación directa de los arts. 76.7 1), 76.5 de la Constitución de la República, 27, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, 304 A del Código Procesal Penal y 4 del Código Penal, por lo que, solicita se case el fallo impugnado, y se corrija los errores de derecho detallados.

6.2. Contestación del acusado Armando Leodán Gáleas Atiencia, por parte de su abogado defensor Juan Carlos Salazar Icaza

a) Sobre el primer cargo, destaca que la sentencia del *ad-quem* se encuentra debidamente motivada, conforme se desprende de los considerandos octavo, noveno , décimo y décimo primero, en donde se detallan los fundamentos jurídicos, técnicos y fácticos que permitieron al tribunal de alzada, concluir que no se encuentra determinada la materialidad de la infracción ni la responsabilidad de los acusados, tomando como baremo los peritajes, a través de los cuales no se pudo establecer la identidad de las personas que constan en el video.

b) Manifiesta que el art. 304 A del Código Adjetivo Penal, se aplicó e interpretó de forma correcta en la sentencia recurrida, ya que cuando el juez no

tenga certeza sobre la materialidad y responsabilidad del hecho, está en la obligación constitucional de ratificar el estado de inocencia.
c) No obstante, agrega, que el hecho fáctico-vale decir la caravana organizada en Azuay-no se asimila a una hipótesis punitiva de excepción, más aún, que en ese acto no se identifica al acusado Armando Gáleas.
d) Precisa que el tipo penal de sedición, tipificado en el Código Penal, con el que se tramitó la causa, ha variado sus elementos constitutivos en el Código Orgánico Integral Penal, tomando en consideración que la sedición en la forma típica prevista en el nuevo catálogo punitivo, significa levantarse en armas con el fin de desestabilizar el régimen estatuido, hecho que difiere de la conducta endilgada a los procesados.
e) Acto seguido, en mención al **segundo cargo,** disiente de la fundamentación realizada por Fiscalía, con relación a que los arts. 76.5 de la Constitución de la República y 4 del Código Penal *(principio indubio pro reo)*, no hacen mención única y exclusivamente a la aplicación de la norma, sino al análisis de los hechos fácticos, por ello es que el art. 304 A del Código Adjetivo Penal determina la certeza para condenar.
f) Finalmente, arguye, que los hechos no se subsumen en la hipótesis punitiva prevista en el art. 604.2 del Código Penal, razón por la que, no existe violación directa de la ley en los términos expuestos por Fiscalía.
Solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto, por cuanto no cumple con los presupuestos establecidos en el art. 349 del Código Procesal Penal, y en su lugar se ratifique, en todas sus partes, la sentencia impugnada.

6.3. Contestación del acusado Adrián Cristóbal Avilés Bucheli, por parte de su abogada defensora Rosa Arévalo Coronel

a) Acerca del **primer cargo,** estima que de manera fehaciente la sentencia del *ad-quem* cumple los parámetros de motivación, arribando en base al caudal probatorio actuado en juicio, a una decisión ajusta a la realidad procesal, en donde se ratifica el estado de inocencia de su defendido.
b) En mención al **segundo cargo,** arguye que se debe considerar el principio de favorabilidad ya que no se ha demostrado actos de sedición, ni la utilización de armas y violencia.
Solicita, que se confirme en todas sus partes la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

6.4. Contestación por parte de los acusados no recurrentes Juan Rosero Conde, Segundo Peñafiel González, Jamilton Collaguazo López, Víctor Ácaro Pérez, Diego Guadalupe Borja, Luís Zapata Paguay, José Aúlla Yuquilema, José Guadalupe Chinlle, Alfonso Pilco Rea, César Chafla Tuquinga, Freddy Pilco Sandal, Juan Peñafiel Castro, Carlos Luzuriaga Martínez, Diego Salan Tite, Segundo Acán Charco, Alberto Moreta Bocancho, Cristian Peñafiel González y Edison Cabezas Velasco, por parte de su abogada defensora Magdalena Cardoso Ruíz.

a) Con respecto al **primer cargo,** redarguye que en la audiencia de juicio no se comprobó la materialidad de la infracción, que se desconoció el principio de igualdad, puesto que del total de policías, que fueron sancionados administrativamente, han sido acusados la mitad y los restantes llamados como testigos.
b) Seguidamente, refiere, que el delito de sedición contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, no contiene los mismos elementos constitutivos del tipo penal por el que fueron procesados sus defendidos.
c) En atención al **segundo cargo,** asegura que el principio de favorabilidad se encuentra reconocido en los arts. 77.5 de la Constitución de la República y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mismo que debe ser aplicado al caso *in examine.*
Solicita, que se deseche el recurso de casación interpuesto por Fiscalía y se confirme en todas sus partes la sentencia venida en grado.

6.5.- Contestación del acusado no recurrente Wilmer Erazo Martínez, por parte de su abogada defensora Alexandra Pizarro

a) En soporte del **primer cargo,** la libelista invoca el principio iura novit curia, a través del cual los juzgadores aplicaron correctamente el derecho al caso incoado, por tanto, el fallo del *ad-quem* se encuentra debidamente motivado.
b) En sustento de alegación, al **segundo cargo,** menciona que es aplicable el principio de favorabilidad, mismo que guarda conexión con el apotegma "*nullum crimen, nulla poena sine lege"*, ya que en un Estado:? constitucional de derechos y justicia priman los derechos de los justiciables.
Finalmente, insta a este Tribunal de Casación, a rechazar el recurso propuesto por Fiscalía y confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida.

6.6.- Contestación de los acusados Francisco Carrillo García y Cristian Corro Veloz, por parte de su abogada defensora pública Lolita Montoya.

a) Critica el **primer cargo,** por cuanto, a su criterio, la sentencia del *ad-quem* se encuentra debidamente motivada, lo cual se verifica de la lectura de los considerandos octavo, noveno, décimo y décimo primero del fallo recurrido.

c)(sic) A lo anterior, agrega, que no existió el tipo penal de sedición ya que los peritos debidamente acreditados, manifiestan que no reconocen a ninguna persona, por ende, no existe certeza para declarar la materialidad de la infracción y mucho menos la responsabilidad.

d) Exalta, que el tipo penal denunciado se encuentra derogado, puesto que en el Código Orgánico Integral Penal, el ilícito de sedición contempla diferente bien jurídico, conducta y medios comisivos; por tanto, cabe la aplicación de la disposición transitoria primera prevista en el nuevo catálogo punitivo .

e) A través de esta lógica argumentativa, rechaza el **segundo cargo,** expresando que al no existir las pruebas que conduzcan a la demostración de la conducta incoada, el *ad-quem,* de manera correcta, aplicó el art. 4 del Código Penal, ya que al existir duda esta beneficia al reo.

f) De igual manera, discrepa, sobre la falsa interpretación del art. 76.5 de la Constitución de la República, por cuanto Fiscalía simplemente ha enunciado la norma constitucional, sin señalar cual es la violación que recae sobre ella.

En consecuencia, considera que, la censura propuesta por Fiscalía debe ser rechazada y confirmarse el fallo en todas sus partes.

El **recurrente doctor José García Falconi,** al ejercer su derecho a la réplica, manifestó

Que en sede de casación se realiza un confrontamiento entre la sentencia versus la ley, que Fiscalía en su exposición no se ha referido a la valoración probatoria, por cuanto en el fallo del ad-quem hay una contravención expresa del art. 76 .7 1) de la Constitución de la República.

Con respecto al principio de favorabilidad, para el caso in examine, no es procedente, por cuanto no existen dos leyes contradictorias ni que establezcan una pena menor, ratificándose en su pedido de que se case la sentencia y se enmiende los yerros de derecho recalcados.

Por su parte, **Armando Gáleas Atiencia,** al ejercer su derecho a la réplica, recalcó que el principio de favorabilidad desde el punto de vista doctrinario, abarca también a la descripción fáctica del hecho, por tanto la resolución arribada por parte del tribunal de segunda instancia, es ajustada a la realidad, puesto que la caravana realizada, fue sin armas ni tampoco tuvo como objetivo desestabilizar al régimen constituido. Bajo estas circunstancias, se ratifica en su solicitud de confirmar la sentencia recurrida.

Siguiendo esta temática, **Adrián Avilés Bucheli,** al ejercer su derecho a la réplica, reiteró.

Que no existe error de derecho en la sentencia recurrida, ya que acorde con lo prescrito en el art. 76.7 1) de la Constitución de la República, el fallo cuenta con el sustento fáctico, jurídico y probatorio suficiente a través del cual, no se comprobó el cometimiento de acto sedicioso alguno. Por tanto, reitera que se deseche el recurso planteado por indebida fundamentación.

A renglón seguido, **los señores Juan Rosero Conde, Segundo Peñafiel González, Jamilton Collaguazo López, Víctor Ácaro Pérez, Diego Guadalupe Borja, Luís Zapata Paguay, José Aúlla Yuquilema, José Guadalupe Chinlle , Alfonso Pilco Rea, César Chafla Tuquinga, Freddy Pilco Sandal, Juan Peñafiel Castro, Carlos Luzuriaga Martínez, Diego Salan Tite, Segundo Acán Charco, Alberto Moreta Bocancho, Cristian Peñafiel González y Edison Cabezas Velasco , por parte de su abogada defensora Magdalena Cardoso Ruíz,** al ejercer su derecho a la réplica, opinaron. Que no existe la debida fundamentación del recurso por parte de Fiscalía, puesto que, la sentencia de instancia se encuentra motivada, que se debe considerar el principio de favorabilidad, en atención con lo dispuesto en el art. 1 del texto constitucional. Reitera su *petitum* de que se declare improcedente el recurso planteado.

No obstante, **Wilmer Erazo Martínez**, al ejercer su derecho a la réplica, expresó: Que la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, se encuentra en debida forma motivada, que se debe tener en consideración la disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal, puesto que, el delito por el que se inició este proceso no existe en la actualidad. Recalca su pedido de que se deseche el recurso planteado.

Frente a tales eventos, los ciudadanos **Francisco Carrillo García y Cristian Corro Veloz,** no ejercieron su derecho a la réplica.

7.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

7.1. Con respecto al recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero "el error in iudicando" es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido [...]"[1].

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, con base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

En este escenario atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario , su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas : a) Contravención expresa de su texto , cuyo significado literal alude a *"obrar en contra de lo que está mandado"*, es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos : i) desconocimiento de la existencia de la norma; y, ii) falta de consideración en su ámbito material de validez: tiempo y espacio. Bajo estas circunstancias la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero "por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente, puede implicar dolo o inexcusable ignorancia"; b) Indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como *"error de subsunción";* y, c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas .

Bajo estos presupuestos, al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizado por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir, un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

7.2. De la fundamentación del recurso, y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

Ciertamente como lo tiene discernido este tribunal de Casación, cuando se acude a sede de casación, el recurrente está en la obligación de precisar el yerro cometido e indicar si tuvo lugar por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación y, por ende señalar las disposiciones legales transgredidas .

Sustrayéndose a este imperativo, el casacionista debe dotar su fundamentación jurídica, con argumentos plausibles, racionales y pertinentes, que *prima facie* tiendan a demostrar el error incurrido por el juzgador *ad-quem,* al momento de aplicar el

[1] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2º ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá. 1985, p. 14.

derecho al caso en concreto, razón que justifica la finalidad del instituto de la casación.

Bajo esta óptica, no resulta adecuado traer a discusión temas relativos a la apreciación probatoria, mismos que fueron actuados y resueltos por los juzgadores de instancia, por lo que el recurrente debe aceptarlos en la forma en que se consignaron.

Ahora bien, habida cuenta que el casacionista en su exposición precisó dos yerros intelectivos fundados en la violación directa de la ley por contravención expresa de los arts. 76. 7 l) de la Constitución de la República, 27, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304 A del Código de Procedimiento Penal; de igual manera acusa que el *ad-quem* ha recaído en el equívoco de errónea interpretación del art. 76.5 de la Constitución en concordancia con el art. 4 del Código Penal.

Por lo anterior, este Tribunal de Casación, como metodología para responder los reproches contenidos en la pretensión expuesta, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

7.2.1.- De la contravención expresa de los arts. 76.7 l)[2] de la Constitución de la República, 27[3], 130.4[4] del Código Orgánico de la Función Judicial y 304 A[5] del Código de Procedimiento Penal.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Para efectos de contrarrestar cualquier desatino referido por los sujetos procesales, y previo a dilucidar los cargos propuestos, resulta apto traer como matiz de discusión, si la conducta de sedición con la que fueron procesados los no recurrentes, se encuentra prevista en el nuevo catálogo punitivo.

Bajo esta hipótesis encontramos que, el advenimiento de un nuevo cuerpo normativo, muchas de las veces, genera desasosiegos en el ámbito temporal de aplicación de la ley, por cuanto el legislador al construir un nuevo catálogo de infracciones, descriminaliza conductas, aumenta o disminuye el *quantum* de las penas, tipifica nuevas infracciones, regula adjetivamente nuevos procedimientos, etc., lo cual *prima facie,* obliga al juzgador a realizar una interpretación dinámica y teleológica de la norma.

La anterior conjetura nos traslada a realizar la siguiente disquisición jurídica. La conducta por la cual fueron procesados los no recurrentes se encontraba descrita en el Código Penal derogado, en el libro segundo *"De los delitos en particular",* título XI de los "Delitos de función de servidoras y servidores policiales y militares", art. 602.4.2, contemplando en su estructura primigenia los presupuestos de la punibilidad de un delito.

Ahora, con la nueva esquematización de las leyes penales, esta conducta merecedora de reproche penal, ha sido positivizada por el legislador en el nuevo catálogo punitivo, específicamente en el art. 343.1[6], manteniendo los mismos elementos descriptivos de la conducta[7], esto es, *"incumplimiento*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[2] Constitución de la República de 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: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

[3] Código Orgánico de la Función Judicial, art. 27 Principio de la Verdad Procesal.- 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.

[4] Motivar debidamente sus resoluciones. 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...

[5] Código de Procedimiento Penal, art. 304 A.- Reglas Generales.- 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.

[6] Código Orgánico Integral Penal, art. 343 .- Insubordinación.- La o el servidor militar o policial que realice uno o más de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando: l . Rechace, impida, o se resista violentamente al cumplimiento de orden legítima del servicio [...]

[7] Cfr. Gerardo Barbosa y otros, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 2da edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 220, *"la expresión gramatical de la conducta se hace a través de verbos, que pueden referirse de manera simple al objeto (matar a otro), o de manera compleja, cuando un verbo, carece de sentido lógico suficiente para delimitar el comportamiento reprochable (inducir en error, acceder carnalmente, etc.)"*

de órdenes legítimas de servicio"; con la salvedad en cuanto a su ubicación sistemática y denominación. De esta manera se satisface el mandato de seguridad jurídica y la verificación prima facie del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale", y su incidencia en la parte general y especial de los códigos.

Una vez, constatada la conducta sujeta a juicio de reproche, corresponde dilucidar el cargo esgrimido, para lo cual, esta Sala de Casación estima necesario, demarcar el tópico de la motivación de las sentencias en materia penal.

Para tal efecto, siguiendo el baremo de la Constitución que acoge un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia[8], cuyos postulados se identifican con el respeto a la dignidad humana, libertad, igualdad, etc., es evidente que la garantía de "motivación", constituye un límite y/o contrapeso en el ámbito punitivo.

Esta afirmación deriva en que el texto constitucional a más de instaurar criterios orientadores de la tarea legislativa, dota al destinatario de la norma, de una herramienta de control en la aplicación del silogismo jurídico, que busca la efectiva defensa y el respeto debido a los derechos fundamentales.

Es claro, entonces, que "el derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad..."[9].

Sobre tales bases, la motivación viene a ser el medio más vigoroso de defensa, que tiene el ciudadano frente al monopolio estatal. Lo señalado lleva lato sensu a considerar que, la motivación opera en sintonía con los principios básicos del Estado y con la idea sustentadora de los derechos.

Esta sistematización en el plano práctico, facilita el estudio del fallo y permite que los jueces ciñan sus resoluciones a los mandatos constitucionales y aquilaten la justicia material.

Así planteado el asunto, esta Sala de Casación, considera que al ser el Derecho Penal, un instrumento de control social institucionalizado, cuyo basamento está regido por su carácter fragmentario y subsidiario, es imperativo categórico que los administradores de justicia, expresen de manera lógica, razonada y lingüística los fundamentos con los cuales sustentan, la ratio decidendi de una decisión final.

Bajo este espectro, la motivación de una sentencia en materia penal, ha de observar en su estructura, básicamente cuatro aspectos a resaltar: (i) sustrato fáctico del hecho de donde se desprende la acción penalmente relevante; (ii) adecuación de los hechos a la descripción del tipo penal con el detalle dogmático de sus elementos constitutivos; (iii) engarce de los componentes estructurales de la infracción con el sustrato probatorio aportado y; (iv) consecuencias punibles y civiles.

Cada uno de estos elementos no se agota en una simple operación lógica de concatenación de silogismos, sino que va más allá, ya que el juez sin despojarse de su condición de ser humano perfectible, debe enrumbar la aplicación del derecho a la *"justicia material",* observando los principios constitucionales que dimanan del modelo de Estado, la congruencia entre lo aducido por los sujetos procesales y lo apreciado y resuelto por el juzgador, para así obtener, una conclusión inteligible y que sea acorde a la verdad procesal.

CASO EN CONCRETO

De la revisión del fallo del *ad-quem*, se puede apreciar que si bien no se instituye como un prototipo dogmático de fundamentación vasta, aquello *prima facie,* no constituye un óbice, por cuanto aborda aspectos concernientes al delito incoado, el material probatorio actuado por los sujetos de la relación procesal y las argumentaciones de ausencia de responsabilidad de los procesados.

De tal manera, resulta evidente que el juzgador de segunda instancia, al momento de diseñar el fallo, abordó los aspectos fáctico, jurídico y probatorio, requeridos para arribar a una conclusión, que en el caso propuesto, fue la ratificación del estado de inocencia de los acusados.

---

[8] Constitución de la República, art. .- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...]

[9] Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 de 200 1. También, Sents. T-175 de 1 997, T- ;..., 1 23 del 998 y T-267 de 2000.

De la lectura integral de la sentencia del *ad-quem,* se puede colegir que la misma, luego de hacer referencia en los acápites quinto, sexto, séptimo y octavo, a cuestiones inherentes a la admisibilidad del recurso de apelación, argumentos de los recurrentes, resumen de la teoría del caso propuesta, elementos de prueba aportados, conceptualiza acertadamente la fisonomía del delito incoado -sedición-; para tal efecto, se vale de fuentes doctrinarias y legales que permiten una adecuada interpretación del tipo penal.

De igual manera, centra su disquisición en el bien jurídico que protege este tipo de infracciones, poniendo énfasis en comprobar si el injusto penal efectivamente lesiona el interés tutelado, para posteriormente, fincar su tarea intelectiva en el plexo de testimonios aportados, mismos que en base a la sana crítica y valoración en conjunto de la prueba documental y material, arriban a la conclusión lógica y atinada de ratificar el estado de inocencia de los acusados.

Este ejercicio intelectivo pone de manifiesto que el *ad-quem,* identificó perfectamente la relación fáctica del hecho propuesto por fiscalía, esto es que, "...el 30 de diciembre del 2010, en horas de la mañana, los acusados, miembros de la policía, dejaron de laborar en sus puestos asignados (...) y se trasladaron al Comando , en protestas por las reformas a la Ley Orgánica de Servicio Público y en caravana salieron con los vehículos de la institución al centro de la ciudad, se detuvieron en la Gobernación, protestaron y volvieron al Comando...", para posteriormente, subsumir esta acción sujeta a reproche en la descripción típica prevista en el art. 602. 4. 2 del Código Penal[10], misma que contempla un diseño dogmático propio, que permite identificar a un sujeto activo calificado, un sujeto pasivo, un objeto material y jurídico, una conducta y demás elementos normativos del tipo, los cuales deben ser congruentes con el tipo subjetivo -dolo-, para así satisfacer el eslabón de tipicidad de la infracción denunciada.

Más allá de estas consideraciones genéricas, el *ad-quem* al momento de engarzar los elementos constitutivos de la infracción, con el caudal probatorio aportado por los sujetos de la relación procesal, llega a determinar que el juicio de tipicidad, no alcanza el estándar de certeza para declarar la culpabilidad, que demanda el art. 304 A del Código Adjetivo Penal; dicha apreciación intelectiva, la sustenta en el análisis individualizado que realiza de cada uno de los procesados, conforme consta en el considerando décimo primero, confrontando la prueba aportado tanto por fiscalía como por la defensa.

En ella, se esgrime entre los principales argumentos de sustentación de la *ratio decidendi,* los siguientes: "[...] 1.- JUAN CARLOS ROSERO CONDE, es un miembro policial (...) los peritos no logran determinar la voz ni la identificación de personas constantes en los videos (...) consecuentemente no identifican a Juan Carlos Rosero como el personaje constante en el material sujeto a estudio. 2.- SEGUNDO VÍCTOR PEÑAFIEL GONZALEZ (...) ningún testigo ha identificado a este acusado que haya incumplido los deberes de su servicio (...) no es posible sostener una acusación porque ha sido sancionado disciplinariamente. 3.- VICTOR MIGUEL ÁCARO PÉREZ, (...) la prueba testimonial aportada por fiscalía no identifica al acusado como el policía que incumplió sus funciones de servicio como conductor (Z-2 Cañaribamba), de la pericia de videos los peritos tampoco describen sobre características del vehículo que estaba bajo responsabilidad de Víctor Ácaro. 4. - DIEGO ARMANDO GUADALUPE BORJA, (...) la prueba documental como testimonial es insuficiente para considerar que los presupuestos del delito acusado se hayan cumplido. 5.- EDISON FABRICIO CABEZAS VELASCO, según los documentos presentados por fiscalía se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones (...) con dicha disposición de asistir al curso de Derechos Humanos y que lo estuvo haciendo, por lógica sí

[10] Código Penal, art. 602.4 Sedición.- Serán sancionados con prisión de uno a tres años, las servidoras o servidores militares o policiales que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más, realizaren cualquiera de los siguientes actos:
1. Desobedecieren órdenes legítimas recibidas;
2. Incumplieren los deberes del servicio;
3. Amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior;
4. Pretendieren impedir la posesión de cargo de un superior o lo destituyeren de su función; o,
5. Actuaren violentamente para realizar reclamaciones o peticiones al superior [...]

estuvo en el Comando de Policía no podía estar cumpliendo sus funciones en la Gobernación del Azuay (...) 6.- CRISTIAN BYRON PEÑAFIEL VALDIVIEZO, según el oficio No. 2011 / 3203 /P/ CP6, se conoce que se encontraba de servicio en la Zona 1, como GOM- 11, en la moto G-11 (...) de esta última prueba se demuestra que el acusado cumplía sus funciones en la zona céntrica de la ciudad (...) lugar por donde recorrió la caravana, lo que indica que estuvo en su lugar de servicio. 7.- FREDDY FERNANDO PILCO SANDAL, (...) se encontraba de servicio en el UPC-50, lugar que dista con los lugares céntricos de la ciudad de Cuenca donde se produjeron las protestas y marcha policial (...) no se ha demostrado que el acusado el día de los hechos incumpliera su servicio (...) 8.- JUAN CARLOS PEÑAFIEL CASTRO (...) que los elementos probatorios tanto documentales como testimoniales aportados por Fiscalía, en nada contribuyen a fin de establecer la existencia de la infracción cuanto la responsabilidad del acusado. 9.- JAMILTON ENRIQUE COLLAGUAZO LÓPEZ, (...) los elementos probatorios documentales y testimoniales, propuestos por fiscalía, en nada presuponen elementos que configuren el delito de sedición. 10.- LUIS ARMANDO ZAPATA PAGUAY, (...) se ha establecido que el acusado se encontraba de servicio en el UPC-40. La prueba aportada por fiscalía resulta ser insuficiente e impertinente para establecer la comisión del delito de sedición. 11.- ARMANDO LEÓN GALEAS ATIENCIA, (...) de la certificación nótese que incluso no ha estado registrado en la Zona-2, donde supuestamente es donde debía cumplir su labor, ningún testigo ha identificado cual fue su participación (...) si no tiene un lugar registrado mal podría inculpársele que no cumple sus funciones. 12 .- CRISTIAN MARCELO CORRO VELOZ, (...) ningún testigo lo ha identificado como uno de los autores del delito de sedición. 13 .- JOSÉ ARTURO AULLA YUQUILEMA, (...) la prueba aportada por Fiscalía es insuficiente para alcanzar con certeza el cumplimiento de los elementos que configuran el delito acusado. 14.- JOSÉ LUÍS GUADALUPE CHINLLE, (...) se conoce que se encontraba de servicio en el Grupo Impacto en el Comando de Policía, sector distinto a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. Estos elementos probatorios, los documentales así como los testimoniales, en nada aportan a fin de convencer a los jueces de la certeza de la actividad en un hecho que se crea imputable. 15.- DIEGO DAVID SALAN TITE, (...) no se ha logrado identificar como autor. 16.- SEGUNDO RODOLFO ACAN CHARCO, (...) con los elementos probatorios documentales y testimoniales no existe suficiente certeza que se haya configurado los presupuestos del tipo penal, peor aún su responsabilidad. 17.- ALFONSO OSWALDO PILCO REA, (...) con el certificado de la Policía Nacional (...) se informa que se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones en el UPC-38. Lo aportado por Fiscalía sea como prueba documental y testimonial, no representa en esencia elementos suficiente que lleguen a determinar que se ha configurado los elementos necesarios para el cometimiento del ilícito acusado. 18.- CESAR GUSTAVO CHAFLA TUQUINGA, (...) en cuanto a la responsabilidad con la prueba documental y testimonial no es suficiente para determinar la culpabilidad. 19.- ADRIÁN CRISTOBAL AVILÉS BUCHELI, (...) se encontraba de servicio en el Departamento de Violencia Intrafamiliar (...) Con prueba testimonial y copias de partes policiales, actas de citación, demuestra que si ha estado laborando y que a las 11h00, acudió al Comando a la reunión convocado por Alulema, de regreso concluyó sus actividades normales, presentó a Fanny Jara Peralta quien como usuaria del Departamento de Violencia Intrafamiliar en horas de la mañana solicitó ayuda para citar a un supuesto agresor (...) estos testimonios sumandos a la prueba documental que presenta la defensa (...) demuestran que el acusado estuvo cumpliendo sus funciones a él asignadas. 20.- RAUL ORLANDO CENTENO ARÉVALO, (...) se encontraba en servicio de tránsito como conductor (Tango 8) en el vehículo AWA-218, en el sector de la Avenida Solano y 12 de abril, sectores distintos a la zona en donde se produjo la marcha y protesta policial. 21.- WILMER JAVIER ERAZO MARTÍNEZ, (...) de la prueba documental y testimonial no existen elementos suficientes que lleven a la certeza de la comisión del delito acusado y nadie identifica a persona alguna que haya estado realizando actos sediciosos. 22.- CARLOS VINICIO LUZURIAGA MARTÍNEZ, (...) se encontraba en servicio activo y en cumplimiento de sus funciones (…) Fiscalía no ha logrado demostrar que aquellos presupuestos que configuran el delito de sedición se cumplan. 23.- ALBERTO GEOVANNY MORETA BOCANCHO, (...) se conoce se encontraba en servicio en el Grupo Impacto, (...) ningún testigo ha identificado a Moreta Bocancho

como aquella persona que ha dejado sin servicio. 24.- FRANCISCO PAÚL CARRILLO GARCÍA, (...) a la fecha de los hechos 30 de septiembre del 2010 se encontraba desempeñando como policía nacional en servicio activo (...) con los elementos probatorios documentales y testimoniales no se ha logrado demostrar que haya incumplido su deber de servicio. 25.- EDWIN HERIBERTO FREIRE REYES, Fiscalía no dispone de elementos de prueba para establecer su responsabilidad y continuar acusándole por lo cual no se ha podido llegar a demostrar la responsabilidad, no se prueba que se haya cumplido con los presupuestos del incumplimiento a los deberes de servicio, elementos necesarios para la configuración del tipo penal de sedición[11].[sic].

En efecto, de las explicaciones transcritas ut supra, se aprecia que los hechos, tienen como pedestal el fruto razonado de las pruebas, respetando los principios de la recta razón, los elementos incontrastables de la ciencia y las máximas de la experiencia. Para lograr tal cometido, se requiere de la concurrencia de dos operaciones intelectuales: "la descripción del elemento probatorio (v. gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya"[12]

Justamente, la decisión adoptada por el ad-quem responde al objeto medular de los cuestionamientos, por cuanto el caudal probatorio recogido en el proceso, se delimita nítidamente con la valoración efectuada por el juzgador, quien centra su trabajo intelectivo, en contrastar las premisas de sustentación aportadas por las partes, para posteriormente arribar *al iter* lógico de la sentencia.

La Sala de Casación, observa que la crítica afilada por el recurrente, se alza a denunciar que el juzgador *ad-quem*, eludió realizar un razonamiento inteligible, que denote un ejercicio cognoscitivo propio de una sentencia de esa instancia; pasando por alto, que el fallo acusado, precisamente consulta el material fáctico, jurídico y probatorio sometido a contradicción, inmediación y oralidad, llegando a una conclusión que se soporta en el axioma "nulla acusatio sine probatione".

De esta manera, la pretensión básica propuesta por el recurrente debe ser desestimada, en atención a que el fallo impugnado, contempla los presupuestos mínimos inherentes a la relación fáctica, subsunción del tipo penal, análisis y engarce probatorio con los elementos estructurales de la infracción, individualización de la participación de los acusados , motivos por los que no se comparte las alegaciones de las partes , mismos que soportan la decisión adoptada.

El reproche realizado en estas condiciones, no prospera.

7.2.2.- De la errónea interpretación de los arts. 76.5[13] de la Constitución de la República y 4[14] del Código Penal

Es obligación de este Tribunal, dar respuesta a cada uno de las pretensiones que emergen de la inconformidad del recurrente con el fallo del ad-quem. Con tal propósito, resulta apropiado señalar que cuando en sede de casación se arguye a la errónea interpretación de una norma, el casacionista debe demostrar que "el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido"[15].

Previo a abordar la censura planteada, este Tribunal de Casación, reitera que el aforismo "*in dubio pro reo"*, se compone de dos sustantivos: *duda y reo,* acepciones que lato sensu, hacen referencia " a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso

[11] Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, fs. 71 a 77.
[12] José Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, 4ta edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001,p.49.
[13] Constitución de la República de 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: (...) 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 [...].
[14] Código Penal, art 4.-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.
[15] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal: Evolución y Garantismo, Edit. Temis, Bogotá, 2008, p.

y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente"[16]

Desde este punto de vista, la duda que se presente ante el juzgador, no puede ser tangencial ni subjetiva, sino apoyada en criterios objetivos que dimanen de lo que la prueba muestre, para así evitar el fomento de la impunidad.

Sobre los anteriores supuestos, debe este Tribunal de Casación, entrar a delimitar el campo de aplicación del principio *"in dubio pro reo",* distinguiendo dos momentos valorativos en los cuales opera: (i) conflicto de interpretación de dos leyes sobre la misma materia, y; (ii) valoración y apreciación de la prueba.

En cuanto al primer punto, su sustento legal se encuentra en las disposiciones contenidas en el art. 78.5 de la Constitución de la República en concordancia con el art. 4 del Código Penal; mientras que la cuestión, atinente al segundo punto, halla asidero legal en la norma prevista en el art. 304-A del Código de Procedimiento Penal.

Bajo estas circunstancias, el fallo que se ataca por parte de Fiscalía, centra su refutación en el ámbito de aplicación de este principio, ya que a criterio del libelista, se interpretó erróneamente el aforismo latino contenido en las normas legales señaladas.

Para el caso in examine, de la revisión de la sentencia del *ad-quem,* específicamente del acápite décimo segundo, se advierte que el tribunal de segunda instancia, empleó el principio in dubio pro reo, delimitado a la valoración probatoria, poniendo de manifiesto que "[...] la valoración de la prueba con apego a las reglas de la sana critica como lo determina el artículo 86 *ibídem,* lleva a la conclusión que no se ha demostrado con absoluta certeza la existencia del delito y menos la responsabilidad de los acusados..."[17]

De esta manera, queda claro para este tribunal pluripersonal, que la duda, operó de la prueba aportada, la cual fue sometida a la dialéctica del debate, a través del método de la sana critica, por cuanto "no puede darse aplicación al instituto in comenti, sin que primero se haya valorado cada prueba y luego todas en conjunto. Restarle credibilidad a un medio de prueba no equivale a plantear la duda racional e ineliminable, sino que es el trabajo de apreciación probatoria"[18]

En suma, el contenido resolutivo del fallo contempla en su estructura primigenia, la observancia de normas rectoras, que tienen efectos vinculantes, no solo para el juez sino para el intérprete, *ex-pressis verbis*, determinadas en la normativa nacional e internacional. Sobre tal base, resulta factible predicar, que el juzgador interpretó adecuadamente el principio *ut supra,* bajo el segundo momento de aplicación-valoración probatoria, acorde a su equilibrio racional, reglas experienciales y la razón; por cuanto, la postura acusatoria no tiene entidad suficiente para alcanzar la certeza sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados y, por ende enervar la presunción de inocencia que les ampara.

En aplicación de estos derroteros, el reproche realizado dista de la realidad procesal; por cuanto, el descontento con los argumentos suministrados por el juzgador, porque se considera que deben ser presentados de otra manera, no se encaminan a demostrar el yerro pregonado.

Por consiguiente, el error de derecho aludido no progresa.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Casación, 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, 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, al no encontrar error de derecho alguno que justifique la casación, por unanimidad:

RESUELVE

1).- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Fiscalía General del Estado, debido a la falta de fundamentación, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.

---

[16] Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de diciembre de 1997, Rad.11061.M.P. Carlos E. Mejía.

[17] Cuaderno de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, fs. 77.

[18] Orlando Alfonso Rodríguez, La presunción de inocencia, 2da edición, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá.

2) Como consecuencia, **confirmar** en todas sus partes la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de fecha 14 de agosto de 2014, mediante la cual, se revoca la sentencia condenatoria emitida por el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en donde se declaró la culpabilidad de los recurrentes, por el cometimiento del ilícito de sedición, tipificado y sancionado en el art. 602.4.2 del Código Penal, vigente a la fecha.

3) Notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. Actúe la doctora Ximena Quijano Salazar, en calidad de Secretaria Relatora.

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dr. Roberto Guzmán Castañeda, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Resolución nro. 150-2015
Juicio nro. 1209-2014

Visto bueno propuesto por Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta, contra de la empresa Comidas y Servicios S.A. COMISERSA

SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral propuesto por ROSA ERLINDA YANCHAPANTA YANCHAPANTA, en contra de la EMPRESA COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA, la actora argumenta en su demanda que su empleador presentó una solicitud de visto bueno ante el Ministerio del Trabajo, y que dicha resolución el inspector del trabajo le solicita que abandone el trabajo, argumenta que a su salida no se le canceló la última remuneración, así como tampoco las horas extras ni suplementarias y el 10% de servicio, como tampoco los beneficios que tiene derecho, el Juez de primera instancia acepta parcialmente la demanda y dispone que la entidad demandada paguen a la actora los siguientes rubros: a)indemnización por despido intempestivo; b) el pago de diferencia de horas extras pagadas a la actora; c) Pago de ropa de trabajo a excepción de tres años en los que la actora admite en su confesión judicial que los ha recibido por parte de su empleador, conforme lo analizado en el considerando quinto y séptimo, rechazándose lo demás por lo analizado en el considerando sexto. Con costas a cargo de los demandados. Se fija en cuatrocientos dólares americanos los honorarios del defensor de la actora y se le impone la multa a la actora de cinco remuneraciones mínimas unificadas (340,00 USD x 5= 1700,00), por haber reclamado rubros que oportunamente habían sido cancelados a la actora conforme constan de la documentación presentada.- La parte actora y demandada, inconforme con dicha resolución presentan recurso de apelación, el mismo que resuelve aceptar parcialmente el recurso de apelación de la parte actora y rechazar el recurso de la parte demandada y en consecuencia reformar la sentencia subida en grado jurisdiccional. Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto acepta parcialmente las pretensiones de la demanda, condena a la parte demandada al pago de costas y los honorarios del defensor de la parte actora. Disponer que la parte demandada paguen a la actora el valor de OCHO MIL CIENTO SESENTA Y UN 61/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD $ 8.161,61), más los intereses en los rubros que se dejan señalados, que los calculará directamente el juez de primera instancia. Inconformes con esta resolución el actor y la entidad demandada interponen recurso de casación, los Jueces del Tribunal de Casación, luego de un análisis casa parcialmente la sentencia dejando sin efecto la multa impuesta a la actora y se ratifica en lo demás la sentencia.

PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO CON SEDE EN EL CANTÓN AMBATO. Ambato, jueves 17 de abril de 2014, las 11h52.

VISTOS: Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta comparece a fojas tres del proceso proponiendo demanda laboral en contra de Comidas y Servicios S.A. COMISERSA representada legalmente por su gerente Obiol Pinto André Pierre y su vicepresidente Pinto Moreno Paúl Andrés y a ellos además por sus propios derechos, pues dice: Que su empleadora por intermedio de su representante legal con fecha once de diciembre del dos mil trece han presentado ante el Ministerio de Relaciones Laborales una solicitud de visto bueno fundamentado

en la causal dos del artículo 172 del Código de Trabajo aduciendo que ha incurrido en las prohibiciones determinadas en los literales v, y w del artículo 34 incluido en el capítulo V del Reglamento Interno de Trabajo aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales el once de noviembre del 2013, mediante resolución de aprobación nro. MRL-DRTSP3-2013-0405-R2-JS, que el considerando 3 de la Resolución dispone que todo lo que contravenga a la Constitución de la República a los tratados internacionales en materia laboral y al Código de Trabajo, se entenderá nulos. Que el mencionado reglamento interno de trabajo violando lo dispuesto en el numeral 13 del art. 66 de la Constitución en forma ilegal dispone "realizar por sí mismo a través del cónyuge o terceras personas en beneficio propio o de terceros, actividad mercantil relacionada con las líneas de negocio del empleador que implique directa o indirectamente competir con el empleador o genere conflicto de intereses no declarados con anterioridad al hecho, que esta prohibición además involucra por sus propios derechos, como socio, accionista, partícipe, directivo, gestor, integrante, etc., y por medio de terceros. Que la petición del visto bueno fue presentada aduciendo que la sociedad de hecho TGCCTHE GLOBAL CATERING GROUP que se dedica a la misma actividad que su empleadora. Que el visto bueno ha sido concedido por el Abg. Daniel Hidalgo Inspector de Trabajo que anteriormente ha trabajado para los abogados Juan Sebastián Callejas y Esteban Herdoiza, de ahí que al momento de resolver concedió la solicitud de visto bueno, aduciendo que es socia de la sociedad de hecho que fue conocida por la parte accionante con fecha 25 de noviembre del 2013, que al momento de resolver el visto bueno no se tomó en cuenta que el Reglamento Interno fue aprobado el 11 de noviembre del 2013, que la sociedad de hecho se encuentra amparada en lo que dispone el artículo 75 de la LOEPS, que su participación como socia fue de pleno conocimiento de su empleador a sabiendas que la sociedad de hecho iba a participar en un concurso de arrendamiento del Hotel Ambato, además que la constitución de la sociedad de echo ha sido publicada en el diario La Hora el miércoles 13 de febrero del 2013 por tanto, conocía perfectamente de su existencia y no como quiere hacer aparecer que recién en noviembre 25 del 2013 ha conocido, que el artículo 172 número 2 del Código de Trabajo indican como causa de visto bueno "por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados", que el empleador nunca puso en conocimiento de los trabajadores el reglamento interno que dice haberse desobedecido gravemente, que no se ha cumplido con lo que dispone el artículo 64 del CT que claramente expresa que una copia del reglamento debe darse a conocer a la organización de trabajadores y fijarse permanentemente en lugares visibles del trabajo, lo que no se ha cumplido, que el art. 46 del CT en ninguna de sus prohibiciones expresa que no se pueda constituir una empresa o ser parte de ella, lo único que existe es la contenida en el literal g) que dice: hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa, en este caso la empleadora no elabora o fabrica artículos en forma masiva, sino que se dedica a la prestación de servicios, actividad diferente a la determinada en la norma, por lo que no es factible su aplicación al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Trabajo. Que el artículo 635 del CT señala que las acciones prescriben en tres años contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo contemplados en el Código. Que el literal b) del art. 636 CT dispone "Prescripciones especiales prescriben en un mes las acciones... b) La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato con el trabajador, mientras que la resolución de la Corte Suprema de Justicia indica que la prescripción se contará desde la fecha en que el empleador tuvo conocimiento del hecho, en cuyo caso corresponde al empleador la prueba de que se enteró con posterioridad a la fecha que ocurrieron. Que en el caso ha prescrito el derecho del empleador de ejercer la acción de visto bueno, por la que impugna el visto bueno. Que su relación laboral ha empezado desde el uno de diciembre del dos mil tres, hasta el quince de enero del 2014 fecha en que su empleador le ha pedido que abandone el trabajo por la resolución el inspector de trabajo, que a su salida no se le canceló la última remuneración así como tampoco las horas extras ni suplementarias y el diez por ciento de servicio así como tampoco los beneficios a los que tiene derecho. Que su remuneración durante la relación laboral fue el sueldo básico además valores por horas extras y suplementarias y el diez por ciento de propina que no se le ha pagado en la forma que determina la ley. Que ha laborado en fiestas cívicas y feriados nacionales, puentes vacacionales, que no se le ha entregado

ropa de trabajo año a año sino ocasionalmente, pero que ha firmado recibos sin que los entregue. Que con los antecedentes expuestos, previamente impugnando el visto bueno concedido por el Inspector de Trabajo de Ambato, demanda el pago de los siguientes rubros: la indemnización por despido intempestivo; la bonificación por desahucio; la remuneración pendiente de catorce días del mes de enero del 2014 con el triple de recargo; la décimo tercera y cuarta remuneración del último período laborado; las vacaciones del último periodo laborado; las horas extraordinarias y suplementarias por toda la relación laboral; los fondos de reserva; la ropa de trabajo; el diez por ciento adicional al consumo por concepto de propinas; los intereses; las costas y honorarios de la defensa. Admitida a trámite la demanda y citados legalmente los demandados, en la respectiva audiencia preliminar, contestando la demanda a través de su Procurador Judicial dicen: Que lo señalado por la actora en su demanda es falso, que la resolución de visto bueno fue concedida en base a la normativa legal y a las pruebas aportadas, por lo que resulta improcedente la impugnación y peor la alegación de prescripción, por lo que jamás se le ha despedido intempestivamente; por todo lo cual presenta las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; falta de derecho de la actora; que la remuneración de catorce días de enero del 2014 ya fueron consignados a su favor en la inspectoría de trabajo antes que se trabe la litis; solución o pago efectivo; falta de competencia para conocer el reclamo de fondos de reserva; por todo lo cual solicita se rechace la demanda con la condena en costas. Así trabada la litis, sin que haya sido posible conciliación alguna, se ha llevado a cabo la audiencia definitiva, por lo que siendo el momento de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** En la tramitación de la causa se han cumplido las normas del debido proceso, las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y las formalidades legales inherentes al procedimiento oral establecido en el artículo 575 del Código de Trabajo, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO**.- La relación laboral entre las partes no es materia de discusión pues ha sido admitida por los demandados en la respectiva audiencia preliminar y se ratifica con la exhibición de roles de pago e informe pericial, así como el trámite de desahucio que en copias ha sido agregado al proceso. **TERCERO.-** Respecto del tiempo de servicios punto que tampoco ha sido contradicho, se tendrá conforme consta del historial laboral remitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde diciembre del dos mil tres, hasta el catorce de enero del dos mil catorce. Y como remuneración percibida se tendrá la que consta de los roles de pago agregados a los autos e informe pericial agregado. **CUARTO.-** Punto central de este litigio es la impugnación a la resolución del visto bueno concedido por el Inspector de Trabajo de Tungurahua, a favor de la empresa demandada, quien basado en el numeral 2 del artículo 172 del Código de Trabajo ha presentado ante la inspectoría para dar por terminado el contrato de trabajo con la demandante, el que luego del trámite regular ha llegado a dictar resolución favorable y por tanto autoriza dar por terminadas las relaciones laborales, resolución que por los argumentos constantes de su libelo de demanda, considera errada. Conforme lo prescribe el artículo 183 inciso segundo del Código de Trabajo: *"La resolución del Inspector de Trabajo no obsta al derecho de acudir ante el Juez de Trabajo, pues sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con la pruebas rendidas en el juicio",* lo que significa que tal resolución puede ser invalidada, garantizando a las partes, contra la terminación arbitraria del contrato de trabajo y para ello exige que los motivos aducidos para tal terminación calificados por el Inspector de Trabajo, después pueden discutirse ante el Juez de Trabajo, es por eso que, el visto bueno se lo califica como un mero informe, susceptible de ser nuevamente analizado en la vía judicial. Por lo que, la facultad del trabajador de acudir ante el juez después de dictada la resolución es mediante una acción laboral distinta de la administrativa, en la que fundamentalmente se debe probar las alegaciones en que funda su acción, conforme la norma transcrita del artículo 183 e incluso conforme lo dispuesto en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil. La facultad de dar por terminadas las relaciones laborales por parte del empleador está consagrada en el Código de Trabajo artículo 172 que señala entre otras el numeral 2: *"Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;"* de las copias certificadas agregadas a fojas 283 a 303, las que además no han sido impugnadas ni dentro ni fuera del término legal, se desprende que efectivamente existe el Reglamento Interno de Trabajo de COMISERSA, aprobado con fecha once de noviembre del dos mil trece, que ha sido debidamente expuesto en el cuarto de registro de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

asistencia y de novedades que existe en el Hotel Ambato, conforme consta del acta de inspección judicial que consta a fojas 574 del que se desprende que efectivamente la copia de tal reglamento ha sido expuesto para conocimiento de los trabajadores que ingresan a registrar su ingreso y salida con lo que se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 64 del Código de Trabajo, reglamento que en su capítulo V sobre las prohibiciones a los empleados, en el artículo 34 se establece: *"Además de las prohibiciones constantes en el Código del Trabajo especialmente en el artículo 46, al EMPLEADO le estará especialmente prohibido, lo siguiente, siendo su incumplimiento causal para la terminación directa del contrato previo Visto Bueno: Realizar por sí mismo o a través del cónyuge o terceras personas, en beneficio propio o de terceros, actividad mercantil relacionada con las líneas de negocio de EL EMPLEADOR que implique, directa o indirectamente, competir con EL EMPLEADOR o genere conflicto de intereses, no declarados con anterioridad al hecho. Está prohibido además involucrarse por sus propios derechos, como socio, accionista, participe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario, en general, está prohibida cualquier forma de participación en actividades que representen intereses contrapuestos con COMISERSA, o que sean competencia de esta última en sus actividades comerciales y objeto social... Trabajar en relación de dependencia, ser socio, accionista o formar parte integrante por sus propios derechos en otras actividades que impliquen competencia o conflicto de intereses con EL EMPLEADOR. Queda prohibido el uso de información, documentos, materiales, equipos, medios magnéticos, electrónicos, ópticos, etc., que sean propiedad de EL EMPLEADOR. Para probar una actividad comercial bastará que se tenga abierto un RUC activo ya sea a nombre personal o de un ente jurídico del cual sea parte como integrante, socia, accionista, partícipe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario de esta entidad."* De la copia certificada de la constitución de la sociedad de hecho presentada dentro de la diligencia de exhibición (fs. 304), así como de la propia confesión judicial rendida por la actora, se justifica la existencia de la sociedad de hecho TGCC THE GLOBAL CATERING GROUP" con domicilio en la ciudad de Ambato con un plazo de duración de veinte años, plazo que podrá prorrogarse, restringirse o incluso disolverse anticipadamente, y cuyo objeto social será "La administración de Hoteles, Cafetería, Restaurantes y todos los negocios a fines, así como las relacionadas a la compra-venta, comercialización, distribución, importación, exportación de productos comestibles preparados y no preparados, productos de supermercados, hoteleros y de restaurante...", por manera que, con este detalle estaría justificada la desobediencia de la actora al Reglamento Interno legalmente aprobado y que ha servido de causal para el trámite de visto bueno; sin embargo, al haber opuesto la accionante este proceso y demandada en el proceso de visto bueno, la excepción perentoria de prescripción de la acción, es necesario analizarla, en primer lugar pues de su aceptación dependerá en mucho el progreso de los rubros reclamados. Teniendo en cuenta que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y concurriendo los requisitos legales, como así lo dispone el artículo 2392 del Código Civil. Según lo prescribe el artículo 636 del Código de Trabajo, sobre las prescripciones especiales dice que prescriben en un mes "*b) La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato con el trabajador"*, esta garantía laboral a favor del trabajador, pese a que el citado artículo no contempla el momento o punto de partida para computar este plazo, la Resolución Obligatoria dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia publicada en el registro oficial 365 de 21 de julio de 1998 aún vigente, resuelve que el cómputo para que opere la prescripción liberatoria de la acción de visto bueno a que tiene derecho el empleador, debe hacerse por regla general a partir de que ocurrieron los hechos determinantes de la petición de visto bueno, a excepción de la excepción de los casos señalados en el número 3 del art. 172 del Código de Trabajo, que dispone que este tiempo deberá ser computado desde la fecha que tuvo conocimiento el empleador, correspondiéndole a éste la prueba de que se enteró con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos. Del proceso aparece que la constitución de la sociedad de hecho de la que la trabajadora es socia, es de fecha 25 de enero del 2013, mientras que la aprobación del Reglamento Interno de Trabajo tiene fecha 11 de noviembre del 2013, por tanto, posterior a la fecha de constitución de la sociedad, es decir, a la fecha en que se constituyó la sociedad de hecho, este acto no estaba contemplado como prohibición y causal de visto bueno en el Reglamento Interno aprobado en noviembre del 2013, posterior en mucho tiempo a la constitución de la sociedad de hecho, por lo que

no cabía retrotraer el tiempo de constitución para la sanción concedida, sin que por otro lado se haya demostrado que con anterioridad a la fecha de constitución le haya estado prohibido a la trabajadora constituir una sociedad de hecho en un reglamento anterior que dice el empleador ha existido, pero no ha sido probado; aún más, hay que considerar la alegación de la trabajadora en su demanda cuando señala que el artículo 76 número tres de la Constitución de la República establece la garantía 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"*, por manera que, esa restricción para la trabajadores (sic), fue introducida con posterioridad en el reglamento interno, incluso aprobado con posterioridad al hecho que se considera como prohibición susceptible de visto bueno, por todo lo cual, ha lugar la impugnación de la resolución que concede de visto bueno y por consecuencia de ello, las indemnizaciones por despido intempestivo y la bonificación por desahucio fundamento de la litis. **QUINTO.-** Establecida la relación laboral, el tiempo de servicios y la remuneración percibida, correspondía al empleador justificar que ha cumplido con la obligación que le impone el primer numeral del artículo 42 del Código de Trabajo. Respecto de los rubros reclamados, con la presentación de roles de pago y posterior informe pericial se ha justificado el pago oportuno de algunos rubros, sin embargo, por no existir prueba y sobre todo por lo señalado en el informe pericial, es procedente el pago de lo siguiente: A) El pago de la indemnización por despido intempestivo junto con la bonificación por desahucio, conforme al análisis del considerando precedente toda vez que ha sido aceptada la impugnación a la resolución de visto bueno. B) El pago de la diferencia de horas extras pagadas a la actora a las que tiene derecho considerando que el demandado Pinto Moreno Paúl en su confesión judicial al responder la pregunta seis y siete del interrogatorio para él formulado señala que la actora laboraba seis días a la semana en horario regular de ocho horas diarias, por tanto ese día debió ser pagado con el recargo del cien por ciento que señala el artículo 55 del Código de Trabajo, descontando los valores que por este concepto constan pagados en los roles de pago e identificados en el informe pericial. C) El pago de ropa de trabajo a excepción de tres años en los que la actora admite, en su confesión judicial, los ha recibido de parte de su empleador y conforme incluso se ha justificado con la entrega de uniformes del año 2013, según documento de fojas 259, estimándose su valor en veinte dólares por cada año; y, según lo dispone el artículo 42 numeral 29 del Código de Trabajo, la resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia y posterior jurisprudencia al respecto. **SEXTO.-** Por el contrario no es procedente el pago de lo siguiente: A) El pago de la remuneración de catorce días del mes de enero del dos mil catorce, puesto que la liquidación a favor de la actora ha sido consignada dentro del trámite de visto bueno a la actora. Así como tampoco procede, con este mismo argumento, el pago de las vacaciones, remuneraciones adicionales décimo tercera y décimo cuarta del último período laborado por la actora pues conforme la documentación agregada al proceso y que no fue impugnada por la actora y posterior informe pericial, refleja el cumplimiento de estos rubros en los años anteriores al último período laborado. B) El pago de fondos de reserva, por no ser de competencia de este juzgado toda vez que se ha justificado que la actora se encontraba afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por tanto cualquier reclamo al respecto deberá dirigirlo directamente a dicho Instituto. C) El pago de horas suplementarias, toda vez que los testigos presentados por la actora no han justificado que éstas se hayan ejecutado, cada uno de los testigos menciona que la actora trabajaba en turnos rotativos uno de ellos menciona que trabajaba de seis a quince horas, mientras que otros mencionan que era de seis y media a quince horas, ninguno de ellos ha establecido el número de horas suplementarias para proceder al cálculo de éstas, tanto más que éstos en sus repreguntas ninguno de ellos ha permanecido en la misma sección de trabajo que la actora y menos aún que hayan ingresado en ese mismo horario; y las tarjetas presentadas por el demandado tiene registros de entradas y salidas, pero no a que mes y año se refiere, por tanto, es imposible poder determinar valores, sin saber el año y salario básico al que pertenece. D) El pago del diez por ciento adicional al consumo por concepto de propinas en beneficio de los trabajadores hoteles, pues de la documentación presentada por el demandado se observa el cumplimiento del pago de este rubro, sobre el que no se puede realizar ninguna observación si está bien o mal calculado, pues no consta los datos como facturas, número de trabajadores, que permitan concluir que es ese valor el que le corresponde. E) El pago de intereses que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

prevé el artículo 614 del Código de Trabajo, puesto que los rubros concedidos no los generan. **SÉPTIMO.-** Conforme la resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia, se procede a determinar el monto que los demandados deben pagar, en base de las siguientes operaciones:

Mes Año	Remuner. Base	VALOR HORA EXT	VAL. PAGADO	DIFEREN. H. EX.
Ene.- 04	135,62	36,17	0,00	36,17
Feb.	135,62	36,17	0,00	36,17
Mar.	135,62	36,17	0,00	36,17
Abr.	135,62	36,17	0,00	36,17
May.	135,62	36,17	0,00	36,17
Jun.	135,62	36,17	0,00	36,17
Jul.	135,62	36,17	0,00	36,17
Ago.	135,62	36,17	0,00	36,17
Sep.	135,62	36,17	0,00	36,17
Oct.	135,62	18,08	0,00	18,08
Nov.	135,62	36,17	0,00	36,17
Dic.	135,62	36,17	0,00	36,17
Ene.- 05	150,00	40,00	32,70	7,30
Feb.	150,00	40,00	42,41	0,00
Mar.	150,00	40,00	56,05	0,00
Abr.	150,00	40,00	42,73	0,00
May.	150,00	40,00	35,96	4,04
Jun.	150,00	40,00	51,07	0,00
Jul.	150,00	40,00	40,65	0,00
Ago.	150,00	40,00	36,48	3,52
Sep.	150,00	40,00	18,76	21,24
Oct.	150,00	20,00	40,65	0,00
Nov.	150,00	40,00	0,00	40,00
Dic.	150,00	40,00	0,00	40,00
Ene.- 06	160,00	42,67	45,34	0,00
Feb.	160,00	42,67	45,34	0,00
Mar.	160,00	42,67	47,43	0,00
Abr.	160,00	42,67	0,00	42,67
May.	160,00	42,67	0,00	42,67
Jun.	160,00	42,67	0,00	42,67
Jul.	160,00	42,67	39,22	3,45
Ago.	160,00	42,67	45,29	0,00
Sep.	160,00	42,67	33,70	8,97
Oct.	160,00	21,33	23,75	0,00
Nov.	160,00	42,67	55,24	0,00
Dic.	160,00	42,67	41,43	1,24
Ene.- 07	170,00	45,33	36,46	8,87
Feb.	170,00	45,33	36,46	8,87
Mar.	170,00	45,33	20,99	24,34
Abr.	170,00	45,33	37,57	7,76
May.	170,00	45,33	32,04	13,29
Jun.	170,00	45,33	0,00	45,33
Jul.	170,00	45,33	41,98	3,35
Ago.	170,00	45,33	36,46	8,87
Sep.	170,00	45,33	24,31	21,02
Oct.	170,00	22,67	29,83	0,00
Nov.	170,00	45,33	33,14	12,19
Dic.	170,00	45,33	29,83	15,50
Ene.- 08	200,00	53,33	25,00	28,33
Feb.	200,00	53,33	32,50	20,83
Mar.	200,00	53,33	25,00	28,33
Abr.	200,00	53,33	32,50	20,83
May.	200,00	53,33	17,50	35,83
Jun.	200,00	53,33	25,00	28,33
Jul.	200,00	53,33	30,00	23,33
Ago.	200,00	53,33	40,00	13,33
Sep.	200,00	53,33	33,75	19,58
Oct.	200,00	26,67	37,50	0,00
Nov.	200,00	53,33	40,00	13,33
Dic.	200,00	53,33	30,00	23,33
Ene.- 09	218,00	58,13	35,43	22,70
Feb.	218,00	58,13	44,96	13,17
Mar.	218,00	58,13	54,50	3,63
Abr.	218,00	58,13	28,61	29,52
May.	218,00	58,13	35,43	22,70
Jun.	218,00	58,13	32,70	25,43
Jul.	218,00	58,13	46,33	11,80
Ago.	218,00	58,13	32,70	25,43
Sep.	218,00	58,13	38,15	19,98
Oct.	218,00	29,07	36,79	0,00
Nov.	218,00	58,13	46,33	11,80
Dic.	218,00	58,13	46,33	11,80
Ene. 10	240,00	64,00	34,50	29,50
Feb.	240,00	64,00	58,50	5,50
Mar.	240,00	64,00	55,50	8,50
Abr.	240,00	64,00	39,00	25,00
May.	240,00	64,00	49,50	14,50
Jun.	240,00	64,00	58,50	5,50
Jul.	240,00	64,00	30,00	34,00
Ago.	240,00	64,00	46,50	17,50
Sep.	240,00	64,00	40,50	23,50
Oct.	240,00	32,00	43,50	0,00
Nov.	240,00	64,00	48,00	16,00

Dic.	240,00	64,00	57,00	17,00
Ene. 11	264,00	70,40	40,63	29,74
Feb.	264,00	70,40	53,03	17,37
Mar.	264,00	70,40	65,41	4,99
Abr.	264,00	70,40	44,20	26,20
May.	264,00	70,40	58,34	12,06
Jun.	264,00	70,40	53,03	17,37
Jul.	264,00	70,40	58,34	12,06
Ago.	264,00	70,40	52,45	17,95
Sep.	264,00	70,40	73,07	0,00
Oct.	264,00	35,20	14,55	20,65
Nov.	264,00	70,40	58,93	11,47
Dic.	264,00	70,40	61,28	9,12
Ene. 12	292,00	77,87	62,21	15,68
Feb.	292,00	77,87	75,02	2,85
Mar.	292,00	77,87	79,89	0,00
Abr.	292,00	77,87	68,92	8,95
May.	292,00	77,87	60,99	16,88
Jun.	292,00	77,87	60,38	17,49
Jul.	292,00	77,87	51,23	26,64
Ago.	292,00	77,87	51,23	26,64
Sep.	292,00	77,87	66,48	11,39
Oct.	292,00	38,93	53,67	0,00
Nov.	292,00	77,87	56,11	21,76
Dic.	292,00	77,87	50,62	27,25
Ene. 13	318,00	84,80	61,86	22,94
Feb.	318,00	84,80	68,58	16,22
Mar.	318,00	84,80	60,59	24,21
Abr.	318,00	84,80	64,58	20,22
May	318,00	84,80	53,57	31,23
Jun.	318,00	84,80	61,25	23,55
Jul.	318,00	84,80	73,91	10,89
Ago.	318,00	84,80	48,60	36,20
Sep.	318,00	84,80	73,91	10,89
Oct.	318,00	42,40	50,60	0,00
Nov.	318,00	84,80	42,61	42,19
Dic.	318,00	84,80	106,53	0,00
Suman				2.075,99
Más Indemnización				4.687,32
Más Bonificación por Desahucio				1.065,30
Más Ropa de Trabajo				200,00
Total				**$8.028,61**

Por todo lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta parcialmente la demanda y se dispone que la demandada Comidas y Servicios S.A. COMISERSA representada por su gerente Obiol Pinto André Pierre y su vicepresidente Pinto Moreno Paúl Andrés y ellos además por sus propios derechos, paguen a la actora el valor de OCHO MIL VEINTE Y OCHO DÓLARES AMERICANOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (8.028,61), conforme lo analizado en los considerando quinto y séptimo, rechazándose lo demás por lo analizado en el considerando sexto. Con costas a cargo de los demandados, según lo prevé el inciso segundo del artículo 588 del Código de Trabajo. Se fija en cuatrocientos dólares americanos los honorarios del defensor de la actora. Se le impone a la actora la multa de cinco remuneraciones mínimas unificadas (340,00 USD x 5 = 1.700,00), por haber reclamado rubros que oportunamente habían sido cancelados a la actora conforme constan de la documentación presentada, haciéndole más gravosa la prueba al demandado. **Léase y notifíquese.**

f) Dra. Zaida Patricia Romero Flores, Jueza.

APELACIÓN

Juicio nro. 428-2014

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE TUNGURAHUA. Ambato, miércoles 28 de mayo del 2014, las 12h20. VISTOS: En el juicio laboral de procedimiento oral iniciado por ROSA ERLINDA YANCHAPANTA YANCHAPANTA en contra de la compañía "COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA" representada legalmente por su gerente el señor OBIOL PINTO ANDRÉ PIERRE y por su vicepresidente el señor PINTO MORENO PAÚL ANDRÉS y a estos además por sus propios y personales derechos; éste Tribunal conformado por la doctora Marianita Díaz Romero, Jueza Provincial, el doctor Gerardo Molina Jácome, Juez Provincial, y el doctor Pablo Vaca Acosta, Juez Provincial ponente y por ende Presidente del Tribunal conformado para este caso, dicta la presente sentencia:

I.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. DEMANDA Y PRETENSIONES: A fojas 3 a 9 del cuaderno de primera instancia (en adelante la mención a fojas del proceso que no identifique el cuaderno al que corresponde, se referirá al cuaderno de primera instancia), comparece la parte accionante y después de consignar sus generales de ley, en resumen manifiesta:

1.1.- Que su empleadora por intermedio de su representante legal con fecha once de diciembre del dos mil trece ha presentado ante el Ministerio de Relaciones Laborales una solicitud de visto bueno fundamentado en la causal dos del artículo 172 del Código de Trabajo aduciendo que ha incurrido en las prohibiciones determinadas en los literales v y w del artículo 34 incluido en el capítulo V del Reglamento Interno de Trabajo aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales el once de noviembre del 2013, mediante resolución de aprobación nro. MRL-DRTSP3-2013-0405-R2-JS, cuyo considerando 3 dispone que todo lo que contravenga a la Constitución de la República, a los tratados internacionales en materia laboral y al Código de Trabajo, se entenderá nulos. Que el mencionado reglamento interno de trabajo violando lo dispuesto en el numeral 13 del art. 66 de la Constitución en forma ilegal dispone "realizar por sí mismo a través del cónyuge o terceras personas en beneficio propio o de terceros, actividad mercantil relacionada con las líneas de negocio del empleador que implique directa o indirectamente competir con el empleador o genere conflicto de intereses no declarados con anterioridad al hecho. Esta prohibido además involucrarse por sus propios derechos, como socio, accionista, participe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario, en general, esta prohibida cualquier forma de participación en actividades que representen intereses contrapuestos con COMISERSA, o que sea competencia de esta última en sus actividades comerciales y objeto social. W. Trabajar en relación de dependencia, ser socio, accionista, o formar parte integrante por sus propios derechos en otras actividades que impliquen competencia o conflicto de intereses con EL EMPLEADOR. Queda prohibido el uso de información, documentos, materiales, equipos, medios magnéticos, electrónicos, ópticos, etc., que sean propiedad de EL EMPLADOR (SIC). Para probar una actividad comercial bastará que se tenga abierto un RUC activo ya sea a nombre personal o de un ente jurídico del cual sea parte como integrante, socio, accionista, partícipe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario de esta entidad.".

1.2-. Que la petición del visto bueno fue presentada aduciendo que es socia de la sociedad de hecho TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP y que se dedica a la misma actividad que su empleadora. Que el visto bueno ha sido concedido por el Abg. Daniel Hidalgo Inspector de Trabajo que anteriormente ha trabajado por más de un año, para los abogados Juan Sebastián Callejas y Estaban Herdoíza Holguín, dueños del CONSORCIO JURÍDICO HERDOÍZA & CALLEJAS, abogados patrocinadores de su empleador, de ahí que al momento de resolver el visto bueno, que se impugna, lo concedió aduciendo que es socia de la sociedad de hecho que fue conocida por la parte accionante con fecha 25 de noviembre del 2013. Que el Inspector del Trabajo, con total falta de probidad y violando las garantías constitucionales, al momento de la investigación, procedió a llamar a varios funcionarios de confianza de su empleadora, como son el jefe de ventas, el jefe de chefs corporativo, y la recepcionista general, quien también posee un restaurante, actividad económica similar a la de su empleador, para aparentando una supuesta imparcialidad, preguntarles, dónde se encontraba el reglamento y desde cuándo, quienes le manifestaban que el Reglamento Interno se encontraba debajo de un cajón, o colgado en un clavo.

1.3.- Que al momento de resolver el visto bueno no se tomó en cuenta que el Reglamento Interno fue aprobado el 11 de noviembre del 2013; que la sociedad de hecho se encuentra amparada en lo que dispone el artículo 75 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria; que su participación como socia de la sociedad de hecho, fue de pleno conocimiento de su empleador a sabiendas que la sociedad de hecho iba a participar en un concurso de arrendamiento del Hotel Ambato, además que la constitución de la sociedad de hecho ha sido publicada en el diario La Hora el miércoles 13 de febrero del 2013 por disposición del Juez Primero de lo Civil de Tungurahua, durante el trámite de inscripción de escritura, juicio especial de aprobación de sociedad de hecho, 2013-0090, con una cuantía de USD $ 110.000,00; conocimiento que también llegó a tener cuando retiramos el MODELO DE PLIEGOS del concurso de arrendamiento, esto es en el mes de MAYO DE 2013, razón por la cual, su empleadora siempre conoció de la existencia de la sociedad de hecho y de su

participación, así como de casi el 80% de los trabajadores, y no como expresa el Inspector del Trabajo, que recién se enteraron en noviembre 25 del 2013, hecho que indica es curioso, ya que el 11 de noviembre aprueban el reglamento, cuyas normas citadas, indica que fueron creadas expresamente para su persona y de quienes conformamos la sociedad de hecho que fue constituida con la única finalidad de participar en el concurso público de ofertas para el arrendamiento del inmueble "Hotel Ambato", para la prestación del servicio de hotelería, para un período de 5 años, convocado por la compañía de economía mixta HOTELERA Y TURISMO AMBATO, lo que fue conocido por todos los trabajadores del hotel e incluso su empleador, quien elaboró el citado reglamento interno, mucho tiempo después de la fecha en que se constituyó la sociedad de hecho; cita el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, y señala que no existe norma retroactiva, por lo que mal pudo haberse concedido a su empleador el visto bueno, cuanto al momento en que se constituyó la sociedad de hecho, enero del 2013, no era prohibido por su empleadora ser parte de una sociedad.

1.4.- Que el artículo 172 número 2 del Código de Trabajo faculta al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, pero el empleador nunca puso en conocimiento de la trabajadora la existencia del supuesto reglamento interno de trabajo, el que no se ha fijado en la forma como lo dispone el Código del Trabajo en su artículo 64, no se ha fijado permanentemente en ningún lugar visible del trabajo, por lo que la compareciente y sus compañeros desconocían de su existencia y su contenido; que el artículo 46 del Código del Trabajo en ninguna de sus prohibiciones expresa que no se pueda constituir una empresa o ser parte de ella, que la única prohibición es la contenida en el literal g) que dice: "... Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa..." , norma que indica que se encuentra dirigida a los trabajadores que laboran en empresas de producción, y en este caso la empleadora no elabora o fabrica artículos en forma masiva, sino que se dedica a la prestación de servicios, actividad diferente a la determinada en la norma, por lo que no es factible su aplicación al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Trabajo; que el artículo 66 de la Constitución de la República, en sus numerales 16 y 17, garantizan el derecho a la contratación y a la libertad de trabajo.

1.5.- Que el artículo 635 del Código de Trabajo señala que las acciones prescriben en tres años contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo contemplados en el Código; que el literal b) del artículo 636 dispone: "Prescripciones especiales. Prescriben en un mes las acciones... b) La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato con el trabajador..."; mientras que la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 365 de 21 de julio de 1998, indica que la prescripción se contará desde la fecha en que el empleador tuvo conocimiento del hecho, en cuyo caso corresponde al empleador la prueba de que se enteró con posterioridad a la fecha que ocurrieron; cita además jurisprudencia de casación e indica que cualquier acción para dar por terminada la relación laboral, por parte de su empleadora, se encuentra prescrita, ya que es socia de la SOCIEDAD DE HECHO TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP desde el 25 de enero del 2013, y el reglamento interno fue aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales el 11 de noviembre del 2013, es decir 9 meses después, por lo que indica que el tiempo de prescripción hay que contarlo a partir de la fecha en que es socia y no como expresa el Inspector del Trabajo, desde el 25 de noviembre del 2013.

1.6.- Que su empleadora es arrendataria del "HOTEL AMBATO", lugar en el que ha venido laborando, como camarera, en forma ininterrumpida desde el 01 de diciembre del año 2003 hasta el 15 de enero del 2014, fecha en la que su empleador le ha pedido que abandone el trabajo, aduciendo que el Inspector de Trabajo ha procedido a concederle la solicitud de visto bueno; que a su salida no se le canceló la última remuneración, las horas extras ni suplementarias y el diez por ciento de servicio, así como tampoco los beneficios a los que tiene derecho; que su remuneración durante la relación laboral fue el sueldo básico más las horas extraordinarias o suplementarias, que no eran pagadas en su totalidad, y el diez por ciento de lo que cobraba por servicio, valor que tampoco era pagado en su totalidad.

1.7.- Que según el Decreto Supremo nro. 1269, los hoteles de primera y segunda categorías, desde hace mucho tiempo, vienen percibiendo propinas sobre el valor del consumo de los usuarios como

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

un beneficio adicional a su sueldo o salario, que son beneficiarios del 10% adicional al consumo todos los trabajadores sujetos al Código del Trabajo con excepción de los representantes legales de la empresa o establecimientos en el caso de ser personas jurídicas, o sus propietarios y administradores; que para su pago los hoteles deben emitir los correspondientes comprobantes de venta autorizados por el SRI, en los que se desglosan el valor correspondiente al 10% adicional al consumo, que el empleador debe elaborar mensualmente un cuadro en el que consten los valores de las ventas de cada uno de sus establecimientos, desglosando dicho rubro y exhibirlo en un lugar visible para todos los trabajadores, y, que su empleadora no le ha cancelado el total del 10% adicional al consumo.

1.8.- Que su jornada era de 6 días a la semana, en el siguiente horario: lunes de 06h30 a 15h00, martes libre, miércoles de 08h00 a 17h00, jueves de 08h00 a 16h30, viernes de 06h30 a 15h00, sábado de 08h00 a 17h00 y domingo de 08h00 a 17h00; que ha laborado en feriados locales y nacionales, traslado de fiestas cívicas y puentes vacacionales, que no se le ha entregado ropa de trabajo año a año sino ocasionalmente, pero que ha firmado recibos sin que los entregue.

1.9.- Que con los antecedentes expuestos, al amparo del artículo 183 del Código del Trabajo, impugna la resolución de visto bueno concedido por el Inspector de Trabajo de Ambato, abogado Daniel Hidalgo, a favor de su empleador por las siguientes razones: 1.9.1. Nunca se puso en su conocimiento la existencia de ningún reglamento interno de trabajo, perteneciente a su empleadora; 1.9.2. Prescripción de la petición de visto bueno, desde que es parte de la SOCIEDAD DE HECHO TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP, 25 de enero del 2013, hasta la notificación del visto bueno, 12 de diciembre del 2013, han pasado más de 30 días; 1.9.3. Su empleadora siempre conoció sobre la constitución de la SOCIEDAD DE HECHO TGCG TH GLOBAL CATERING GROUP y que era parte de ella; 1.9.4. La SOCIEDAD DE HECHO TGCG TH GLOBAL CATERING GROUP fue constituida el 25 de enero de 2013 y el reglamento interno de la empleadora fue aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales el 11 de noviembre de 2013; 1.9.5. El visto bueno, no fue resuelto dentro de los tres días después de investigado, violando lo dispuesto en el artículo 621 del Código del Trabajo.

1.10.- Que aceptada la impugnación, y de conformidad con los artículos 36, 183, 568, 574, 575 y siguientes del Código del Trabajo, en juicio oral laboral, demanda para que en sentencia se condene a la parte demandada en forma indicada, al pago de: 1.10.1. Indemnización por despido intempestivo, según el artículo 188 del Código del Trabajo y resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 412 de 6 junio de 1990; 1.10.2. Bonificación por desahucio, esto es el 25% de su última remuneración, según el artículo 185 del Código del Trabajo; 1.10.3. Remuneración pendiente de pago, por los 14 días del mes de enero del 2014, con el triple de recargo, según el artículo 94 del Código del Trabajo; 1.10.4. Décimo tercera remuneración o bono navideño, según el artículo 111 del Código del Trabajo; 1.10.5. Décimo cuarta remuneración, según el artículo 113 del Código del Trabajo; 1.10.6. Vacaciones, según el artículo 74 del Código del Trabajo; 1.10.7. Horas extraordinarias que suman 3.000, y horas suplementarias que suman 5.000, con el 50% y 100% de recargo, respectivamente, según el artículo 55 del Código del Trabajo; 1.10.8. Fondos de reserva, según el artículo 196 del Código del Trabajo; 1.10.9. Ropa de trabajo no proporcionada, a razón de USD $ 80,00 anuales, según el artículo 42.29 del Código del Trabajo; 1.10.10 El diez por ciento adicional al consumo por concepto de propinas, conforme el Decreto Supremo nro. 1269 publicado en el Registro Oficial 295 de 25 de agosto de 1971, reformado por la Ley 2002-97 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 733 de 27 de diciembre del 2002, con el triple de recargo por ser parte de la remuneración; 1.10.11. Intereses, según el artículo 614 del Código del Trabajo; y, 1.10.12. Costas procesales y honorarios de la defensa.

1.11.- Que la cuantía la fija en USD $ 30.000,00; el trámite es el oral al tenor del artículo 575 del Código de Trabajo; y, el lugar en el que debe citarse a la parte demandada es el señalado en su demanda en la que también establece donde recibirá sus notificaciones pidiendo además que se cuente con el señor Inspector del Trabajo.

2.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES: A fojas 11, la demanda es calificada y admitida a trámite en procedimiento oral, según el artículo 575 del Código de Trabajo; por lo que se dispone citar a la parte demandada y se señala día y hora para la AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONCILIACIÓN, CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y FORMULACIÓN DE PRUEBA,

audiencia cuya acta sumaria consta a fojas 17 a 18; acta de respaldo de fojas 19 a 23 y grabación digital en CD a fojas 24, diligencia a la que comparecen las partes; en dicha audiencia la parte demandada acepta la relación laboral hasta la terminación legal mediante la concesión del visto bueno el 14 de enero del 2014; y, que no se adeuda ningún rubro en vista de que los proporcionales de sueldo, proporcionales de décimo tercera y cuarta remuneraciones, y 10% de beneficios, han sido consignados en la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Ambato; en la misma diligencia judicial las partes procesales proceden a formular sus pruebas incluso por escrito (fojas 35 a 36 vta., parte actora y 277 a 278, parte demandada); así como, se señala día y hora para que tenga lugar la audiencia definitiva. A fojas 32 a 33 consta la CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR ESCRITO de la parte demandada, en la cual señala: 2.1. Que lo aseverado en la demanda es falso, que la resolución de visto bueno fue concedida en base a la normativa legal y a las pruebas aportadas, que resulta improcedente la impugnación y peor la alegación de prescripción, por lo que jamás se le ha despedido intempestivamente; 2.2. Que propone las siguientes excepciones: 2.2.1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; 2.2.2. Falta de derecho de la actora para solicitar indemnización por despido intempestivo, pues la relación laboral terminó después de la obtención del visto bueno favorable; y, falta de derecho para solicitar el pago de horas extraordinarias y suplementarias, ya que la actora no las ha laborado; y falta de derecho para el pago de los 14 días del mes de enero, ya que dicho monto fue consignado ante el Ministerio de Relaciones Laborales, antes que se trabe la litis; 2.2.3. Que las obligaciones laborales como décimo tercera remuneración, décimo cuarta remuneración, vacaciones, ropa de trabajo, 10% adicional por propinas y remuneración de los 14 días del mes de enero del 2014, se encuentran extinguidas por solución o pago efectivo; 2.3.4. Falta de competencia para conocer el reclamo de fondos de reserva, ya que la actora desde el primer día de labores fue afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Solicita que se rechace la demanda con la condena en costas.

3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACIONES: A fojas 576 a 577 consta el acta sumaria de la AUDIENCIA DEFINITIVA, cuya acta de respaldo obra de fojas 578 a 583, y grabación digital en CD a fojas 584, a la que concurren las partes y en la que los concurrentes actúan la prueba oportunamente anunciada y efectúan sus alegatos en derecho, luego de lo cual, la doctora Patricia Romero Flores, Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Ambato, dicta sentencia (fs. 591 a 595 vta.) en la cual acepta parcialmente la demanda y dispone "...que la demandada Comidas y Servicios S.A. COMISERSA representada por su gerente Obiol Pinto André Pierre y su vicepresidente Pinto Moreno Paúl Andrés y ellos además por sus propios derechos, paguen a la actora el valor de OCHO MIL VEINTE Y OCHO DÓLARES AMERICANOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (8.028,61), conforme lo analizado en los considerando quinto y séptimo, rechazándose lo demás por lo analizado en el considerando sexto. Con costas a cargo de los demandados, según lo prevé el inciso segundo del artículo 588 del Código de Trabajo. Se fija en cuatrocientos dólares americanos los honorarios del defensor de la actora. Se le impone a la actora la multa de cinco remuneraciones mínimas unificadas (340,00 USD x 5 = 1.700,00), por haber reclamado rubros que oportunamente habían sido cancelados a la actora conforme constan de la documentación presentada, haciéndole más gravosa la prueba al demandado…". Sobre la resolución dictada, la parte actora (fs. 596 a 599) y la parte demandada (fs. 600 a 603 vta.), dentro del término legal interponen en su orden recurso de apelación, los que son concedidos a fs. 604; lo cual ha permitido a este Tribunal de la Sala de lo Civil de esta Corte Provincial conformado previo sorteo de ley constante a fojas 1 del cuaderno de segunda instancia, conocer la presente causa.

II.- PRESUPUESTOS PROCESALES

4.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: El Tribunal se encuentra debidamente integrado por quienes están investidos de jurisdicción en forma constitucional y legal, el que conforme el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la resolución 128-2013 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial tercer suplemento número 114 de 01 de noviembre del 2013, es competente para conocer y resolver sobre el recurso de apelación planteado, y resolver por el mérito de los autos en observancia del artículo 584 del Código del Trabajo vigente.

5.- DEMÁS SOLEMNIDADES SUSTANCIALES y TRÁMITE: Se han cumplido con las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, señaladas por el artículo 76 de la

Constitución de la República del Ecuador, así como se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias determinadas por el artículo 346 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria a la especie conforme el artículo 6 del Código del Trabajo; por lo que, sin que se aprecie violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando en observancia de los artículos 1014 y 334 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y 568 a 584 del Código del Trabajo, que influya o pueda influir en la decisión de la causa, y observados además los principios de especificidad, trascendencia, convalidación, protección y conservación que rigen la nulidad procesal, no se aprecia que deba ser declarada en el presente caso y en su lugar se reconoce la validez del proceso.

III.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA Y HECHOS

6.- VERDAD PROCESAL: Acorde con el artículo 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria a la especie, conforme el artículo 6 del Código del Trabajo vigente, es obligación de los juzgadores expresar en la resolución la valoración de todas las pruebas producidas, actuaciones probatorias que además, acorde con el principio de verdad procesal, contemplado en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes, generan una dependencia directa de los infrascritos respecto de la información introducida al proceso por los sujetos del mismo, y que a su vez origina responsabilidades legales en aquellos, en caso de que se cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas a fin de inducir a engaño al juez, conforme nuestra legislación punitiva vigente. Por lo tanto, acorde con la información existente en el proceso, se aprecia:

6.1. Los documentos de fojas 25 a 31, correspondientes a copia certificada de procuración judicial, conferida por la compañía "COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA" representada legalmente por su gerente el señor OBIOL PINTO ANDRÉ PIERRE y por su vicepresidente el señor PINTO MORENO PAÚL ANDRÉS y por estos además por sus propios y personales derechos a favor de los abogados Esteban Patricio Herdoiza Holguín, Santiago Hernán Proaño Alarcón, y Alberto Mauricio Pangol Lascano, conforme los artículos 164 a 166 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, al ser autorizadas con las solemnidades legales ante la doctora Mónica Armas Meléndez, Notaria Quinta del cantón Ambato, e incorporadas en un protocolo o registro público, constituyen escritura pública, que legitima la comparecencia de los profesionales del derecho antes identificados a nombre de la parte demandada, conforme los artículos 40 y 43 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil.

6.2.- El documento de fojas 34, correspondiente a "LIBRETA DE AHORROS DÓLARES" del PRODUBANCO, cumplido que ha sido el principio de contradicción señalado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 194.4 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, es instrumento privado que hace tanta fe como un instrumento público, pues la parte contra quien se lo ha presentado, no lo ha redargüido de falso ni ha objetado su legitimidad en específico, en el momento procesal oportuno que tenía para hacerlo, esto es dentro de tres días contados desde que se notificó con su presentación al proceso o en la respectiva audiencia preliminar, anotándose además que la impugnación para enervar la fuerza probatoria de tal documento debe efectuarse en específico y en relación particular con él, sin que sea aceptable la impugnación genérica de falsedad e ilegitimidad y teniendo en cuenta que conforme la carga de la prueba que establece el artículo 114 eiusdem, corresponde a quien alega probar sus afirmaciones; por lo que, el instrumento privado analizado en este subnumeral, conforme al artículo 166 del mismo cuerpo legal hace fe, aún contra terceros, ÚNICAMENTE en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos se hayan hecho, pues en esta parte no hacen fe sino contra los declarantes, en este caso contra las personas que los han conferido, apreciándose de aquellos que la actora es titular de la cuenta de ahorros nro. 12080043602 en la mentada institución financiera.

6.3.- Los documentos de fojas 37 y 39, correspondientes a ·"COMPROBANTE DE INGRESOS POR ACTA DE FINIQUITO", cumplido que ha sido el principio de contradicción señalado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, conforme los artículos 164 a 166 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, y 596 del Código del Trabajo, al ser autorizados con las solemnidades legales por el competente empleado, se entienden instrumentos públicos, que hacen fe y constituyen prueba, 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 ellos hayan hecho los interesados, pues en esta parte no hace fe sino contra los declarantes; por lo cual, dan a conocer que la empresa demandada en el presente juicio, el 24 de enero del 2014, depositó en la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Ambato, la suma de USD $ 682,91, por concepto de FINIQUITO a favor de la actora.

6.4.- Las copias simples de fojas 38 y 40 a 41 en las que se lee "BANCO NACIONAL DE FOMENTO" y "ACTA DE FINIQUITO", no tienen eficacia probatoria, en razón de que al consistir en fotocopias simples, sin firma de responsabilidad en ellas, no brindan seguridad alguna sobre sus declaraciones, pues conforme el artículo 121 inciso final de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, "se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema", y en las mentadas copias no se observa ninguna razón que dé cuenta de aquellas copias sean certificadas; de igual forma, conforme el artículo 25 de la "LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA", "El Estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública admitirá como prueba las fotocopias de documentos originales, públicos o privados, si es que se encuentran certificadas de conformidad con el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Notarial, agregado mediante Decreto Supremo 2386, publicado en el Registro Oficial nro. 564 de 12 de abril de 1978", certificación que tampoco se aprecia en aquellas copias; por lo que, la simple impresión sin firma de actuario o responsable alguno de la emisión de las copias en ellas, no le da la calidad de copias certificadas a copias simples, dado además el avance de la ciencia y la tecnología que hacen fácilmente modificables sus contenidos, observando así los precedentes jurisprudenciales para la aplicación de la ley, conforme el artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación, constantes en la resolución nro. 96 de 25 de febrero de 2000, publicada en el Registro Oficial 63 de 24 de abril del mismo año; en la sentencia nro. 723 de 17 de noviembre de 1998 publicada en el Registro Oficial 103 de 7 de enero de 1999; y, en la resolución 264-04, publicada en el Registro Oficial 43 de 21 de junio del 2005, todas expedidas por la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

6.5.- Los documentos de fojas 42 a 276, correspondientes a INFORMES SOBRE DÉCIMO TERCERA Y DÉCIMO CUARTA REMUNERACIÓN, ROLES DE PAGO y otros documentos, cumplido que ha sido el principio de contradicción señalado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 194.1 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, son instrumentos privados que hacen tanta fe como un instrumento público, pues la parte contra quien se los ha presentado los ha reconocido como suyos ante la Jueza A quo en la audiencia preliminar; por lo que, conforme al artículo 166 del mismo cuerpo legal hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos se hayan hecho, contra la declarante, en este caso contra la parte actora que reconoce como suyas las firmas y rúbricas que constan en dichos documentos con los que se justifica que se le ha cancelado la décimo tercera remuneración por los años 2005 a 2013, la décimo cuarta remuneración por los años 2005 a 2013, las remuneraciones mensuales por los años 2005 a 2013, los uniformes por el año 2013, y las vacaciones por los años 2003 a 2013; así como que ha recibido con fecha 01 de abril del 2010, el "REGLAMENTO DE ENTREGA Y MANEJO DEL UNIFORME", en cuyo artículo 1 letra b) se señala: "Los uniformes será proveídos por COMISERSA, sin ningún costo para los empleados (as) y serán entregados cada 2 años...".

6.6.- Las diligencias de exhibición de documentos de fojas 280 a 281, e informe pericial de fojas 588 a 590 emitido por la ingeniera Tania Gañán Guamán, sobre los documentos exhibidos de fojas 282 a 303; y, de fojas 304 a 304 vta., en la que se presentan los documentos de fojas 305 a 332, desarrolladas conforme a los artículos 821 a 826 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, dan a conocer que: 6.6.1. Que se han presentado 22 TARJETAS DE ASISTENCIA en las cuales no consta a qué año pertenecen, indeterminación que las hace ineficaces en esta causa, las que han sido impugnadas por la parte actora, por cuanto indica que no corresponden al total de los registros de asistencia solicitados para su exhibición estos es desde el primero de diciembre del año 2003 hasta el 15 de enero del año 2014, teniendo en cuenta que la actora de la presente causa durante varios meses suscribió registros de asistencia en forma manual y no electrónica, según afirma;

6.6.2. Que la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Ambato, mediante resolución nro. MRL-DRTSP3-2013-0405-R2-JS de fecha 11 de noviembre del 2013, ha aprobado el REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO de la empresa demandada, en cuyo texto se lee: "... Este Reglamento es parte integrante del contrato individual de Trabajo, y será conocido por todos los EMPLEADOS y de cumplimiento obligatorio de las partes (...) Art. 34. Además de las prohibiciones constantes en el Código del Trabajo, especialmente en el artículo 46, al EMPLEADO le estará especialmente prohibido, lo siguiente, siendo su incumplimiento, causal para la terminación directa del contrato previo visto bueno: (...) v. Realizar por sí mismo o a través del cónyuge o terceras personas en beneficio propio o de terceros, actividad mercantil relacionada con las líneas de negocio del empleador que implique directa o indirectamente, competir con EL EMPLEADOR o genere conflicto de intereses, no declarados con anterioridad al hecho. Está prohibido además involucrarse por sus propios derechos, como socio, accionista, participe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario, en general, está prohibida cualquier forma de participación en actividades que representen intereses contrapuestos con COMISERSA, o que sea competencia de esta última en sus actividades comerciales y objeto social. w. Trabajar en relación de dependencia, ser socio, accionista, o formar parte integrante por sus propios derechos en otras actividades que impliquen competencia o conflicto de intereses con EL EMPLEADOR. Queda prohibido el uso de información, documentos, materiales, equipos, medios magnéticos, electrónicos, ópticos, etc., que sean propiedad de EL EMPLADOR. Para probar una actividad comercial bastará que se tenga abierto un RUC activo ya sea a nombre personal o de un ente jurídico del cual sea parte como integrante, socio, accionista, partícipe, directivo, gestor, integrante, nombrado, administrador, funcionario de esta entidad. (...) Art. 43. El presente Reglamento de Trabajo entrará en vigencia desde la fecha de aprobación por parte de la Dirección Regional de Trabajo y será exhibido por EL EMPLEADOR conforme manda la Ley..."; 6.6.3. Que se presentan ROLES DE PAGO DEL 10% DE SERVICIOS desde enero del 2005 dentro del cual consta el nombre de la actora entre otros, un número de cuenta, un valor líquido a recibir, y una firma ilegible en la casilla a que le corresponde a la actora, en el mes de agosto de ese año no aparece firma en la casilla que le corresponde a la actora, y que estas mismas especificaciones constan mes a mes hasta el mes de diciembre del 2013 con la observación de que en ese mes tampoco consta la firma en la casilla que le corresponde a la actora. Estos documentos no son impugnados en específico por la parte actora, quien únicamente señala que la diligencia se solicitó para que se exhiban los documentos originales de toda la relación laboral, lo que indica que no ha ocurrido, sin que se hayan dejado copias de tales documentos en autos, lo que tampoco ha sido requerido por ninguna de las partes; 6.6.4. Que se ha agregado al proceso copia certificada de la escritura pública de CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE HECHO "TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP", de fecha 25 de enero del 2013, en la cual en consta la actora (sic) como socia con un capital suscrito de USD $ 5.000,00, cuyo objeto social es según su cláusula TERCERA: "La administración de Hoteles, Cafetería, Restaurantes y todos los negocios afines, así como las relacionadas a la compraventa, comercialización, distribución, importación, exportación de productos comestibles preparados y no preparados, productos de supermercados, hoteleros y de restaurante; servicio de CATERING; servicio de restauración colectiva, así como la capacitación del personal en el área hotelera, turística y otros; venta de servicios para eventos y todo lo que tenga que ver con la organización de eventos sociales y culturales."; 6.6.5. Que la prenombrada perito señala que se ha cancelado a la actora los sueldos y horas extras desde el 2005 al 2013, las décimo tercera y cuarta remuneraciones por igual período, que ha gozado las vacaciones por los años 2003 a 2013, y, que se ha liquidado a la actora los siguientes rubros: sueldo de 14 días de enero, USD $147,92; horas extraordinarias, USD $68,27; XIII remuneración, USD $53,53; XIV remuneración, USD $153,94; vacaciones no gozadas, USD $ 37,49; 10% de servicio diciembre 2013, USD $ 241,97, aporte al IESS, USD $ 20,21, total USD $ 682,91.

6.7.- Los documentos de fojas 333 a 564, correspondientes a copias certificadas del expediente de trámite de visto bueno nro. 121439 presentado por la hoy empresa demandada en contra de la hoy actora, conforme los preceptos jurídicos y motivación constante en el numeral 6.3 de esta resolución, justifican que: 6.7.1. El 12 de diciembre del 2013 se notificó con la petición de visto bueno a la actora; 6.7.2. El 18 de junio del 2013, la empresa

demandada suscribe juntamente con "GLOBAL CATERING GROUP" el acta de la audiencia de preguntas y aclaraciones en el proceso de régimen especial para el arrendamiento del inmueble Hotel Ambato para la prestación del servicio de hotelería; 6.7.3. Que con fecha 25 de noviembre del 2013, la empresa hoy demandada ha solicitado al Notario Quinto del cantón Ambato, doctor Hernán Santamaría Sáncho, certifique si la actora es socia de la sociedad de hecho TGCG THE GLOBAL CATERIN GROUP, lo que es negado en igual fecha por el notario citado, por "improcedente"; 6.7.4. El 10 de enero del 2014, el abogado Daniel Santiago Hidalgo Calderón, Inspector del Trabajo de Tungurahua, ha dictado la resolución nro. 020-ITT-MRL-VB-2013-DHC, por la cual concede la solicitud de visto bueno y deja a salvo el derecho del que puedan estar asistidas las partes, para lo que señala: que la parte accionan te del visto bueno "... en su intervención manifiesta que conoció del hecho en fecha 25 de noviembre del 2013, tal como lo manifiesta en su parte pertinente..." y que "... el accionante ha demostrado su petición de visto bueno fundamentado en el Art. 172 numeral 2 del Código del Trabajo, en concordancia con el Art. 34 del Reglamento Interno de Trabajo..." del cual transcribe las letras v. y w.; y, que la prescripción no es procedente porque en el "...Reglamento Interno de Trabajo no habla sobre la constitución de una compañía, sino más bien sobre ser socio, accionista, participe, director, etc.; hecho que fue conocido por la parte accionante en fecha 25 de noviembre del 2013..."; así mismo, da a conocer que se ha entrevistado con FABRICIO XAVIER SALINAS AGUILAR, JUAN VALENTIN NARANJO MUNIVE y MAYDA FERNANDA SÁNCHEZ FIALLOS, quienes han señalado que conocen a la señora ROSA ERLINDA YANCHAPANTA YANCHAPANTA, la que indican que es socia de la sociedad de hecho TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP, que conocen el Reglamento Interno de Trabajo y donde está ubicado y desde qué fecha; resolución en sede administrativa, que conforme al artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, únicamente tiene el valor de informe que se lo aprecia con criterio judicial, en relación con las demás pruebas rendidas en este juicio.
6.8.- Los documentos de fojas 569 a 572, conferidos por la ingeniera Nataly Acosta de la Unidad Provincial de Afiliación y Cobertura del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme los preceptos jurídicos y motivación constante en el numeral 6.3. de esta resolución, justifican que se ha aportado a dicho Instituto a nombre de la actora y bajo la empresa demandada desde el 01 de diciembre del 2003 hasta el 13 de enero del 2014.
6.9.- El acta de la diligencia de inspección judicial de fojas 574 a 574 vta., conforme al artículo 248 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, no tiene eficacia probatoria en relación con el objeto de la *litis,* pues la inspección hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos, que demandan examen ocular o conocimientos especiales; y, de la información que se extrae de dicho medio de prueba, únicamente se puede apreciar que el 04 de abril del 2014, a las 15h09, día y hora en que se realiza la diligencia, se ha podido observar un cuarto ubicado al lado derecho del ingreso al Hotel, en donde a decir del señor Procurador Judicial de los demandados, los trabajadores ingresan a registrar su entrada y salida y a dejar sus pertenencias en las casilla de seguridad asignados a cada uno de ellos, en el que aparece en la pared del lado derecho del ingreso, un cuadernillo anillado que es el Reglamento Interno de la compañía, lo que resulta intrascendente para resolver la controversia ya que los hechos *sub júdice* se remontan al año 2013.
6.10.- La declaración del testigo presentado por la parte actora DARIO MARDOQUEO PILCO CUICHAN, rendida en la audiencia definitiva, en observancia de los artículos 208 y 216.11 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, no es idónea en la presente causa, por cuanto al contestar a la repregunta 1: "Diga el testigo si conoce si la señora Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta, es actualmente socia de la sociedad <TGC THE GLOBAL CATERING GROUP>", responde "Sí, de hecho yo también soy socio", lo que denota que es coasociado de la actora, lo que resta imparcialidad a su testimonio y por tanto no es idónea para aportar con elementos de convicción para resolver la presente causa.
6.11.- La declaración testimonial de ELVIS RAFAEL VALLE PÉREZ rendido en la audiencia definitiva, sobre el interrogatorio verbal efectuado por los sujetos procesales y solicitada por la parte actora, en observancia. de los artículos 207 y 208 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, al provenir de persona cuya edad, probidad, conocimiento e imparcialidad no han sido desacreditadas en este juicio y quién ha respondido un cuestionamiento que no vulnera los artículos 221 y 239 *ibídem*, da a conocer que fue compañero de

trabajo de la actora, que conoce a la actora desde el dos mil diez, porque trabajaban en la empresa del Hotel Ambato; que la actora era camarera; que el horario de la actora era de seis de la mañana hasta las tres, en ocasiones desde las ocho hasta las cinco, de miércoles a lunes, y los martes tenía libre; que él trabajó los días feriados y de descanso obligatorio, en horarios rotativos, y que del horario normal si se pasaba; que no conocía de la existencia de un reglamento interno de trabajo de su empleador; que en la parte de la garita del guardia anotaban la entrada, en la parte de la recepción picaban la tarjeta y la salida también; que trabajó para la compañía COMISERSA S.A., en el dos mil diez, un veinte y tres de junio y en el dos mil trece hasta el diecinueve del mes de diciembre; que terminó su relación con la compañía COMISERSA S.A. porque se botó del trabajo, por el motivo del trabajo mismo, es decir dejó el trabajo ahí; que durante su relación laboral con la compañía COMISERSA S.A se le entregó un uniforme de trabajo al igual que a todos los demás trabajadores; que fue contratado como ayudante de cocina; que su horario de trabajo, entrada y salida no fue exactamente el mismo que el de la actora; y, que en roles de pago que recibía mensualmente constaba la liquidación de horas suplementarias y extraordinarias.

6.12.- La declaración testimonial de SANDRA JEANNETH NUÑEZ CASTRO rendido en la audiencia definitiva, sobre el interrogatorio verbal efectuado por los sujetos procesales y solicitada por la parte actora, en observancia de los preceptos jurídicos y motivación constante en el numeral 6.11. de esta sentencia, da a conocer que fue compañera de trabajo de la actora; que conoce a la actora desde que entraron a trabajar en el dos mil tres, que entró en noviembre y la actora en diciembre; que la actora era camarera, en el segundo piso del Hotel Ambato; que el horario de trabajo que tenía la actora fue lunes y viernes, de seis y media a tres de la tarde, que tenía libre los martes, y los otros días trabajaba de ocho a cinco de la tarde; que conoce el horario, porque cuando entraron a trabajar la jefa, la ama de llaves, la señora Magdalena Ruiz les dijo que tenían éste horario; que ese horario ha sido durante toda la relación laboral; que trabajan en los feriados; que trabajaba en los mismos horarios que la actora y a veces en carnaval se quedaban hasta más tarde unas dos horas más; que recibió al igual que la actora, uniforme de parte de su empleador, durante los años que estaban tres veces, uno era negro, el último que les dio era palo de rosa, y cuando recién entró era palo de rosa y un celestito; que no conoció de un Reglamento Interno de Trabajo; que nunca vio un Reglamento de Trabajo; que cuando entraban firmaban donde el guardia en la garita y de ahí iban a marcar en el reloj la entrada y la salida; que la actora es socia de la sociedad "TGC THE GLOBAL CATERING GROUP"; que la compañía sociedad "TGC THE GLOBAL CATERING GROUP", pretendió tomar en arriendo las instalaciones del Hotel Ambato, contrato actualmente a cargo de la empresa COMISERSA, pero que tiene entendido que cualquier persona puede participar para la licitación; que la relación laboral de la actora con la compañía COMISERSA S.A. terminó mediante un visto bueno otorgado legalmente por la Dirección de Trabajo de Tungurahua en su contra; que planteó un juicio laboral en contra de la compañía COMISERSA S.A. en la que reclamaba los mismos derechos que la actora, pero ya arreglaron; que trabajaba en la lavandería; que la actora trabajaba en el segundo piso y ella estaba en el primero; que el horario era rotativo y a veces coincidía con el de la actora.

6.13.- El juramento deferido de la actora rendido en la audiencia definitiva conforme el artículo 593 del Código del Trabajo, da a conocer que declara bajo juramento que trabajó para la parte demandada desde el uno de diciembre del dos mil tres hasta el quince de enero del dos mil catorce; que su remuneración cuando recién entró era de cuatrocientos dólares mensuales en el 2004 y de ahí ha ido subiendo unos diez, veinte y terminó percibiendo seiscientos dólares.

6.14.- La confesión judicial rendida por el demandado ANDRÉ PIERRE OBIOL PINTO, en la audiencia definitiva sobre el interrogatorio verbal efectuado en dicha diligencia por los sujetos procesales, acorde a los artículos 122 a 125 del Código Procesal Civil, considerando que dicho medio probatorio es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, no a su favor, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho, la que debe hacerse de una manera explícita y cuyas contestaciones deben contener de forma pura y llana el hecho o hechos preguntados, da a conocer que COMIDAS Y SERVICOS S.A. COMISERSA, es arrendataria del Hotel Ambato; que ha sometido a varias aprobaciones el Reglamento Interno, que la empresa COMISERSA tiene una existencia superior a los veinte y cinco años y en consecuencia han tenido que pasar por varios procesos de actualización de reglamentos internos

de trabajo; que el reglamento interno de trabajo con el que se despidió a la actora fue aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales el once de noviembre del dos mil trece; que los reglamentos de trabajo siempre los han puesto cercanos al lugar donde ellos registran su hora de entrada y salida, es decir en el reloj biométrico y anteriormente en el lugar donde picaban tarjeta, que el reglamento siempre estuvo puesto en una carpetita para que el recurso humano pueda verificar cuando lo requiera; que en el contrato laboral se estipula claramente que el personal debe sujetarse al reglamento interno de trabajo, y que el reglamento está a disposición de los trabajadores para el momento en el que lo requieran; que la señora Magdalena Rodríguez era la encargada de organizar los horarios de trabajo de los trabajadores en el Hotel Ambato, que por el proceso que implica las responsabilidades de Recursos Humanos, especifica que el Gerente Hotelero planifica las actividades con los responsables departamentales de acuerdo con la necesidad o demanda que tenga el hotel, es decir en caso de un feriado donde se demanda más ocupación, el departamento de recursos humanos organizará los demás departamentos para cumplir con sus necesidades, registrando las horas extras y los valores correspondientes a los trabajadores, los cuales se pueden constatar en los roles de pago que están firmados, en los que se puede ver que ellos han recibido todos sus honorarios; que los trabajadores del Hotel Ambato, incluida la actora firmaban su ingreso y salida donde el guardia de seguridad del Hotel Ambato, sin embargo en su sistema contable que hacen un control comparativo, se basan en el reloj digital y en la tarjeta que ellos acostumbraban a marcar; que conocieron de la existencia de "TGC THE GLOBAL CATERING GROUP" al momento en que se abrió la licitación para la administración del hotel; sin embargo conocieron de quienes eran socios a penas a partir del veinte y cinco de noviembre del dos mil trece, ya que tuvieron acceso a una copia notariada del acta o documento de constitución de la sociedad de hecho de quienes estaban y se dieron cuenta de que eran colaboradores de su empresa que se convocó a la licitación para el Hotel Ambato aproximadamente a finales del primer semestre del año dos mil trece.
6.15.- La confesión judicial rendida por el demandado PAÚL ANDRÉS PINTO MORENO, en la audiencia definitiva sobre el interrogatorio verbal efectuado en dicha diligencia por los sujetos procesales, acorde a los preceptos jurídicos citados en el numeral 6.14, da a conocer que declara que el Ministerio de Relaciones Laborales aprobó el reglamento interno de trabajo de la empresa COMIDAS Y SERVICOS S.A. COMISERSA, en noviembre del dos mil trece, que se abrió la licitación para el Hotel Ambato en julio del dos mil trece; que el reglamento siempre estuvo exhibido en el cuarto de los botones donde registran la entrada y salida, que ahí estuvo el último reglamento; que el reglamento apenas fue aprobado se lo colgó en un lugar visible; que la señora Magdalena Ruiz es la señora que distribuye los horarios de trabajo a los trabajadores del Hotel Ambato, incluida la actora, que ella era la anterior ama de llaves; que la actora trabajaba seis días a la semana; que tenía horario rotativo, ocho horas diarias y una hora de almuerzo; que cada persona tenía su tarjeta de registro y luego en el reloj biométrico; que el guardia de seguridad del Hotel Ambato también registraba el ingreso y salida de los trabajadores hace tiempo.
6.16.- La confesión judicial rendida por la actora ROSA ERLINDA YANCHAPANTA YANCHAPANTA, en la audiencia definitiva sobre el interrogatorio verbal efectuado en dicha diligencia por los sujetos procesales, acorde a los preceptos jurídicos citados en el numeral 6.14, da a conocer que declara que en el período comprendido entre el mes de noviembre del año dos mil trece hasta la presente fecha, es socia de la compañía denominada TGC THE GLOBAL CATERING GROUP; que la empresa TGC THE GLOBAL CATERING GROUP pretendió tomar en arriendo las instalaciones del Hotel Ambato, contrato actualmente a cargo de la empresa COMISERSA S.A., porque era un concurso abierto; que su relación laboral con la compañía COMIDAS Y SERVICOS COMISERSA S.A. terminó luego de que la Dirección Provincial de Trabajo de Tungurahua otorgó un visto bueno en su contra; que en todo el tiempo en el que lleva trabajando nunca tuvo conocimiento de un reglamento, luego de que le llegó la notificación, ahí pusieron un reglamento encima del reloj; que le pusieron el visto bueno por violación del reglamento del cual nunca tuvo conocimiento; que en todo el tiempo que trabajó les dieron tres uniformes, cuando entró a trabajar tenía un rosadito palo de rosa, después un negro y últimamente un rosado o palo de rosa; que utilizó su uniforme de trabajo hasta el quince de enero del dos mil catorce; que era camarera, también hacía labores de lavandería, de ama de llaves y al comienzo también colaboraba con el gerente yendo a arreglar su casa;

que antes de terminar su horario de trabajo el señor gerente les llevaba a su casa a limpiar, desde que entró a trabajar hasta que salió; que al interior del Hotel Ambato, a la derecha de la recepción, existe un cuarto de botones donde se colocan las novedades de la relación laboral y sus trabajadores, cuarto que últimamente lo tienen ahí desde que remodelaron el hotel, de ahí otra forma de picar era detrás de recepción, pero no ha habido ningún reglamento, ni siquiera le han dado una copia del contrato de trabajo o cuando le ha solicitado una hoja de recomendación para algún préstamo, tampoco les han dado; que la señora Magdalena Ruiz dentro de la compañía COMIDAS Y SERVICOS COMISERSA S.A. LA ACTORA RESPONDE trabajó hasta antes de carnaval del dos mil trece.

IV ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS IMPUGNACIONES

7.- TUTELA JUDICIAL, PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE CONTRADICCIÓN: Conforme los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador y 23 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de las juezas y jueces, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos o leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido, siendo obligación también el resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de dichos cuerpos jurídicos normativos y los méritos del proceso, aplicando el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, por lo que éste Tribunal debe resolver la controversia delimitada como objeto del litigio con el derecho que la rige, y en base a los hechos que obran del proceso, en cumplimiento además de la garantía básica del debido proceso establecida en el artículo 76.1 de la Constitución de la República del Ecuador, por la cual corresponde a toda autoridad, incluidas las judiciales, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, con el único límite dado por las mismas partes al concretar sus pretensiones y excepciones en observancia del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con sus derechos de acción y contradicción, respectivamente.

8.- RELACIÓN LABORAL: La existencia de la relación laboral constituye el punto inicial a verificar para efectos de determinar la existencia o no de derechos laborales insatisfechos a favor de la parte actora, para lo cual es menester determinar si entre actor y demandado ha existido vínculo laboral originado en un contrato individual de trabajo, en los términos del artículo ocho del Código del Trabajo, que señala: "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 o la costumbre", hecho que no está en discusión dado el reconocimiento expreso de la parte demandada en la audiencia preliminar.

9.- TIEMPO DE SERVICIOS Y REMUNERACIÓN: Establecida la relación laboral, es preciso determinar el tiempo de servicios y la remuneración de la parte trabajadora, a efectos de proceder con los cálculos de ley en el caso de que existieren haberes injustificados a su favor. Para ello, se tiene que las partes concuerdan en que la relación laboral inició el 1 de diciembre del 2003 y se extendió hasta el 14 de enero del 2014, tal y como se puede extraer de las afirmaciones constantes en la demanda y su contestación; y, como remuneraciones de la parte actora las que se desprenden de las pruebas analizadas en los numerales 6.6 y 6.8 de esta sentencia, ya que "...la prueba más idónea y fidedigna para efectos de demostrar la remuneración percibida, es el rol de pagos. Consecuentemente, obrando del proceso estos instrumentos, obviamente que no procede acudir a la prueba supletoria del juramento deferido..." (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL, resolución 108-2009, juicio 145-2008), siendo la última remuneración de la actora de USD $ 426,12 por el mes de diciembre del 2013.

10.- PRETENSIONES: En relación con los hechos determinados en los numerales y ordinales precedentes de esta sentencia, y aplicando el derecho propio de casa especie, institución y concepto jurídico, se analizan las pretensiones de la demanda y con la argumentación que para cada caso se establece, así:

10.1.- IMPUGNACIÓN DEL VISTO BUENO: El Código del Trabajo en su artículo 172.2 determina que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados; cuya acción

conforme el artículo 636 del mismo Código, prescribe en un mes, el que en observancia de la resolución generalmente obligatoria mientras la ley no dispusiere lo contrario, dictada por el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 01 de julio de 1998, publicada en el Registro Oficial nro. 365 de 21 de julio de 1998 y en la Gaceta Judicial, Serie XVI, nro. 12, de Mayo-Agosto de 1998, p. 3319, debe computarse desde la fecha en que ocurrieron los hechos determinantes de la petición de visto bueno. En la especie, conforme la prueba analizada en el numeral 6.6.2 de líneas precedentes, la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Ambato, mediante resolución nro. MRL-DRTSP3-2013-0405-R2-JS de fecha 11 de noviembre del 2013, ha aprobado el REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO de la empresa demandada, en cuyo artículo 34 letras v. y w. determina como prohibiciones del EMPLEADO y causal para la terminación directa del contrato previo visto bueno, las conductas antes especificadas y que han sido aceptadas por el Inspector del Trabajo en la resolución analizada en el numeral 6.7.4 de este fallo; empero, conforme la conclusión expuesta en el numeral 6.6.4, la actora es socia de la SOCIEDAD DE HECHO TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP, desde el 25 de enero del 2013, es decir más de 9 meses antes de la creación jurídica de las prohibiciones contempladas por el Reglamento Interno de Trabajo, que por el principio de irretroactividad universalmente aceptado, no pueden aplicarse a hechos anteriores a su génesis en derecho, aún cuando estos hechos se mantuvieren en lo posterior, pues aceptar la tipificación de conductas que constituyan causal de visto bueno y por ende de terminación de la relación laboral, en forma posterior a la existencia material de aquellas es una forma de dar apariencia de legalidad a un verdadero despido intempestivo que se encubre en los formalismos y literalidad de un texto jurídico posterior y el procedimiento administrativo en el que se lo invoca, afectando con ello el derecho a la estabilidad de la trabajadora garantizado en el artículo 14 del Código del Trabajo en relación con el artículo 188 eiusdem, en el cual se contempla la indemnización en el caso de que se rompiera dicha estabilidad; por lo que, la impugnación que efectúa la parte accionante al visto bueno es procedente debiendo considerarse además:
10.1.1. El contrato de trabajo, entre la parte actora y la parte demandada "COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA", regulado por el Código del Trabajo, conforme al artículo 37, también es una ley para las partes conforme al artículo 1561 de la Codificación del Código Civil, que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y que obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. En el caso bajo análisis, no se ha adjuntado al proceso el contrato de trabajo celebrado entre las partes, por lo que no existe forma alguna de verificar procesalmente que la parte actora desde un comienzo se sometió en forma expresa a los Reglamentos Internos de la Empresa, que al decir de la parte demandada, conforme la confesión judicial citada en el numeral 6.14 de esta sentencia, ha tenido que pasar por varios procesos de "actualización", la que reconocida expresamente por la parte demandada, abona más a favor de la tesis de la parte accionante que de la parte demandada, pues no sería aceptable que se "actualice" un Reglamento Interno de una empresa, con el objetivo oculto de generar causas supervinientes de terminación de la relación laboral para desvincular de su nómina a determinadas personas; y, tampoco en el Reglamento Interno de la empresa aprobado en el año 2013 y que se analiza en este juicio, se ha hecho constar disposición alguna que le conceda efecto retroactivo. "... Por consecuencia de la irretroactividad de las leyes, salvo leyes interpretativas o expresa disposición en contrario, los llamados <derechos adquiridos> según la legislación anterior, deben ser respetados por la norma jurídica posterior; II) ¿Pero cuándo, en qué momento se puede considerar un derecho como <adquirido>?. Según Gabba (citado por el Dr. Juan Carlos Smith en el Tomo XXIV, Pág. 1001 de la Enciclopedia Jurídica OMEBA), <derecho adquirido es el que entra a formar parte del patrimonio de una persona como consecuencia de un acto idóneo susceptible de producir efectos jurídicos según la ley vigente al tiempo de su realización>..." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIctadas en (sic): Expediente de Casación 221, publicada en el Registro Oficial 450 de 26 de octubre del 2004; Expediente de Casación 239, publicada en el Registro Oficial 409 de 30 de agosto del 2004; y, Expediente de Casación 307, publicada en el mismo Registro Oficial 409); y, está claro que la estabilidad laboral de la actora es un derecho susceptible de producir efectos jurídicos que requiere de especiales circunstancias y expresas disposiciones jurídicas para ser restringido o limitado.

10.1.2.- El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, señala que la ley, en la que se incluye la ley contractual conforme el artículo 1561, no dispone sino para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, artículo 7, cuya regla 18, determina que: "En todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1ro., las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y, 2. las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido"; vale decir, lo que permite la ley es únicamente aplicar la pena vigente al tiempo en que se cometió la infracción contractual, pero no introducir nuevas infracciones contractuales; y, la relación contractual de tipo laboral existente entre los litigantes de esta causa, al 25 de enero del 2013, no contemplaba como causal de visto bueno, las conductas que 9 meses después se introdujeron en el Reglamento Interno de Trabajo de la persona jurídica demandada. "...En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, como aparece de la resolución nro. 468-99 dictada por los señores Magistrados de esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, de 5 de octubre de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 295 de 22 de marzo de 2001, Gaceta Judicial Serie 17 nro. 3, página 684 (síntesis), sentencia que abunda en comentarios sobre el principio de la retroactividad de la ley, respaldándolos en la opinión de eminentes juristas tales como el doctor Luis Felipe Borja en sus "Estudios del Código Civil Chileno"; los maestros Arturo Alessandri y Manuel Somarriva de la Universidad de Chile; el tratadista Luis Claro Solar de la misma nacionalidad, el cual, luego de expresar que los efectos del contrato son regidos por la Ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento y están al abrigo de un cambio de legislación", hace esta importante declaración: "De modo, pues, que al decir del Art. 1545 [1561] que el contrato es ley para los contratantes, se dirige al mismo tiempo al Juez, desde que suscitándose cualquiera controversia entre los contratantes referente a la ejecución del contrato, es el Juez el llamado a procurar, como autoridad pública, el cumplimiento de las obligaciones tales como en el contrato fueron establecidas. El Juez no puede alterar las obligaciones que el contrato establece, si pudiera hacerlo fundándose en la equidad, desaparecería la confianza en la fuerza de las convenciones". Por fin, el tratadista ecuatoriano, Monseñor Juan Larrea Holguín, citado en la misma sentencia, expresa lo siguiente: "Las leyes no tienen normalmente efecto retroactivo porque si lo tuvieran dejarían de ser aquella norma racional que debe ser previamente conocida. Además, la irretroactividad de la ley es una garantía de seguridad y estabilidad de los derechos: quien ha actuado de conformidad con la ley vigente, no tiene que preocuparse por unos posibles cambios que posteriormente pueda sufrir la legislación; los actos realizados conforme a la ley vigente no pueden acarrear consecuencias perjudiciales desde el punto de vista jurídico, para quien los realizó ciñéndose al Derecho, aunque ese Derecho pueda posteriormente variar. La irretroactividad de la ley es una garantía admitida por todo derecho civilizado. En el Código de Justiniano se expresaba con palabras tomadas de una Constitución de Teodosio II del año 440, así: las leyes y las constituciones deben dar forma cierta a los asuntos futuros, no revocar los hechos pretéritos; a no ser que expresamente se comprendan así los asuntos pretéritos como los que en la actualidad pendan." ("DERECHO CIVIL", TOMO I. 1464, páginas 111 y 112)..." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. SALA DE CONJUECES PERMANENTES, RESOLUCIÓN DE CASACIÓN de 25 de septiembre de 2003, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 12. Página 3838).

10.1.3.- El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina 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, y de aceptarse la posición de la parte demandada, y aplicar a la actora una reglamentación sobreviniente en el desarrollo de la relación laboral en cuanto establece causales de visto bueno para la terminación del contrato que anteriormente no existían, evidentemente que afecta el citado principio constitucional. "...La seguridad jurídica en la doctrina es vista como un principio universalmente reconocido del derecho 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 la 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 esto se produzca, se establezcan

los mecanismos adecuados para su tutela; sin embargo vale expresar que los principios de la seguridad jurídica y la aplicación no retroactiva de la ley, no son absolutos, puesto que deben ser analizados en concordancia con las normas constitucionales e interpretados de forma integral y progresiva, como lo establece el artículo 427 de la Constitución..." (CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia No. 006-09-SEP-CC, CASO: 0002-08-EP); y, en tal sentido, la misma Constitución de la República del Ecuador, señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, lo que incluye los procedimientos administrativos de visto bueno, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye como garantía básica, el no ser juzgado ni sancionado por actos u omisiones que, al momento de cometerse, no estén tipificados en la ley como infracción (artículo 76.3), así como que, los de derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario (artículo 326.2); por lo que, de forma integral y progresiva, fácilmente se arriba a la conclusión por la cual no le es aplicable a la actora las causales de visto bueno establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo aprobado 9 meses después de los hechos en él tipificados y reconocidos en la resolución dictada por el Inspector del Trabajo, pues al momento de cometerse las informadas infracciones, los presupuestos fácticos que las tipifican en la actualidad no constituían conductas prohibidas legalmente; y, el tipificarlas después de su cometimiento, sin precisar la situación jurídica e intracontractual de las conductas continuadas en el tiempo, modificando por acuerdo expreso la ley contractual y concediendo incluso un plazo perentorio a fin de permitir que sus dependientes laborales se ciñan en forma clara al nuevo régimen contractual, e iniciar un visto bueno menos de 30 días después de la vigencia del nuevo reglamento interno, a fin de dar por terminada la relación contractual con la demandante, enuncia un menoscabo de su derecho a la estabilidad laboral, reprochable desde el punto de vista constitucional y susceptible de la tutela judicial garantizada en el artículo 75 eiusdem.

10.1.4.- La libertad de empresa y de contratación, también son derechos reconocidos por nuestra Constitución vigente en sus artículos 66.16 y 319, que en lo absoluto se desconocen a favor de la parte demandada, pero estos deben observarse y aplicarse en forma armónica e integral, conforme determina el artículo 427 de la misma norma suprema, con los también derechos constitucionales que protegen a la trabajadora que como parte más débil de la relación contractual, y por ese natural desequilibrio de equivalencia de condiciones en la negociación, gozan de la protección adicional que surge del carácter tuitivo del derecho laboral reconocido en el artículo 5 del Código del Trabajo y otras tantas disposiciones legales y precedentes jurisprudenciales; por ello, si la parte demandada estima que la actora ha estado ejerciendo actividades que riñen con sus políticas empresariales, siempre le queda la potestad directiva de privarse de sus servicios con la consecuente carga indemnizatoria, pero no le es permitido generar en el transcurso de la relación laboral, causales de visto bueno para privar a la trabajadora de la indemnización que le corresponde. En todo caso, se debe recordar que aún en el supuesto de que se pudiera llegar a establecer duda en la aplicación a la actora del Reglamento Interno de Trabajo, lo que no sucede en la especie por la extensa motivación precedente, esta duda siempre debe resolverse a favor de la parte trabajadora por expresa disposición de los artículos 326.3 de la Constitución de la República de Ecuador y 7 del Código del Trabajo, que contemplan el principio indubio pro operario.

10.1.5.- Los argumentos de la apelación de la parte demandada, por tanto carecen de sustento, y se precisa en relación a ellos, que si la resolución del visto bueno no es vinculante en sede jurisdiccional, que por provenir de la sede administrativa tiene únicamente el valor de informe, como se determinó en el numeral 6.7.4 de esta sentencia, mucho menos lo son las investigaciones y actuaciones administrativas, que en estricto sentido procesal, no tienen la calidad de pruebas como erradamente sostiene la parte recurrente, ya que conforme el artículo 117 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, "sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio" y el trámite administrativo de visto bueno no es un juicio, sino como señala el artículo 621 del Código del Trabajo una investigación en cuya resolución "...deberá constar los datos y motivos en que se funde...". En todo caso, éste Tribunal ha valorado como prueba los documentos que obran del expediente de visto bueno con criterio judicial, teniendo en cuenta que "...Entre los requisitos para la procedibilidad del traslado de la prueba se encuentra: a) el que sean las mismas partes en los dos procesos, ya que si son diferentes, no se podría

hacer valer lo ocurrido en un proceso contra quien tendría la calidad de tercero; b) la prueba deberá hacerse valer en el segundo proceso contra la parte que solicitó su práctica en el primer proceso, o por lo menos que se la haya actuado previa notificación a fin de que haya podido oportunamente contradecirla; c) la prueba que se pretende trasladar debe haberse actuado conforme a derecho; d) la prueba trasladada debe haber sido idónea para acreditar los hechos en el proceso dentro del cual se actuó, ya que de lo contrario un medio probatorio no idóneo no podría mejorar su calidad por el simple arbitrio de trasladarla a otro proceso; y deberá tenerse en cuenta que, por el traslado, no se modifica la naturaleza de la prueba: así, por ejemplo, las declaraciones testimoniales siguen siendo tales y no pasan a ser pruebas instrumentales; e) el juez, en el segundo proceso, deberá realizar la valoración de la prueba trasladada teniendo en cuenta factores adicionales relativos a las facetas subjetivas que puedan presentar; por lo mismo, hay que diferenciar el medio probatorio empleado: si se trata de una inspección judicial, una declaración de testigos, sin lugar a dudas que los elementos subjetivos y las circunstancias o entorno del proceso dentro del cual se han rendido, tienen un peso específico más o menos grande, a veces gravitante, que únicamente el juez de la causa, quien por el principio de inmediación ha estado (o debía estar) directamente en contacto con la producción de tales pruebas, podrá apreciar adecuadamente al momento de resolver; pero un juez ajeno a la causa mal puede realizar esta labor de decantación de la carga subjetiva hasta llegar a la verdad objetiva; en otras pruebas, como sería una confesión de parte o una absolución de posiciones, un informe técnico o científico, la verdad objetiva tiene más posibilidad de alcanzarse; f) deberá examinarse, además, la procedencia de tales medios probatorios en el proceso al cual se lo traslada, no en el que se rindieron; así, aunque las declaraciones de testigos consten ya documentadas, por haberse rendido en otro proceso en el cual tales declaraciones eran admisibles para probar, por ejemplo, el hecho de la posesión, no tendrán mérito probatorio alguno para demostrar la celebración de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres, al tenor de lo que dispone el artículo 1753 del Código Civil [actua1 1712]; g) finalmente, se tendrá en cuenta que no existan los vicios de forma anotados en el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil [actual 167], o sea: 1. Que no estén diminutos; 2. Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y, 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar. Este último número implica que en el proceso en donde se actuaron esos medios de prueba, no han de estar cuestionados procesalmente los hechos que se pretenden acreditar con los mismos: debe advertirse que lo anterior presenta un desafío para la admisión del traslado de las pruebas actuadas dentro de un proceso nulo, ya que en tal hipótesis estrictamente no habrá instancia ni recurso pendiente, pero tampoco habrá prueba. Por lo tanto, el traslado de una prueba puede o no ser admitida atendiendo a la clase de la misma y a las circunstancias en que se la practicó, valorándola según las reglas de la sana crítica." (RESOLUCIÓN nro. 190-2002, R. O. 709 de 21-nov-02, G. J. XVII nro. 10), análisis jurisdiccional que ha determinado, por los principios citados en numerales precedentes, que no puede aplicarse a la actora las prohibiciones supervinientes en el Reglamento Interno de Trabajo, siendo por tanto intrascendentes las disquisiciones lógico gramaticales de si la actora constituyó una sociedad o es socia, accionista, participe, etc. de ella, así como los argumentos alrededor de la prescripción de la acción de visto bueno y lo referente a la teoría de la reparación de los daños continuados o permanentes, además de que es requisito ineludible para entrar en tal teoría, el haber justificado previamente el hecho causal del daño o la conducta ilícita que origine la obligación indemnizatoria, lo que no existe en la especie dada la irretroactividad antes analizada.

10.2.- DESPIDO INTEMPESTIVO Y DESAHUCIO: Conforme la resolución generalmente obligatoria mientras la ley no dispusiere lo contrario, dictada por el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 8 de marzo de 1990, publicada en el Registro Oficial nro. 412 de 6 de abril de 1990 y en la Gaceta Judicial Serie XV, nro. 07, de Enero-Abril de 1990, p. 2096; en los casos en que el Juez del Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo, como resulta en el caso subjúdice, por lo que ha lugar la indemnización por despido intempestivo y desahucio requeridas en la demanda, conforme los artículos 188

y 185 del Código del Trabajo, esto es, por cuanto ha superado los tres años de servicio, y tomando en cuenta que la fracción de año se considerará como año completo, con el valor correspondiente a una remuneración por cada año de trabajo, y, el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la parte empleadora.

10.3.- REMUNERACIÓN PENDIENTE DE PAGO.- Conforme la prueba analizada en el numeral 6.3 de esta sentencia, que coincide con lo expuesto en el numeral 6.6.5 ut supra, esta pretensión ha sido satisfecha en sede administrativa, sin que se haya justificado en esta causa, que la falta de cobro ante la autoridad administrativa, por parte de la actora, como alega en su recurso, se deba a causas imputables a la parte demandada; y, si bien el artículo 83 del Código del Trabajo, determina el plazo de un mes para el pago de sueldos, el artículo 94 del mismo Código señala que "...el empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador..."; por lo cual, si ha justificado el pago del valor proporcional de la remuneración de la actora por los 14 días del mes de enero del 2014 ante el Inspector del Trabajo de Tungurahua, en forma previa incluso al inicio del presente juicio, no corresponde ordenar su pago y mucho menos imponer la sanción que establece el artículo 94.

10.4.- DÉCIMA TERCERA REMUNERACIÓN: Conforme al artículo 111 del Código del Trabajo, la accionante tiene derecho en concepto de décimo tercera remuneración, al pago de una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubiere percibido o debido percibir durante el año calendario respectivo, en lo que debe incluirse los rubros que señala el artículo 95 eiusdem, esto es: "...todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio..."; por otro lado, conforme se indica en la confesión judicial valorada en el numeral 6.15 de líneas precedentes, se ha reconocido que la actora trabajaba seis días a la semana y ocho horas diarias, es decir un total de 48 horas a la semana, lo que supera la jornada máxima de trabajo contemplada en los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo; por lo que, este rubro es parcialmente procedente, en cuanto tiene relación el pago de la décimo tercera remuneración sobre los montos no cancelados por jornadas extraordinarias, teniendo cuenta además el pago justificado en los numerales 6.5 y 6.6.5 de esta sentencia.

10.5.- DÉCIMA CUARTA REMUNERACIÓN: Conforme la prueba analizada en el numeral 6.5 de esta sentencia, que coincide con lo expuesto en el numeral 6.6.5 *ut supra,* esta pretensión ha sido satisfecha, por lo que no es procedente el pago de lo establecido en el artículo 113 del Código del Trabajo.

10.6. -VACACIONES: En observancia de los artículos 69 y 71 del Código del Trabajo, normas jurídicas por las cuales todo trabajador tiene derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables, por lo cual corresponde en caso de liquidación, incluso en forma proporcional, la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por las horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 del Código del Trabajo; vista la prueba analizada en el numeral 6.5 y 6.6.5 se concluye que este rubro es improcedente, en virtud de que ha gozado de las vacaciones en los períodos 2003 a 2013, y se ha depositado a su orden el proporcional correspondiente al último año de la relación laboral.

10.7.- HORAS SUPLEMENTARIAS: Conforme la prueba analizada en el ordinal anterior de este fallo no se ha justificado la existencia de horas suplementarias, pues el testimonio valorado en el numeral 6.11 de esta sentencia no es decisivo para poder determinarlas, al momento en que el testigo ELVIS RAFAEL VALLE PÉREZ señala que su horario de trabajo, entrada y salida no fue exactamente el mismo que el de la actora, por lo que no resulta convincente que sepa con exactitud la existencia de jornadas adicionales a la máxima diaria de trabajo, además de que el mismo testigo señala que en los roles de pago que recibía mensualmente

constaba la liquidación de horas suplementarias; igual apreciación se puede hacer del testimonio de SANDRA JEANNETH NUÑEZ CASTRO (numeral 6.12), quien manifiesta que el horario era rotativo y a veces coincidía con el de la actora. Por lo dicho, no ha lugar el pago de este rubro.

10.8.- HORAS EXTRAORDINARIAS: Conforme se concluye en el numeral 10.4 de esta sentencia, se ha reconocido en forma expresa por la parte demandada que la actora ha laborado un total de 48 horas a la semana en seis días, lo que supera la jornada máxima de trabajo contemplada en los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo, por los cuales la jornada máxima de trabajo obligatorio no puede exceder de ocho horas diarias hasta un total de cuarenta horas semanales, repartidas en cinco jornadas en la semana; y, los días sábados y domingos serán de descanso forzoso, debiendo para el caso en que no se pudiere interrumpir el trabajo en tales días, designarse otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores; por lo que es parcialmente procedente el pago de este rubro, descontando lo pagado por aquel, conforme los numerales 6.5 y 6.6.5 de esta sentencia, cuyo cálculo de primera instancia no ha sido impugnado por la parte accionante, sin que sea procedente la impugnación de la parte accionada, pues aún cuando no se ha determinado en el proceso, en que días se ha laborado en jornada extraordinaria, esto no obsta su pago, pues reconocida en forma expresa la existencia de jornada de trabajo, más allá del máximo legal permitido, conforme la expresa norma citada, debía designarse otro tiempo igual de la semana para el descanso, cuya inobservancia, genera la misma retribución, pues no sería coherente que habiendo trabajado de sábado a miércoles, por poner un ejemplo, se pretenda pagar a la trabajadora la jornada normal de trabajo por los días jueves y viernes, cuando el valor de tales días de descanso forzoso ya forman parte de la remuneración conforme señala el artículo 53 del Código del Trabajo; y, en cuanto a las diferencias estas no se pueden reconocer a favor de la parte demandada, por no ser parte del objeto del litigio, ya que nada dijo al respecto al momento de contestar la demanda, que es el acto procesal que limita el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal conforme los principios citados en el numeral 7 de este fallo.

10.9.- FONDOS DE RESERVA: Según dispone el artículo 202 del Código del Trabajo, "...Al trabajador que no se hallare afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni en los casos previstos en el artículo 200, el empleador le entregará directamente al separarse del servicio el trabajador reclamante, por cualquier motivo que tal separación se produzca, el valor total de su fondo de reserva, además de los intereses del seis por ciento anual sobre cada uno de los fondos devengados a partir de la fecha en que fueron causados, siempre que el trabajador no hubiere hecho uso anticipado de ellos en la forma que la ley lo permite..."; por lo que, habiéndose justificado según la prueba valorada en el numeral 6.8, que el actor se halla afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, este rubro es improcedente.

10.10.- ROPA O VESTIDO ADECUADO.- para el trabajo: En observancia del artículo 42.29 del Código del Trabajo es obligación del empleador suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios; conforme se aprecia en la confesión judicial rendida por la parte actora, valorada en el numeral 6.16, ha recibido tres uniformes, sin que conste justificación en el proceso de que la parte empleadora, haya entregado más uniformes por los demás años a la parte accionante, incluso en la prueba analizada en el numeral 6.5, la parte demandada ha emitido el "REGLAMENTO DE ENTREGA Y MANEJO DEL UNIFORME", que es abiertamente violatorio de la citada norma legal, al contemplar en su artículo 1 letra b) que los uniformes serán "...proveídos por COMISERSA, sin ningún costo para los empleados (as) y serán entregados cada 2 años..."; por lo que, corresponde ordenar su pago por el tiempo de servicios, descontando los tres uniformes reconocidos por la parte accionante; pues no se ha justificado que dicha obligación se haya cumplido en su totalidad; por ello, en aplicación de la resolución obligatoria de la Corte Suprema publicada en el Registro Oficial 421 del 28 de mayo de 1983, que señala que "el empleador está obligado a cancelar en dinero el valor de la ropa de trabajo si no hubiere cumplido con la obligación que le impone el art. 41 (actual 42) nro. 29 del Código del Trabajo, mientras dure la relación laboral"; y de la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicada en el Registro Oficial 713 del veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno que determinó "suspender parcialmente por inconstitucionalidad de fondo, la resolución tomada por la Corte Suprema de Justicia, el 18 de mayo de 1982 y publicada en el Registro Oficial

nro. 421, de 28 de mayo de 1983, en la parte de la frase que dice: 'mientras dure la relación laboral'"; se ratifica el valor fijado por la Jueza A quo en su liquidación, ya que ello no ha sido impugnado por la parte actora.

10.11.- 10% ADICIONAL AL CONSUMO POR CONCEPTO DE PROPINAS: El Decreto Supremo 1269, publicada en el Registro Oficial 295 de 25 de agosto de 197 (sic), reformado por el artículo 61 de la Ley 2002-97, Ley de Turismo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 733 de 27 de diciembre del 2002, señala "… Art. 1. En los establecimientos de hoteles, bares y restaurantes de primera y segunda categorías del país se cobrará, a partir de la vigencia del presente decreto, el 10% adicional al consumo, en concepto de propinas en beneficio de los trabajadores del respectivo establecimiento, las que no se considerarán como retribución accesoria normal...". Por su parte, el Acuerdo Ministerial 7 publicado en el Registro Oficial 36 de 08 de marzo del 2007, señala "Art. 1. Para fines de la aplicación del Decreto Supremo 1269, publicado en el Registro Oficial nro. 295 de 25 de agosto de 1971, se entenderá por consumos el valor correspondiente al precio que se pague por los servicios que sean prestados por todos los establecimientos señalados en el decreto supremo que se reglamenta y categorizados como tales por el Ministerio de Turismo. Art. 2. Son beneficiarios del 10% adicional al consumo todos los trabajadores sujetos al Código del Trabajo que presten sus servicios en empresas o establecimientos de hoteles, bares y restaurantes cuyas categorías se expresan más adelante, a excepción de los representantes legales de la empresa o establecimientos en el caso de ser personas jurídicas, o sus propietarios y administradores en el caso de ser personas naturales..." determinando más adelante los establecimientos en los que debe cobrarse, el procedimiento de recaudación, control y reparto, y las prohibiciones y sanciones por incumplimiento. De lo expuesto se tiene que este rubro surge del monto de consumo facturado por precio de los servicios prestados por la respectiva empresa, por lo cual es prueba imprescindible para su cálculo, el cuantificar las ventas efectuadas a fin de establecer el monto total a distribuir, empero no existe prueba alguna de tal cifra en el proceso, sin que en la demanda, que es en donde se fijan los hechos materia de juzgamiento conforme los principios citados en el numeral 7 de este fallo, la parte actora haya señalado monto alguno que le corresponda por tal concepto, sino tan solo su forma de cálculo, parte accionante que incluso frente a la exhibición señalada en el numeral 6.6.3 de esta sentencia no efectuó reparo alguno respecto de la omisión de dejar copias de los documentos exhibidos en el proceso; y, sin que pueda tenerse por cierto lo que afirma la parte demandante en su recurso de apelación, respecto a que le corresponde por tal monto un total de USD $ 241,97 que es lo depositado en la Dirección General del Trabajo conforme lo determinado en el numeral 6.3 y 6.6.5 de esta resolución, tanto porque la presunción que contempla el inciso final del artículo 581 del Código del Trabajo, es aplicable solo cuando la parte demandada se ha negado a cumplir con la diligencia señalada, ha obstaculizado el acceso a tales documentos o no ha cumplido con el mandato impuesto, lo que no resulta en la especie, cuanto porque dicha afirmación es extemporánea, ya que ella debía ser efectuada en la demanda; rubro que además, por la expresa manifestación de la primera norma legal antes citada, no se considerará como "...retribución accesoria normal...", por lo que no forma parte de la remuneración en los términos del artículo 95 del Código del Trabajo, como erróneamente sostiene la parte demandante. Por lo dicho, no ha lugar el pago de este rubro.

10.12.- INTERESES: Conforme al artículo 614 del Código del Trabajo, las sentencias que condenen al pago del salario mínimo vital, pensiones jubilares, sueldo y salarios, remuneraciones básicas, decimotercera, decimocuarta, decimoquinta remuneraciones, vacaciones, bonificación complementaria y compensación al incremento del costo de la vida, dispondrán además el pago del interés legal que estuviere vigente para préstamo a corto plazo al momento de dictarse la sentencia definitiva, calculados desde la fecha en que debieron cumplirse tales obligaciones, según lo dispuesto en la sentencia e inclusive hasta el momento en que ésta se ejecute y sean pagados los valores correspondientes; norma legal que agrega que se ordenará el pago de los intereses cuando el demandado consigne los valores correspondientes a los indicados conceptos, hasta la audiencia de conciliación en el juzgado respectivo. En la especie, conforme los numerales precedentes se ha estimado procedentes el pago de décimo tercera remuneraciones, por lo que ha lugar el pago del interés legal vigente para préstamo a corto plazo, sobre tales rubros, calculado desde la fecha en que debieron cumplirse tales obligaciones, hasta el momento en que esta

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

sentencia se ejecute y sean pagados los valores correspondientes.

10.13.- COSTAS PROCESALES Y HONORARIOS: El segundo inciso del artículo 588 del Código del Trabajo señala: "...las costas judiciales y los honorarios de la defensa del trabajador, serán de cuenta del empleador demandado, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador", condena objetiva en costas que obliga a la parte empleadora derrotada total o parcialmente en el litigio al pago dichos rubros que reclamó expresamente en su demanda la actora y que han sido reconocidos en la sentencia de primera instancia, debiendo observar el artículo 342 para de la Codificación del Código de Procedimiento Civil para la segunda instancia.

11.- EXCEPCIONES: La excepción de negativa pura y simple, carece de sustento por lo analizado en este fallo y por cuanto en la misma contestación a la demanda, la parte demandada efectúa afirmaciones que le impuso cargas probatorias específicas que contradicen dicha excepción y que ratifican la existencia de obligaciones insolutas en los términos de esta sentencia, pues no existe medio de prueba alguno aportado por la parte demandada, que sustente fáctica y jurídicamente dicha excepción y tales afirmaciones, lo que además denota el incumplimiento de su carga probatoria conforme los artículos 113 y 114 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil. Las excepciones de falta de derecho, solución o pago efectivo y falta de competencia, son parcialmente procedentes tal y como queda analizado en los numerales precedentes.

12.- LIQUIDACIÓN: En acatamiento de la resolución generalmente obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario, dictada por el Pleno de la Corte Suprema Justicia, el 3 de febrero de 1999, publicada en el R.O. 138 de 1 de marzo de 1999 y en la Gaceta Judicial Serie XVI, nro. 14, p. 3844 que dispuso que "...los jueces y tribunales de instancia en materia laboral, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, estarán obligados a determinar en sus fallos, la cantidad que se debe pagar.", se procede a determinar lo que corresponde pagar la parte demandada a la parte actora, con base al siguiente detalle y operaciones:

MES AÑO	REMUN. BASE	HORAS EXTRAS	H. EXTRAS PAGADAS	DIFERENCIA H. EXTRAS A PAGAR	DÉCIMO TERCERA H. EXTRAS	VESTIDO
2003						
Diciembre						20,00
2004						
Enero	135,62	36,17	0,00	36,17		
Febrero	135,62	36,17	0,00	36,17		
Marzo	135,62	36,17	0,00	36,17		
Abril	135,62	36,17	0,00	36,17		
Mayo	135,62	36,17	0,00	36,17		
Junio	135,62	36,17	0,00	36,17		
Julio	135,62	36,17	0,00	36,17		
Agosto	135,62	36,17	0,00	36,17		
Septiembre	135,62	36,17	0,00	36,17		
Octubre	135,62	18,08	0,00	18,08		

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Noviembre	135,62	36,17	0,00	36,17		
Diciembre	135,62	36,17	0,00	36,17	31,64	20,00
2005						
Enero	150,00	40,00	32,70	7,30		
Febrero	150,00	40,00	42,41	0,00		
Marzo	150,00	40,00	56,05	0,00		
Abril	150,00	40,00	42,73	0,00		
Mayo	150,00	40,00	35,96	4,04		
Junio	150,00	40,00	51,07	0,00		
Julio	150,00	40,00	40,65	0,00		
Agosto	150,00	40,00	36,48	3,52		
Septiembre	150,00	40,00	18,76	21,24		
Octubre	150,00	20,00	40,65	0,00		
Noviembre	150,00	40,00	0,00	40,00		
Diciembre	150,00	40,00	0,00	40,00	9,36	20,00
2006						
Enero	160,00	42,67	45,34	0,00		
Febrero	160,00	42,67	45,34	0,00		
Marzo	160,00	42,67	47,43	0,00		
Abril	160,00	42,67	0,00	42,67		
Mayo	160,00	42,67	0,00	42,67		
Junio	160,00	42,67	0,00	42,67		
Julio	160,00	42,67	39,22	3,45		
Agosto	160,00	42,67	45,29	0,00		
Septiembre	160,00	42,67	33,70	8,97		
Octubre	160,00	21,33	23,75	0,00		
Noviembre	160,00	42,67	55,24	0,00		
Diciembre	160,00	42,67	41,43	1,24	15,03	20,00

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2007						
Enero	170,00	45,33	36,46	8,87		
Febrero	170,00	45,33	36,46	8,87		
Marzo	170,00	45,33	20,99	24,34		
Abril	170,00	45,33	37,57	7,76		
Mayo	170,00	45,33	32,04	13,29		
Junio	170,00	45,33	0,00	45,33		
Julio	170,00	45,33	41,98	3,35		
Agosto	170,00	45,33	36,46	8,87		
Septiembre	170,00	45,33	24,31	21,02		
Octubre	170,00	22,67	29,83	0,00		
Noviembre	170,00	45,33	33,14	12,19		
Diciembre	170,00	45,33	29,83	15,50	12,93	20,00
2008						
Enero	200,00	53,33	25,00	28,33		
Febrero	200,00	53,33	32,50	20,83		
Marzo	200,00	53,33	25,00	28,33		
Abril	200,00	53,33	32,50	20,83		
Mayo	200,00	53,33	17,50	35,83		
Junio	200,00	53,33	25,00	28,33		
Julio	200,00	53,33	30,00	23,33		
Agosto	200,00	53,33	40,00	13,33		
Septiembre	200,00	53,33	33,75	19,58		
Octubre	200,00	26,67	37,50	0,00		
Noviembre	200,00	53,33	40,00	13,33		
Diciembre	200,00	53,33	30,00	23,33	20,63	20,00
2009						
Enero	218,00	58,13	35,43	22,70		
Febrero	218,00	58,13	44,96	13,17		

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Marzo	218,00	58,13	54,50	3,63		
Abril	218,00	58,13	28,61	29,52		
Mayo	218,00	58,13	35,43	22,70		
Junio	218,00	58,13	32,70	25,43		
Julio	218,00	58,13	46,33	11,80		
Agosto	218,00	58,13	32,70	25,43		
Septiembre	218,00	58,13	38,15	19,98		
Octubre	218,00	29,07	36,79	0,00		
Noviembre	218,00	58,13	46,33	11,80		
Diciembre	218,00	58,13	46,33	11,80	17,46	20,00
2010						
Enero	240,00	64,00	34,50	29,50		
Febrero	240,00	64,00	58,50	5,50		
Marzo	240,00	64,00	55,50	8,50		
Abril	240,00	64,00	39,00	25,00		
Mayo	240,00	64,00	49,50	14,50		
Junio	240,00	64,00	58,50	5,50		
Julio	240,00	64,00	30,00	34,00		
Agosto	240,00	64,00	46,50	17,50		
Septiembre	240,00	64,00	40,50	23,50		
Octubre	240,00	32,00	43,50	0,00		
Noviembre	240,00	64,00	48,00	16,00		
Diciembre	240,00	64,00	57,00	7,00	15,94	20,00
2011						
Enero	264,00	70,40	40,66	29,74		
Febrero	264,00	70,40	53,03	17,37		
Marzo	264,00	70,40	65,41	4,99		
Abril	264,00	70,40	44,20	26,20		

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Mayo	264,00	70,40	58,34	12,06		
Junio	264,00	70,40	53,03	17,37		
Julio	264,00	70,40	58,34	12,06		
Agosto	264,00	70,40	52,45	17,95		
Septiembre	264,00	70,40	73,07	0,00		
Octubre	264,00	35,20	14,55	20,65		
Noviembre	264,00	70,40	58,93	11,47		
Diciembre	264,00	70,40	61,28	9,12	14,74	20,00
2012						
Enero	292,00	77,87	62,21	15,66		
Febrero	292,00	77,87	75,02	2,85		
Marzo	292,00	77,87	79,89	0,00		
Abril	292,00	77,87	68,92	8,95		
Mayo	292,00	77,87	60,99	16,88		
Junio	292,00	77,87	60,38	17,49		
Julio	292,00	77,87	51,23	26,64		
Agosto	292,00	77,87	51,23	26,64		
Septiembre	292,00	77,87	66,48	11,39		
Octubre	292,00	38,93	53,67	0,00		
Noviembre	292,00	77,87	56,11	21,76		
Diciembre	292,00	77,87	50,62	27,25	13,11	20,00
2013						
Enero	318,00	84,80	61,86	22,94		
Febrero	318,00	84,80	68,58	16,22		
Marzo	318,00	84,80	60,59	24,21		
Abril	318,00	84,80	64,58	20,22		
Mayo	318,00	84,80	53,57	31,23		
Junio	318,00	84,80	61,25	23,55		

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Julio	318,00	84,80	73,91	10,89		
Agosto	318,00	84,80	48,60	36,20		
Septiembre	318,00	84,80	73,91	10,89		
Octubre	318,00	42,40	50,60	0,00		
Noviembre	318,00	84,80	42,61	42,19		
Diciembre	318,00	84,80	106,53	0,00	22,15	20,00
Subtotales				**2.075,99**	**173,00**	**220,00**
Indemnización art. 188 CT ($426,12x11)						4.687,32
Bonificación art. 185 CT (426,12 x 25%) x 10)						1.065,30
Vestimenta reconocida por la actora (tres años = $20 x 3)						-60,00
TOTAL USD $						**8.161,61**

13.- TEMERIDAD, BUENA FE Y LEALDAD PROCESAL: Finalmente, conforme determina el inciso primero del artículo 588 del Código del Trabajo, "En caso de que el juez o tribunal de la causa determine que todas o una de las partes procesales ha litigado con temeridad o mala fe, la o las sancionará con multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general"; norma jurídica que tipifica o determina el presupuesto fáctico y la consecuencia legal atribuible a él, cuales son, la temeridad o mala fe en el actuar procesal y la multa o pena pecuniaria señalada, respectivamente, y que tiene estrecha relación con el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el cual la jueza o juez debe calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. En múltiples fallos ha sido reiterativo en sostener que la conducta temeraria "se trasunta cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene conciencia de la sin razón: es la facultad de accionar ejercida arbitrariamente, sea deduciendo pretensiones o defensas cuya falta de fundamento es evidente, y haría que no se puedan alegar merced a la ausencia de una mínima pauta de razonabilidad", y "la temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afectar valores morales del prójimo" (Osvaldo Alfredo Gozaíni, Temeridad y malicia en el proceso, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 65 y 77). En la especie, el ejercicio del derecho de acción de la parte actora en primera instancia se considera temerario, o en términos de la Real Academia Española de la Lengua, excesivamente imprudente, al haber planteado en su demanda pretensiones que no han tenido fundamento alguno o que incluso ha reconocido judicialmente encontrarse satisfechas, conforme se anota en el numeral 6.5 de este fallo, tales los casos de la remuneración por los días del mes de enero, décimo cuarta remuneraciones, vacaciones y fondos de reserva, respecto de los cuales ha alegado en forma irresponsable que no han sido cancelados, cuando del proceso se observa lo contrario, siendo que es de su conocimiento primigenio el determinar cuáles rubros le han sido cancelados o no; recordemos que es deber y responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos, el practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios, conforme expresamente señala el artículo 83.9 de la Constitución de la República del Ecuador; y, reclamar rubros a sabiendas de que éstos han sido satisfechos no es precisamente actuar en la forma descrita; si el Estado a través de la Función Judicial ha asumido la gratuidad de la justicia (artículo 168.4 de la Constitución de la República del Ecuador) y ha establecido una serie de responsabilidades y deberes en los operadores de justicia quienes estamos compelidos a aplicar el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia (artículo 172 eiusdem), lo menos que se puede esperar de los accionantes y justiciables es un ejercicio responsable de sus derechos, reclamando ante la administración de justicia la satisfacción de aquellos derechos vulnerados o insatisfechos, pero no la de aquellos que ya han sido cubiertos o que no le corresponden, afectando no solo el ejercicio del derecho a la defensa de la contraparte, sino la intervención ética, buena fe y lealtad procesal que se debe observar en los procesos judiciales, conforme el artículo 26 del Código Orgánico de la

Función Judicial. Por lo dicho, la impugnación de la parte actora sobre la multa impuesta en primera instancia es improcedente.

V.- DECISIÓN

14. Por la motivación expuesta, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, este Tribunal RESUELVE:

14.1. Aceptar parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, ROSA ERLINDA YANCHAPANTA YANCHAPANTA, rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, compañía "COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA" representada legalmente por su gerente el señor OBIOL PINTO ANDRÉ PIERRE y por su vicepresidente el señor PINTO MORENO PAÚL ANDRÉS y de estos por sus propios y personales derechos; y, en consecuencia reformar la sentencia de primera instancia subida en grado jurisdiccional.

14.2.- Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto acepta parcialmente las pretensiones de la demanda, condena a la parte demandada al pago de costas y los honorarios del defensor de la parte actora, e impone la multa a la parte actora, en los montos determinados en dicho pronunciamiento jurisdiccional, pero por la motivación y fundamentos que constan en esta resolución.

14.3.- Disponer que la parte demandada, Comidas y Servicios S.A. COMISERSA representada por su gerente Obiol Pinto André Pierre y su vicepresidente Pinto Moreno Paúl Andrés y éstos además por sus propios y personales derechos, paguen a la actora el valor de OCHO MIL CIENTO SESENTA Y UN 61/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $ 8.161,61), más los intereses en los rubros que se dejan señalados, que los calculará directamente la señora o el señor juez de primera instancia, sin recurrir a perito, ya que aquel es a quien corresponde la ejecución de lo resuelto conforme al artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial.

14.4. Sin costas ni honorarios que regular en segunda instancia, conforme al artículo 342 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, pues la resolución que se emite no es en todo conforme con la de primer nivel jurisdiccional. Ejecutoriada que sea esta resolución, devuélvase el cuaderno de primera instancia al juzgado de origen para los fines de ley, junto con la ejecutoria respectiva. **Notifíquese.**

f) Dr. Pablo Miguel Vaca Acosta, Juez; Dra. Marianita de Jesús Díaz Romero, Jueza; Dr. Wellinton Gerardo Molina Jácome, Juez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1209-14

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, lunes 20 de abril del 2015, las 11h30.

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta contra la empresa COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA, representada legalmente por su gerente general Obiol Pinto André Pierre y su vicepresidente Paúl André Pinto Moreno; tanto la parte actora como la demandada, interponen recurso extraordinario de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua el 28 de mayo del 2014, las 12h20. El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, el Tribunal hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- Competencia:** Este Tribunal de la Sala es competente para conocer los recursos de casación en virtud de las disposiciones de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Admitidos a trámite los recursos por el Tribunal de la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 7 de enero de 2015 a las 11h16, corresponde a este Tribunal la resolución de los recursos de casación, en virtud del sorteo realizado conforme a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, como consta de la razón que obra del expediente. **SEGUNDO.-** Fundamentos de los recursos de casación: 2.1. El recurso de casación presentado por la compañía

COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA, se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, señalando como infringidas las normas del artículo 82 de la Constitución de la República y los artículos 22, 37, 46 letra g) y 589 del Código del Trabajo. 2.2. El recurso de casación interpuesto por la actora, Rosa Erlinda Yanchapanta Yanchapanta, se fundamenta igualmente en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y considera como infringidas las normas del artículo 76.3 de la Constitución de la República; los artículos 4, 5, 7, 95, 71, 196 y 588 del Código del Trabajo; y, el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial. En estos términos fijan el objeto de los recursos 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. 2.3. Los recursos de casación se fundamentan en los siguientes cargos: 2.3.1. RECURSO DE CASACIÓN DE LA DEMANDADA: CAUSAL PRIMERA: Con fundamento en esa causal, la empresa demandada, señala que la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en el numeral 10 de la sentencia objeto de su recurso de casación, manifiesta que la relación contractual laboral existente entre los litigantes al 25 de enero del 2013 no contempla como causal de visto bueno las conductas que 9 meses después se introdujeron en el Reglamento Interno de Trabajo de la empleadora y que la actora, al ser socia de la SOCIEDAD DE HECHO TGCG THE GLOBAL CATERING GROUP desde esa fecha, 9 meses antes de la creación jurídica de las prohibiciones contempladas en el Reglamento Interno, por el principio de irretroactividad no pueden aplicarse a hechos anteriores a su génesis en derecho, aunque se mantuvieron en lo posterior; pues aceptar la tipificación de conductas que constituyan causal de visto bueno y de terminación de la relación laboral, en forma posterior a la existencia material de aquellas es una forma de dar apariencia de legalidad a un verdadero despido intempestivo; por lo que no es aplicable a la actora las causales de visto bueno establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo aprobado 9 meses después de los hechos en él tipificados y reconocidos en la resolución del Inspector del Trabajo, porque al momento de cometerse las infracciones, los presupuestos fácticos que las tipifican no constituyen conductas prohibidas legalmente. Para los recurrentes, en este criterio no se toma en cuenta, por tanto, no se aplica lo previsto en el artículo 22 del Código del Trabajo el cual dispone que en los contratos tácitamente celebrados, se tendrán por condiciones las determinadas en las leyes, los pactos colectivos, los usos y costumbres del lugar, industria o trabajo; y que en general se aplicarán a estos contratos las mismas normas que rigen para los expresos. Que, por lo tanto, si la trabajadora ingresó a prestar sus servicios en la empresa el 1 de diciembre del 2003, tácitamente se obligó a cumplir con lo determinado en el artículo 46 letra g) del Código del Trabajo en la parte que dispone: "Es prohibido al trabajador (...) g) Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa...", norma que expresan los recurrentes no fue aplicada al momento de resolver, pese a que en el proceso consta prueba fehaciente que demuestra que la actora constituyó una sociedad de hecho dedicada a dar los mismos servicios que su representada haciéndole competencia. Argumentan también que en la sentencia se hace una indebida consideración del artículo 183 del Código de Trabajo, respecto a que la resolución de visto bueno del inspector de trabajo se tendrá como informe, porque, dicen los recurrentes, se aplica al caso una jurisprudencia del año 1997, que a la fecha resulta caduca y vulnera la disposición constitucional del art. 11.3 de la Constitución, pese a que existe norma legal expresa que prohíbe al trabajador hacer competencia a su empleador en la elaboración de artículos de la empresa, por lo que la Sala, no consideró esta prohibición y que lo actuado en el visto bueno tiene la calidad de informe, pero no la revisión misma del visto bueno. Que, se debió considerar en la sentencia el artículo 45 letra c) del Código del Trabajo, el cual dispone que son obligaciones del trabajador cumplir las disposiciones del Reglamento Interno expedido en forma legal, en concordancia con el artículo 43 del Reglamento Interno de la empresa, respecto a que el mismo entrará en vigencia a partir de su aprobación, reglamento en el que expresamente se establece que quedan incorporadas las disposiciones del Código del Trabajo, lo que si fue considerado por la autoridad administrativa al dictar la resolución de visto bueno. 2.3.2. RECURSO DE CASACIÓN DE LA ACTORA. CAUSAL PRIMERA: La actora en su recurso de casación acusa la indebida aplicación del artículo 588 del Código del Trabajo y 12 del Código Orgánico de la Función Judicial, por no ser factible se le imponga una

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

multa de cinco remuneraciones mínimas unificadas (remuneraciones que no existe en la ley actualmente) por haber actuado con temeridad, pues en la sentencia no existe prueba alguna de que se hubiese afectado valores morales del prójimo, ni cómo se afectó al "Fin Objetivo o Fin Subjetivo", a las virtudes humanas; así como no es procedente que en la sentencia se califique su actuación de imprudente al haber planteado en la demanda pretensiones sin fundamento que incluso fueron reconocidas como satisfechas, como son el sueldo por 14 días del mes de enero del 2014, décimo cuarta remuneración, vacaciones y fondos de reserva, pagos que debieron ser de su conocimiento; lo que, a criterio de la recurrente, viola su derecho constitucional previsto en el artículo 76.3 de la Constitución, respecto a que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no estaba considerado como infracción, pues expresa, en nuestra legislación no existe "remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador general", estando prohibido hacer interpretaciones extensivas, pues lo que existe es el "salario básico unificado". En cuanto a lo que dice la recurrente es el supuesto pago de los catorce días de remuneraciones del mes de enero del 2014, manifiesta que del proceso se establece que la demandada procedió a consignar en el Ministerio de Relaciones Laborales mediante acta de finiquito, sin que pudiera saber que ese valor fue consignado por no haber sido notificada, por tanto era procedente se demande ese rubro, sin que además del proceso conste la supuesta acta de finiquito, por ser copias simples sin eficacia probatoria, por lo que se dejó de aplicar lo previsto en los artículos 5 y 7 del Código del Trabajo. Sobre la liquidación para el pago de vacaciones, la recurrente expresa que no se ha procedido a liquidarlas conforme lo manda el artículo 71 del Código del Trabajo, es decir, incluyendo todos los valores percibidos durante el año completo de trabajo, incluidas las horas extraordinarias y suplementarias. En cuanto al pago de fondos de reserva, la recurrente indica que no se aplica el tercer inciso del artículo 202 del Código del Trabajo de si para recaudar el fondo de reserva el trabajador debiere proponer acción judicial y se aceptare en todo o en parte, se pagará el monto correspondiente más el cincuenta por ciento de recargo; además del artículo 196 del mismo Código para el cálculo de los fondos de reserva que incluirá las horas extraordinarias. **TERCERO.-** Del recurso de casación: 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; el recurso de casación 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 señala: "Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencia 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 en una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley 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 cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia" (Obra: Recurso de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73). El Dr. 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 Especial, Quito, 2005, p. 17). **CUARTO.-** Análisis de los recursos de casación. 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 razonamiento 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 ésta 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. El tratadista Michele Taruffo sobre la motivación expresa:. "...el <contenido mínimo esencial> de la motivación equivale a lo que ha sido definido como justificación en primer grado. En síntesis, la misma comprende: 1) la enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprende de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados, (...); 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas. La necesidad de estas tres categorías de requisitos para la existencia de la motivación podría justificarse analíticamente, pero es suficiente recordar lo que se ha sostenido en materia del modelo general de la motivación; lo único que falta añadir es que todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno solo de ellos es suficiente para imposibilitar el control externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en torno del fundamento racional de la decisión." (Taruffo Michele, La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407-408). Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, éste Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: 4.1. ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA, invocada por actora y demandada: 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.". Corresponde a los errores que en doctrina se conocen como "in judicando", es decir, de juzgamiento, cuando ha existido en el fallo la violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios. La infracción de una norma de derecho se produce cuando el juzgador no ha efectuado la correcta subsunción de los hechos en el contenido hipotético, abstracto o genérico de la norma; cuando la jueza, juez o tribunal de instancia da por ciertos determinados hechos materia de la litis, realiza un ejercicio de lógica jurídica al establecer si aquellos encajan o no en la hipótesis de la disposición legal que sería aplicable al caso y las consecuencias que aquella ha establecido, para sustentar su decisión. Esta causal contempla tres diferentes tipos de infracción, que son autónomos e independientes entre sí, por ello el casacionista deberá identificarlos con absoluta precisión; estos son: aplicación indebida, que se produce cuando el juzgador elige una norma que no corresponde al caso que se está juzgando, que no se relaciona con los hechos materia de la litis; falta de aplicación, es un error de omisión, ya que el vicio consiste en que el juzgador no aplica la norma que efectivamente corresponde al caso materia del litigio; y, errónea interpretación está constituida por una equivocación de hermenéutica jurídica, en tal caso el juez ha elegido correctamente la norma aplicable al caso, pero al interpretarla le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al texto de la Ley, dando como resultado una consecuencia distinta a la prevista en la norma. Es importante señalar que bajo esta causal no corresponde analizar los hechos, pues: "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 lugar a ningún 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca las normas o normas de derecho sustantivo que les sean aplicables." (Resolución 323, de 31 de agosto del 2000, R.O. Nro. 201 de 10 de noviembre del 2000). Otro aspecto importante de esta causal, es que el error sea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

relevante en la decisión de la causa, es decir, que si no hubiere incurrido en la equivocación, el resultado en la sentencia habría sido distinto. 4.1.2. RECURSO DE LA DEMANDADA: La empresa demandada en su recurso de casación cuestiona principalmente el criterio de la Sala de segundo nivel para aceptar la demanda, cuyo objeto fundamental fue la impugnación de la resolución de visto bueno por parte de la actora el 10 de enero del 2014, mediante la cual el Inspector del Trabajo de Tungurahua concede visto bueno a favor de la empresa COMIDAS Y SERVICIOS S.A. COMISERSA para terminar la relación laboral con la trabajadora Rosa Erlinda Yanchapanta. De conformidad con lo previsto en el artículo 183 del Código del Trabajo, la resolución del inspector no quita el derecho a acudir ante el Juez del Trabajo, pues, solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial en relación con otras pruebas rendidas en el proceso; en este mismo sentido se pronuncia el artículo 589 de ese Código. La impugnación de la resolución de visto bueno que hace la actora mediante su demanda en este proceso, es ampliamente analizada en el numeral 10.1 de la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, para determinar que las prohibiciones introducidas en el artículo 34 letras v) y w) del Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa son posteriores al hecho que se le imputa a la trabajadora, esto es, ser socia de una Sociedad de Hecho que tiene un objeto muy similar al de su empleadora y, por tanto, por el principio de irretroactividad no puede aplicarse a hechos anteriores, toda vez que esa condición de socia de la sociedad de hecho la adquirió aproximadamente nueve meses antes de que se aprobara el Reglamento Interno y entrara en vigencia; esto por cuanto la petición de visto bueno se fundamentó expresamente en lo previsto por el artículo 172, numeral 2 del Código del Trabajo: "Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos: 2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados."; específicamente por haber incurrido en las prohibiciones contempladas en las letras v) y w) del Reglamento Interno de la Empresa. Por lo tanto, es importante aclarar que ni la fundamentación de la petición de visto bueno, ni el tema de análisis para el Tribunal *Ad quem* (asunto materia de la litis) al ser impugnada la resolución de visto bueno, fueron las infracciones a las disposiciones de los artículos 37, 22 y 46 letra g) del Código del Trabajo; en especial esta última, que establece la prohibición para los trabajadores de una empresa de "Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa...", como lo expresan los casacionistas en su recurso de casación. Si bien en todo contrato legalmente celebrado van incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, conforme el artículo 7, regla 18a del Código Civil, y en materia laboral el artículo 22 del Código del Trabajo, la prohibición para el trabajador de hacer competencia a su empleador, debió ser denunciada en su oportunidad y con fundamento en la norma del artículo 46, letra g) del Código Laboral, tanto más si la Empresa Empleadora consideró que la infracción existió aún antes de que se hubiese expedido el Reglamento Interno, por cuanto existen plazos y límites en los cuales puede presentarse una petición de visto bueno, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 636 del Código del Trabajo. Por estas consideraciones, no se observa vulneración a la norma del artículo 82 de la Constitución de la República, pues los criterios y razonamientos del Tribunal Ad quem se sustentan en la normativa aplicable al caso que se está juzgando. Por lo expresado, se desecha el cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, propuesto por los recurrentes representantes de la Empresa demandada. 4.2. RECURSO DE CASACIÓN DE LA ACTORA: 4.2.1. En cuanto la naturaleza jurídica y alcance de esta causal, aquello está expresado en el numeral 4.1.1. de este fallo. 4.2.2. En primer término la recurrente acusa la indebida aplicación del artículo 588 del Código del Trabajo, que dispone: "Sanciones por temeridad o mala fe. En caso de que el juez o tribunal de la causa determine que todas o una de las partes procesales ha litigado con temeridad o mala fe, la o las sancionará con multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general. Las costas judiciales y los honorarios de la defensa del trabajador, serán de cuenta del empleador demandado, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador.". Al respecto este Tribunal considera que por principio las partes deben ajustar su conducta a los principios de buena fe y lealtad procesal; por ello el artículo 174 de la Constitución de la República dispone: "La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilaciones procesales, serán sancionados de

acuerdo con la ley.". El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 26 establece: "PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.". En materia procesal laboral existe norma expresa en el artículo 588 del Código del Trabajo, que faculta al juzgador sancionar a aquella parte que ha litigado con temeridad o mala fe con una multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general, actualmente salarios básico mínimo unificado. Respecto a la necesidad de que las partes procesales se desenvuelvan acorde a estos principios de buena fe y lealtad procesal, Hernando Devis Echandía manifiesta: "Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia. La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas..." (Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Teoría General del Proceso, novena edición, Editorial ABC, Bogotá, 1985, pág. 54). En este punto es necesario definir los conceptos de temeridad y mala fe procesal, pues se trata de dos aspectos muy distintos. "La temeridad, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su sin razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción". "La malicia, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción" (Alberto Luis Maurino "Abuso del derecho en el proceso", Pág. 41, primera edición, Editorial Astrea Bs. Ass. 2009). En igual sentido, se expresa que "Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal. Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actividad imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir las consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afectar valores morales del prójimo. La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuundo se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso..." (Osvaldo Alfredo Gozaíni, Temeridad y Malicia en el Proceso, Rubizal-Culzoni editores, Buenos Aires Argentina, pág. 77). De lo expuesto podemos señalar que la temeridad se relaciona con la pretensión, cuando aquella carece de todo fundamento fáctico y de derecho; en tanto que la mala fe se refiere a la forma de obrar dentro del proceso, con acciones dilatorias, obstaculizando la marcha de la causa, a través de prueba deformada, etc. En la especie, el Tribunal Ad quem impone a la actora la multa establecida en el artículo 588 del Código del Trabajo, por cuanto a su criterio la actora ha actuado con temeridad al haber planteado en la demanda pretensiones sin fundamento que incluso fueron reconocidas como satisfechas, como son la remuneración por 14 días del mes de enero del 2014, décimo cuarta remuneración, vacaciones y fondos de reserva, pagos que debieron ser de su conocimiento. El formular una pretensión mediante demanda está relacionado con el derecho de accionar, protegido en el artículo 75 de la Constitución de la República que establece el derecho de acceso gratuito a la justicia; y el artículo 66.23 de la misma Constitución, que garantiza el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales o colectivas a las autoridades y recibir atención y respuestas motivadas. Por lo tanto, en esta causa, al haber existido la relación laboral, y concluido aquella por el dictamen de visto bueno por parte del inspector del trabajo que es impugnable ante la autoridad judicial, existen los antecedentes de hecho y de derecho que justifican la acción y respecto a esos rubros (14 días del mes enero del 2014, proporcionales de los décimos tercero y cuarto sueldos, etc.) no fueron cobrados directamente por la actora, sino consignados ante la Inspectora de Trabajo, lo que si bien es fundamento para que en sentencia se

deseche esa parte de la pretensión, no es motivo para que se la califique de temeraria; pues tal hubiese sido el caso si la actora habría planteado su demanda sin ningún fundamento de hecho y de derecho; por tanto este Tribunal considera que es improcedente que se sancione a la actora con la multa impuesta en la sentencia impugnada. En cuanto al pago de los 14 días de remuneración del mes de enero del 2014 con más el triple de recargo, el Tribunal *Ad quem* analiza que este rubro fue consignado ante la Inspectoría de Trabajo, antes de que se inicie la acción judicial, por lo que no es aplicable al caso la norma del artículo 94 del Código del Trabajo, respecto al triple de recargo. Efectivamente, obra del proceso (fs. 37 a 40) que ante la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Ambato, la Empresa demandada, consignó la liquidación de los haberes pendientes de pago de la trabajadora, con fecha 24 de enero del 2014; y conforme la razón de la Inspectora del trabajo, en esa fecha se generó el Acta de Finiquito nro. 0002779318AF y el turno respectivo mediante el sistema de actas del Ministerio de Relaciones Laborales y ante la falta de comparecencia de la trabajadora, Rosa Erlinda Yanchapanta, se consignó el valor de la liquidación mediante depósito bancario. En cuanto a la liquidación de vacaciones, que dice la recurrente no se ha practicado de acuerdo al artículo 71 del Código del Trabajo, la sentencia es absolutamente clara en su numeral 10.6, cuando expresa que de acuerdo a la valoración probatoria, se determina que la actora gozó de vacaciones por los períodos desde el 2003 al 2013, y se ha liquidado lo correspondiente al último año; sin que la accionante justifique qué valores supuestamente no han sido tomados en cuenta en la liquidación. Finalmente, sobre el pago de fondos de reserva, la recurrente cita parcialmente la disposición del artículo 202 del Código del Trabajo, al referirse solo a la parte final de esa disposición legal, aplicable al caso de que el trabajador no afiliado al IESS, se vea en la necesidad de demandar el pago de fondos de reserva; sin tomar en cuenta la primera parte de esa norma que claramente hace alusión a los fondos de reserva del trabajador que no se halle afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. DECISIÓN.- Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala 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 PARCIALMENTE la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua el 28 de mayo del 2014, las 12h20; dejando sin efecto la multa impuesta a la actora, Rosa Erlinda Yanchapanta, con fundamento en el art. 588 del Código del Trabajo, en la cantidad de USD 1,700; y se ratifica en lo demás la sentencia. Tanto la actora como el demandado interponen recurso de casación; de modo que la demora en la tramitación y resolución del recurso no es imputable únicamente al demandado. Las dos partes han rendido caución; por lo que se ordena que se les devuelva la caución rendida. **Notifíquese y Devuelvase.**

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

II

Resolución nro. 157-2015
Juicio nro. 671-2012

Despido intempestivo propuesto por Alejandro Ricardo Tomalá, contra de Moisés Tacle Galárraga e Ingeniero Luis Albán Granizo, Rector de la ESPOL y Director del Proyecto ANCON

SÍNTESIS

En el Juicio laboral que sigue ALEJANDRO RICARDO TOMALÁ en contra de MOISÉS TACLE GALÁRRAGA E INGENIERO LUIS ALBAN GRANIZO RECTOR DE LA ESPOL Y DIRECTOR DEL PROYECTO ANCON, el actor propone la demanda laboral, para que en juicio de procedimiento oral, los demandados cancelen al actor por indemnización y liquidación laboral al pago de los rubros que detalla en su demanda, el juez de primera instancia declara parcialmente la demanda y ordena que el Dr. Moisés Tacle en calidad de Rector de la ESPOL y el Director del Proyecto Ancón respectivamente paguen al actor los siguientes rubros, por el Art. 188 del Código del Trabajo(Despido intempestivo), por el Art. 185 (por desahucio), valores que se determinan en base al tiempo de servicios, con intereses a los rubros que correspondan. Sin lugar los demás reclamados. Sin costas y el 8% de lo mandado a pagar se regulan los honorarios del abogado defensor del actor; de los que se retendrá el porcentaje legal para el Colegio de Abogados que Corresponda. Inconformes con las sentencia de primer nivel, los demandados interponen recurso de apelación, los jueces del Tribunal de Apelación, luego de un análisis deniegan el recurso de apelación interpuesto por los demandados y confirman la sentencia recurrida y ordenan que los demandados paguen los valores señalados en la sentencia. Los demandados inconformes con la sentencia del Tribunal de Apelación interponen recurso de casación, argumentando que el actor era un servidor público presentando una copia simple del contrato de servicios profesionales, que no hace fe como prueba, desechándose el cargo por la causal primera, este Tribunal luego de un análisis no casa la sentencia.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 671-12

JUZGADO DÉCIMO SÉPTIMO DE LO CIVIL DE SANTA ELENA. Santa Elena viernes 10 de junio del 2011, las 12h00.

VISTOS: ALEJANDRO RICARDO TOMALÁ comparece de fojas 3 y 3 vuelta a demandar en juicio laboral al doctor Moisés Tacle Galárraga e ingeniero Luis Albán Granizo, por los derechos que representan en calidad de Rector de la ESPOL y Director del Proyecto Ancón respectivamente; manifestando: Que venía laborando en forma ininterrumpida en calidad de conserje mensajero de supervisión del Proyecto Ancón, trabajo que lo venía desarrollando con capacidad, esmero, eficiencia y honestidad desde el mes de junio del año 1996, que debe manifestar que en el año 2005 le solicitan que para poder cobrar su sueldo mensual y como requisito indispensable para seguir laborando en dicha institución, era necesario que solicite el RUC al SRI, como en efecto se realizó por lo que empezó a cobrar su sueldo facturando hasta fines de enero del año 2009, fecha última que fue despedido intempestivamente por parte del director del proyecto ingeniero Luis Albán Granizo, sin reconocerle la liquidación que corresponde por el tiempo de trabajo, a pesar de haber solicitado varias veces sin tener respuesta alguna, más solo evasivas. Que con los antecedentes expuestos y de conformidad con lo dispuesto en el art. 326 numerales 2, 3 de la Constitución Política y 78 y 188 del Código

de Trabajo, demanda en juicio de procedimiento oral por indemnización y liquidación laboral, a su empleador el pago de los rubros que detalla en su libelo. Radicada la competencia en esta Judicatura se procedió a calificar la demanda y se ordenó se cite a los demandados, diligencias que obran cumplidas conforme consta de autos, a fojas 8; así como posteriormente a la Procuraduría General del Estado, habiendo éstos comparecido a juicio.- Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, a la misma concurrieron las partes, no habiéndose llegado a ninguna conciliación, en cuyo antecedente la parte demandada dedujo las excepciones que constan en el acta respectiva, solicitando las pruebas que obran del acta respectiva y la defensa del actor, se ratificó en el contenido de su escrito inicial, solicitando también la evacuación de pruebas en la audiencia definitiva. Proveídas las peticiones de pruebas de las partes, se convocó a audiencia definitiva, en la que éstas evacuaron y los abogados comparecientes a nombre de cada uno de sus representados alegaron en derecho. Siendo el estado de la presente el de dictar sentencia, al hacerlo se considera: PRIMERO.- Al proceso se le ha dado el trámite previsto en el artículo 575 del Código de Trabajo. No se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión de la causa, tomando que se mandó a contar con la Procuraduría General del Estado, Entidad que obra del proceso, ha sido debidamente citada; por lo que se declara su validez; SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte debe probar los hechos que alega, excepto los que se presumen de acuerdo a la Ley; ante lo que tenemos que señalar, que en la audiencia preliminar, al contestar la demanda, los accionados, por los derechos que representan, por intermedio del procurador judicial abogado Gonzalo Raúl Coello Cañizares; entre otras excepciones, planteó la de incompetencia del Juez en razón de la materia; argumentando que la ESPOL, es una institución del sector público y que las relaciones laborales de ella con sus servidores, se rigen bajo la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA) y no bajo el Código del Trabajo, con excepción de los obreros u obreras, que se regentan bajo éste último; lo que se pretende justificar con el contrato que aparece de fojas 62 a 63, pero este instrumento no surte efecto alguno, por cuanto es una fotocopia simple, que como tal carece de valor probatorio. De fojas 86 a 87, consta el contrato certificado, pero el mismo no fue presentado, ni en la audiencia preliminar, ni en la definitiva; si no posteriormente, por lo que no lo convalida. En el caso también se hace necesario determinar que el actor ejerció funciones de conserje mensajero de supervisión del proyecto Ancón; lo que no lo ubica dentro del ámbito de un empleado o funcionario, y que por ello pueda estar amparado en la LOSCCA; por lo tanto, siendo el suscrito Juez, competente para conocer de la presente; dado que en la especie se debe dar el beneficio de la duda a favor del trabajador; probado el vínculo contractual entre Alejandro Ricardo Tomalá y la parte demandada, con la documentación que se ha acreditado al proceso; corresponde a esta última probar que ha existido el despido intempestivo alegado por el actor, en cuyo caso se debe indicar, que es evidente que éste no ha recibido la liquidación que le corresponde, por la terminación de su relación laboral con la entidad demandada; por el hecho de que según han alegado, éste tenía el status de empleado amparado en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y por ende se concluye que la relación laboral entre los litigantes, terminó de forma unilateral; por lo que corresponde le sean cancelados los rubros que señala en los numerales 2 y 3 de su libelo; TERCERO.- No se ordena pago al amparo del art. 14 del Código de Trabajo, porque éste, como tal, determina la estabilidad mínima del contrato de trabajo y no entraña pago de indemnización alguna; así como tampoco los pagos que solicita en los numerales 4 y 5, de su libelo por no haber probado que tenga derecho a recibirlos; CUARTO.- El tiempo de servicio del trabajador es el que va desde el mes de junio de 1996 a enero del 2009 y la remuneración la de $741,00. Por lo expuesto el suscrito Juez 17 de lo Civil y Mercantil del Cantón Santa Elena **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA",** declara parcialmente con lugar la demanda objeto de la causa que nos ha ocupado, y ordena que el doctor Moisés Tacle Galarraga e ingeniero Luís Albán Granizo, por los derechos que representan en calidad de Rector de la ESPOL y Director del Proyecto Ancón respectivamente, paguen al

actor ALEJANDRO RICARDO TOMALÁ: los siguientes rubros: Por artículo 188 del Código de Trabajo: $9.638,20; Por artículo 185 del Código de Trabajo: $2.409,55; lo que da una suma total de $12.047,75; con intereses a los rubros que correspondan. Sin lugar los demás reclamos. Sin costas y en el 8 % de lo mandado a pagar se regulan los honorarios del abogado defensor del actor; de lo que se retendrá el porcentaje legal para el Colegio de Abogados que corresponda. Por ser esta sentencia condenatoria a una entidad del sector público, se dispone se consulte a la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena. **Publíquese y notifíquese.**

f) Ab. Leonidas Litardo Plaza, Juez 17 Civil y Mercantil Santa Elena.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 254-2011

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA SANTA ELENA. Salinas, 24 de noviembre del 2011; las 11H30

VISTOS: De la sentencia dictada el 10 de junio del 2011, a las 12H00, por el Ab. Leónidas Litardo Plaza, Juez Décimo Séptimo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena, que corre de fojas 108 y vuelta del proceso del cuaderno de nivel inferior, quién declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por Alejandro Ricardo Tomalá, en el juicio laboral oral signado en origen 077-2009, que sigue contra el Dr. Moisés Tacle, Rector de la ESPOL e ingeniero Luis Albán, Director del proyecto Ancón, quienes interponen recurso de apelación ante el superior, concedido mediante decreto dictado el lunes 25 de julio del 2011, las 14HOO, por el juez a-quo, lo mismo que obra de fojas 117. Mediante providencia dictada el 18 de agosto del 2011 se inicia el conocimiento de la causa, por competencia de conformidad con el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, siendo el estado, de resolver, por lo que se considera: **PRIMERO.-** La Sala es competente para conocer el recurso de apelación, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2 del artículo 178 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 609 del Código de Trabajo y numeral 1 del artículo 209 Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** El trámite dado al proceso es el previsto en la Ley Reformatoria del Código de Trabajo, publicado en el Registro Oficial nro. 146 del 13 de agosto del 2003 y 584 del Código de Trabajo; esto es en procedimiento oral, no se advierte solemnidad sustancial alguna que lo vicie de nulidad, por lo que se declara su validez. **TERCERO.-** Conforme lo dispuesto en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que alegan excepto lo que se presumen conforme a la Ley. **CUARTO.-** El actor en su libelo de demanda, manifiesta: ***"venía laborando en forma ininterrumpida en calidad de conserje mensajero de supervisión del proyecto Ancón, como trabajo que lo venía desarrollando con capacidad, esmero, eficiencia y honestidad desde el mes de junio de 1996, debo de manifestar Señor Juez que en el año 2005 me solicitan que para poder cobrar mi sueldo mensual y como requisito indispensable para seguir laborando en dicha institución era necesario que solicité el RUC al SRI, como en efecto se realizó por lo que empecé a cobrar mi sueldo facturando hasta fines de enero del año 2009, fecha última en la que fui despedido intempestivamente por parte del director del proyecto Ing. Luis Albán Granizo, sin reconocerme la liquidación que corresponde por el tiempo trabajado, a pesar de haber solicitado varias veces, sin tener respuesta alguna, más solo evasivas. El actor fundamenta su demanda con lo dispuesto en el art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución Política y 78 y 188 del Código del Trabajo, demando en Juicio de Procedimiento Oral, por indemnización y liquidación laboral a mi empleador ingeniero Eduardo Molino Grazziani en calidad de vicerrector administrativo financiero, para que en sentencia me sea pagado los siguientes valores: 1) Estabilidad art. 14 CT. $10.824,oo; 2) Indemnización por despido art. 188 CT $11.726,oo; 3) Bonificación por desahucio art. 185 CT $ 2.931,5; 4) Multa por violación art. 628 CT $ 50,oo; 5) Indemnización por terminación del contrato antes del plazo convenido; 6) Costas procesales; 7) Intereses legales art. 611 CT; 8) Honorario profesionales".*** **QUINTO.-** Habiéndose citado legalmente a los demandados, Dr. Moisés Tacle, Rector de la ESPOL e Ingeniero Luis Albán, Director del

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

proyecto Ancón, mediante comisión al Teniente Político de la Parroquia San José de Ancón, en su despacho ubicado en el barrio Central, calles y avenida s/n, campus petrolero "Gustavo Galindo" de dicha localidad; y al Procurador General del Estado, a través del delegado distrital de la Procuraduría General del Estado, con sede en la ciudad de Guayaquil, edificio la Previsora, avenida 9 de Octubre s/n y Malecón Simón Bolívar de dicha ciudad, mediante deprecatorio a uno de los Señores Jueces de lo laboral de la ciudad de Guayaquil; la Ab. Norma Peña Menoscal, jueza Temporal, del Juzgado 17 de lo Civil, Mercantil, Laboral de Procedimiento Oral de Santa Elena, celebró la Audiencia de Conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, el 11 de agosto del 2010, a las 16h09. ***En representación de los demandados, compareció el abogado Gonzalo Raúl Coello Cañizares, mediante Escritura de Poder Especial, otorgada a su favor por los señores Dr. Moisés Tacle, Rector de la ESPOL e ingeniero Luis Albán, director del proyecto Ancón, quien propuso las siguientes excepciones: 1. Incompetencia del Juez en razón de la materia; 2. Ilegitimidad de personería, en sustento de lo cual adjunta un contrato de servicios ocasionales, suscrito por el demandante y el Centro de Transferencias de Tecnología; 3. Improcedencia de la acción planteada. A continuación, el representante del delegado distrital de la regional 1 de la Procuraduría General del Estado, Abogado Estín Cedeño Bajaña manifiesta que lo hace a nombre y representación del señor Antonio Pazmiño Ycaza, Director de la Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, en uso de las atribuciones que le confieren los arts. 3, 5 y 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En representación del demandante, intervino el abogado Víctor Hugo Zavala Torres, quien manifestó: Impugno y rechazo las pretensiones formuladas por el abogado de la parte contraria, señalando que su representado si era obrero, el trabajo que él realizaba en la institución demandada lo hacía en calidad de mensajero, por lo tanto él no tenía ninguna profesión que este regida bajo el Código Civil y carrera administrativa, por tanto usted es la competente para tramitar esta demanda. Como prueba de su parte solicita que la parte demandada exhiba en su despacho el contrato de trabajo, el finiquito que da por terminado las relaciones laborales, el visto bueno que de pro terminado las relaciones laborales, que la parte demandada presente los últimos roles de pagos, que se oficie al Instituto de Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) para que remita a su despacho todas las aportaciones realizadas por la entidad demandada a mi favor. Que los demandados comparezcan a rendir Confesión Judicial el día de la Audiencia definitiva personalmente y no por interpuesta personas, al tenor del pliego de pregunta que su autoridad se dignara calificar dicho día, que se me recepte el juramente diferido en la audiencia definitiva, que se recepten las declaraciones de los siguientes testigos; Castillo Parrales David Edilberto con domicilio en Santa Elena Ancón Barrio Guayaquil González Malave Edgar George, con domicilio en Santa Elena, Ancón Barrio Central, Baquerizo Espinazo Cesar, con domicilio en Ancón de Santa Elena, Tomalá Orrala Santos Héctor, con domicilio en el Recinto Prosperidad.*** **SEXTO.-** En la audiencia definitiva, celebrada el día 01 de octubre del año 2011, a las 11H39 minutos; comparecieron por una parte, el demandante señor Alejandro Ricardo Tomalá, acompañado por su patrocinador, abogado Víctor Zavala Torres y por la otra parte a nombre y en representación de los demandados, mediante poder especial, el abogado Raúl Cuello Cañizares en representación de los demandados Dr. Moisés Tacle, Rector de la ESPOL e ingeniero Luis Albán Director del proyecto Ancón; a este acto, también comparece el abogado Estín Cedeño Bajaña, a nombre y en representación del señor Delegado de la Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, de quien ofrece poder y ratificación de gestiones. Instalada la audiencia, el señor juez titular del despacho, señala que la misma deberá desarrollarse de conformidad al art. 581 y siguientes del Código Laboral, en razón de lo cual deja constancia que la parte demandada, no ha dado cumplimiento a la exhibición de los documentos solicitados por el demandante en la audiencia preliminar de conciliación, habiendo presentado únicamente el carnet de afiliación al Seguro Social de Ricardo Tomalá Alejandro; igualmente deja constancia, que no se pudo receptar la confesión judicial de los demandados por ausencia de los mismos en esta audiencia. Respecto de los testigos solicitados por el actor en la audiencia preliminar de conciliación, estos no comparecieron a rendir. sus testimonios, habiéndose cumplido solamente con el juramento deferido rendido por el

demandante, quien se ratifica que entró a laborar en La Escuela Superior Politécnica desde el 14 de junio del año 1996 hasta el 31 de enero del 2009, en calidad de conserje mensajero, siendo su último sueldo $ 900,oo dólares mensuales. Dentro de la audiencia de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, celebrada en el presente juicio, los accionados en ningún momento, negaron la existencia de la relación laboral entre el demandante y su representada, concentrando su defensa en el argumento de la ilegalidad de la acción planteada, al sostener que el demandante se encontraba incurso en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Admirativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA); consecuentemente, la presente acción no, corresponde al trámite señalado en el Código del Trabajo; en contraparte a lo sostenido por los accionados, consta el juramento deferido rendido por el demandante, ratificándose en sostener que sus funciones como conserje mensajero de supervisión del proyecto Ancón, no lo califica en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; así mismo, con dicho juramento se prueba el vínculo contractual entre Alejandro Ricardo Tomalá y la parte demandada, así como el tiempo que duraron dichas relaciones laborales. Argumentos en los cuales el Señor Juez inferior, ha considerado el derecho que le asiste al demandante para recibir la indemnización que le corresponde por el tiempo de servicio prestado dentro de la institución a la cual pertenecen los demandados, lo cual se contiene en los rubros contemplados en los art. 188 y 185 del Código del Trabajo, indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio, valores que se determinan en base al tiempo de servicio que el trabajador haya prestado bajo la dependencia de su empleador, lo cual en ningún momento ha sido motivo de controversia. En consideración a los antecedentes mencionados, la Sala Única de la Corte Provincial de Santa Elena, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se deniega el recurso de apelación interpuesto y se confirma la sentencia recurrida y ordena que los demandados doctor Moisés Tacle Galárraga e ingeniero Luis Albán Granizo, por los derechos que representan, en calidad de Rector de la ESPOL y Director del Proyecto Ancón, respectivamente, paguen los valores señalados en dicha sentencia. Devuélvase el proceso al juez *A-quo*. **Notifíquese. f) Ab. Bolívar Morán Macay, Conjuez Corte Provincial de Santa Elena; Ab. Guido Bajaña Célleri, Juez de la Corte Provincial de Santa Elena; Dr. Ángel E. Vera Lalama, Tercer Juez Corte Provincial de Santa Elena**

CORTE NACIONAL DE

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 671-12

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA LABORAL. Quito, jueves 23 de abril del 2015, las 10h00.-

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Alejandro Ricardo Tomalá contra el Dr. Moisés Tacle Galárraga e Ing. Luis Albán Granizo, en sus calidades de Rector de la Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL, y Director del Proyecto Ancón, respectivamente; los demandados formulan recurso extraordinario de casación de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena el 24 de noviembre de 2011 a las l1h30. El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Admitido a trámite el recurso por el Tribunal de la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 22 de octubre de 2013 a las 16h30, corresponde a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del nuevo sorteo realizado para integrar este Tribunal de acuerdo a la nueva conformación de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, aprobada por el Pleno en Resolución nro. 02-2015; y,

conforme a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, como consta de la razón que obra del expediente. **SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación:** el recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Las normas que considera infringidas son los artículos 1013, 1014, 344 y 345 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 3, 4 y 98 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público; y, los artículos 1 y 10 del Código del Trabajo. 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. El recurso de casación se fundamenta en los siguientes cargos: **2.1.- CAUSAL PRIMERA:** Los recurrentes expresan que la Sala Única de la Corte Provincial de Santa Elena indica que el trámite que se ha dado al proceso es el previsto en la Ley Reformatoria del Código del Trabajo publicada en el R.O. Nro. 146 de 13 de agosto del 2003, por lo que existiría una aplicación indebida de esa Ley en cuanto al procedimiento por cuanto la relación de trabajo entre el actor y la demandada se regía bajo la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público; y por este mismo motivo existe falta de aplicación de los artículos 3, 4 y 98 de esa Ley, de los artículos 1 y 10 del Código del Trabajo y del artículo 229 de la Constitución de la República. 2.2. CAUSAL SEGUNDA: Con fundamento en la causal segunda de casación los recurrentes señalan que en la sentencia recurrida no se han tomado en cuenta sus excepciones como es que la demanda, fue declarada nula, conforme consta en providencia de 1 de julio del 2009, las 08h10 (fs. 24 de primera instancia), y posteriormente no se la califica de clara, precisa y completa y peor aún, de que cumple con los requisitos del artículo 1013 del Código de Procedimiento Civil; lo que constituye una violación del trámite que debe darse a la causa, conforme las disposiciones de los artículos 1014, 344 y 345 del Código de Procedimiento Civil, normas que no han sido aplicadas en la sentencia motivo del recurso de casación. **TERCERO.- Del recurso de casación:** 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; el recurso de casación 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 señala: "Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencia 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 en una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley 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 cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia" (Obra: Recurso de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73). El Dr. Santiago Andrade Ubidia al abordar sobre 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, 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). 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; en segundo orden, procede el análisis de las

causales por errores "in iudicando", 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. **CUARTO.- Análisis del recurso de casación. 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 razonamiento 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. El tratadista Michele Taruffo sobre la motivación expresa: "...el <contenido mínimo esencial> de la motivación equivale a lo que ha sido definido como justificación en primer grado. En síntesis, la misma comprende: 1) la enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprende de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados. (…); 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas. La necesidad de estas tres categorías de requisitos para la existencia de la motivación podría justificarse analíticamente, pero es suficiente recordar lo que se ha sostenido en materia del modelo general de la motivación; lo único que falta añadir es que todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno solo de ellos es suficiente para imposibilitar el control externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en tomo del fundamento racional de la decisión." (Taruffo Michele, La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407-408). 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.- ANÁLISIS DE LA CAUSAL SEGUNDA: 4.1.1.-** La segunda fuente de casación determinada en el artículo 3 de la Ley de la materia, procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.". Esta causal es la llamada por la doctrina "error in procedendo" que se produce cuando un proceso se halla viciado de nulidad absoluta, insanable y que ha provocado indefensión. Los elementos que configuran esta causal son: 1) La existencia de cualquiera de los tres vicios: falta de aplicación; indebida aplicación o errónea interpretación de una norma procesal. 2) Que el proceso se halle viciado de nulidad; los motivos de nulidad de un proceso están taxativamente determinados en la ley. 3) La causa de nulidad debe ser insanable, esto es, que no admita ningún otro remedio que no sea la declaratoria de nulidad por cuanto no es posible reparar el vicio que afecta al proceso; y, que también hubiere ocasionado la indefensión de alguna de las partes ya sea por no haberle permitido presentar sus argumentos de defensa, actuar pruebas o contradecir las que se actúen en su contra o por no permitírsele acudir a alguno de los medios de impugnación previstos en la ley. 4) Que el motivo de nulidad haya influido en la decisión de la causa, porque si el proceso está viciado, no existe una base jurídica estable que garantice un pronunciamiento adecuado sobre el fondo de la causa. 5) Finalmente, que el vicio de nulidad no hubiere sido convalidado, lo cual significa que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

en el propio proceso se encontró el remedio para superar aquello que provocó la nulidad. Dos son los principios que regulan la causal segunda de casación: El principio de especificidad, es decir, que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley. Las causales de nulidad están determinadas en los artículos 344 y 346 del Código de Procedimiento Civil cuando en el proceso se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, que son: 1. Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3. Legitimidad de personería; 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe; y, en el artículo 1014 del mismo Código, cuando existe violación del trámite inherente a la naturaleza de la causa que hubiese ocasionado indefensión. El principio de trascendencia, por el cual tal omisión de haber influido o podido influir en la decisión de la misma, pues no toda omisión procesal es motivo de nulidad, por ello, debe ser de tal magnitud e importancia, que anule el proceso. 4.1.2. En el presente caso el Juez de primer nivel, mediante auto de 1 de julio del 2009, las 08h10, por cuanto no se había citado con la demanda al Procurador General del Estado, resolvió declarar la nulidad de la causa desde el auto de calificación de la demanda. Posteriormente, en auto de fecha 12 de agosto del 2009, las 09h26, manifiesta que estando la causa en estado de calificar la demanda propuesta por Alejandro Ricardo Tomalá, se la admite al trámite laboral de procedimiento oral. Es decir, que el Juez si calificó la demanda por ello la admitió a trámite, caso contrario, habría procedido conforme lo previsto en el artículo 69, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. El hecho de que el Juez, en el auto de calificación, no haya expresado que "la demanda es clara, precisa y reúne los requisitos de ley...", de ninguna manera significa que no la haya calificado y admitido a trámite; menos aún que aquello constituya una violación del trámite correspondiente a la naturaleza de la causa que hubiese influido en la decisión de la misma, o pudiere haber provocado indefensión para alguna de las partes. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la entonces Corte Suprema de Justicia, se pronunció "No hay pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Al respecto, Couture dice: "Seria incurrir en una excesiva solemnidad y en un formulismo vacío sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades". Este principio de trascendencia está consagrado en ellos arts. 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa. De otro lado, las nulidades procesales vienen a ser solo remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error." (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1553, Quito, 19 de junio de 2001). Sobre el tema de la nulidad, el tratadista Eduardo Couture, ha dicho: "No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima Pas de nullité sans grief recuerda que la nulidad no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en excesivas solemnidades y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades" (autor citado, Obra: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 285 y 286). Por lo expresado, y no habiendo la causa de nulidad alegada, se desechan los argumentos por la causal segunda de casación.

4.2.- ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA:

4.2.1.- 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.". Corresponde a los errores que en doctrina se conocen como "in judicando", es decir, de juzgamiento, cuando ha existido en el fallo la violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios. La infracción de una norma de derecho se produce cuando el juzgador no ha efectuado la correcta subsunción de los hechos en el contenido hipotético, abstracto o genérico de la norma; cuando la jueza, juez o tribunal de instancia da por ciertos determinados hechos materia de la litis, realiza un ejercicio de lógica jurídica al establecer si aquellos encajan o no en la hipótesis de la disposición legal que sería aplicable al caso y las consecuencias que aquella ha establecido, para sustentar su decisión. Esta causal contempla tres diferentes tipos de infracción, que son autónomos e independientes entre sí, por ello el casacionista deberá identificarlos con absoluta precisión; estos son: aplicación indebida, que se produce cuando el juzgador elige una norma que no corresponde al caso que se está juzgando, que no se relaciona con los hechos materia de la litis; falta de aplicación, es un error de omisión, ya que el vicio consiste en que el juzgador no aplica la norma que efectivamente corresponde al caso materia del litigio; y, errónea interpretación está constituida por una equivocación de hermenéutica jurídica, en tal caso el juez ha elegido correctamente la norma aplicable al caso, pero al interpretarla le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al texto de la Ley, dando como resultado una consecuencia distintas a la prevista en la norma. Es importante señalar que bajo esta causal no corresponde analizar los hechos, pues: "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 lugar a ningún 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca las normas o normas de derecho sustantivo que les sean aplicables." (Resolución 323, de 31 de agosto del 2000, R.O. nro. 201 de 10 de noviembre del 2000). Otro aspecto importante de esta causal, es que el error sea relevante en la decisión de la causa, es decir, que si no hubiere incurrido en la equivocación, el resultado en la sentencia habría sido distinto. 4.2.2. En el presente caso, la alegación de la parte recurrente se centra en señalar que el actor fue un servidor público bajo el régimen de la entonces vigente Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, y no un trabajador sujeto al Código del Trabajo. La parte demandada, al formular sus excepciones planteó la de incompetencia del juez en razón de la materia, manifestando que la Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL, como una persona jurídica de Derecho Público, regula las relaciones con sus empleados por la referida LOSCCA y que en el presente caso, el actor, había suscrito un contrato de servicios ocasionales, sujeto a la referida Ley, con el Centro de Transferencias de Tecnologías (CCT-ESPOL) organismo adscrito a esa Escuela Politécnica. Al respecto es necesario manifestar que el artículo 229 de la Constitución de la República, a la que hace referencia la parte recurrente, define a las servidoras y servidores públicos como aquellas personas que de cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y que los obreros y obreras del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo. A esto debemos agregar que el artículo 326.16 de la misma Constitución, al referirse a los principio que regulan el derecho al trabajo, establece que en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las, que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes, que regulan la administración pública y aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo. La propia Ley Orgániba de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, en el artículo 5 letra g) disponía que no están comprendidos dentro del Servicio Civil, los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo. Además, conforme el artículo 10, inciso segundo del Código Laboral, el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. De conformidad con el Decreto Ejecutivo Nro. 225, publicado en el Registro Oficial Nro. 123 de 4 de febrero del 2010, en cuanto a los parámetros de clasificación de servidores y obreros, establece: "1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.". En el presente caso, el actor, se ha desempeñado como mensajero para la Escuela Superior Politécnica del Litoral, antes de la terminación de la relación laboral en el Centro de Transferencias de Tecnologías (CCT -ESPOL), por lo tanto, tiene la condición de obrero y está sujeto al régimen del Código del Trabajo, de acuerdo a las normas constitucionales, legales y reglamentarias antes citadas, aun cuando se hubiere celebrado un contrato de servicios ocasionales, aquello no modifica su condición de obrero. A esto se debe agregar que esta excepción no fue demostrada por la demandada, pues conforme lo analiza el Juez de primer nivel en su sentencia, en la etapa de prueba se presentó una copia simple del contrato de servicios ocasionales, que no hace fe como prueba.- Por estas consideraciones, se desecha el cargo por la causal primera de casación.- **DECISIÓN.-** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala 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,** NO CASA la sentencia dictada por Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena el 24 de noviembre de 2011 a las 11h30.- **Notifíquese y Cúmplase.**

f). Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III

Resolución nro. 204-2015
Juicio nro. 2087-2014

Juicio laboral por jubilación patronal especial propuesto por Segundo Jorge Ojeda, contra la Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Edison Fausto Narváez Zúñiga

SÍNTESIS

Segundo Jorge Ojeda propone demanda laboral por el pago de la jubilación patronal especial creada por la Asociación Mutualista Ambato, en contra de Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato a través de su gerente general Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga y a él además por sus propios derechos. La sentencia de primera instancia dispone que la Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Edison Fausto Narváez Zúñiga, y él personalmente por la responsabilidad solidaria que establece el segundo inciso del artículo 36 del Código del Trabajo, paguen la cantidad de DOS MIL SETENTA Y SÉIS DÓLARES AMERICANOS CON SEIS CENTAVOS (2.076,06) y en adelante a partir de octubre del dos mil trece las pensiones mensuales de jubilación patronal especial calculadas en esta sentencia, durante los cinco primeros días de cada mes por mensualidades vencidas, más las pensiones jubilares adicionales decimotercera y decimocuarta, en las fechas que corresponde legalmente su pago, con costas a los demandados según lo prevé el inciso segundo del artículo 588 del Código del Trabajo. El fallo de la Corte Provincial, acepta los recursos de apelación de la parte actora así como de la parte demandada; y, en consecuencia reforma la sentencia de primera instancia subida en grado jurisdiccional; y, confirma la decisión de primer nivel jurisdiccional en cuanto acepta parcialmente las pretensiones de la demanda; dado el fallecimiento del actor, el pago se hará a sus herederos y se cumplirá con lo que se dispone el artículo 217 del Código del Trabajo y el penúltimo inciso del artículo 19 del Reglamento que regula la administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial. La parte demandada interpone recurso de casación. El Tribunal de Casación casa la sentencia emitida por los señores Jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, y dispone que la entidad demandada Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato, en la forma en que ha sido requerida, pague a los herederos del señor Segundo Jorge Ojeda, la cantidad de OCHO MIL DOSCIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 94/100 CTVS.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 671-12

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO CON SEDE EN EL CANTÓN AMBATO. Ambato, jueves 17 de octubre del 2013, las 10h55.

VISTOS: Segundo Jorge Ojeda comparece a fojas uno del proceso proponiendo demanda laboral en contra de Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato a través de su gerente general Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga y a él además por sus propios derechos, pues dice: Que desde el primero de abril de mil novecientos ochenta y uno hasta el treinta y uno de octubre del año en curso (dos mil doce) prestó sus servicios lícitos y personales en calidad de Conserje 3 en la entidad demandada, de la cual dice, se ha separado voluntariamente mediante desahucio. Que por el hecho de haber laborado en la Mutualista Ambato

por espacio de 31 años 7 meses originó que el compareciente tenga derecho al beneficio de la jubilación patronal especial creada por la institución demandada y que se en cuenta en plena vigencia, que según este beneficio de jubilación patronal especial, de acuerdo al estudio actuarial existente corresponde al compareciente recibir una pensión jubilar patronal mensual de trescientos treinta y nueve dólares con cuarenta y dos centavos a partir del mes de noviembre del dos mil doce y en adelante. Que sin embargo del derecho establecido, el representante de la entidad se ha negado a cumplir la obligación de disponer el pago de la pensión jubilar especial a pesar de que el fondo de jubilación especial constituye un fondo independiente de la Mutualista y suficientemente financiado con aportes patronales, personales y de autogestión. Que con los antecedentes expuestos demanda el pago de los siguientes rubros: El pago de la jubilación patronal especial creada por la Asociación Mutualista Ambato en la suma de trescientos treinta y nueve dólares con cuarenta y dos centavos desde noviembre del dos mil doce y en adelante; el pago de los intereses; el pago de la jubilación patronal establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo más las adicionales, que se fije un monto global cuyo rendimiento garantice el cumplimiento de la pensión vitalicia de no menor de treinta mil dólares, las costas procesales y honorarios de la defensa. Admitida a trámite la demanda y citado legalmente el demandado, en la respectiva audiencia preliminar, contestando la demanda a través de su defensor dice: Que niegan de forma categórica que el actor tenga derecho a los rubros reclamados en la demanda, más aun al solicitar por separado el pago de una jubilación patronal especial y al pago de una jubilación patronal en los términos del artículo 216 del Código del Trabajo. Que rechazan la solicitud de que se fije un monto global a fin de garantizar el cumplimiento de la pensión jubilar. Que el reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial de la Mutualista Ambato fue indebidamente suscrito tanto por el presidente y secretaria beneficiarios de dicho fondo de jubilación especial aprobado en sesión de directorio de fecha veinte y cinco de junio del dos mil siete mediante acta número 14. Que dicho reglamento no tiene ninguna procedencia legal por lo referido en uno de sus considerandos. Que una vez revisados los libros de actas se verifica que la información en cuanto a fechas o particularidades sobre la creación del fondo de jubilación es falsa, por ende la creación del supuesto Reglamento de dicho fondo de jubilación especial no cuenta con respaldo alguno en razón de que si se remontan al 23 de octubre del año 2000 no se ha encontrado indicio alguno que verifique el conocimiento o aprobación del cuerpo colegiado. Que de los libros empastados de actas del Consejo de Administración de la Asociación Mutualista Ambato actualmente conocido como Directorio, correspondiente al mes de diciembre de 1991 y todo el año 1992 no existe acta o resolución que determine el conocimiento, aprobación y nacimiento de dicho fondo de jubilación especial patronal. Que el contenido del referido Reglamento que regula la Administración del Fondo de Jubilación Patronal especial de la Mutualista Ambato, el cual aduce legalmente no existe, no tiene la intención de crear una jubilación extra a más de la prevista en el Código del Trabajo, por lo tanto lo solicitado no procede y menos disponer la constitución de un fondo global, y formula las siguientes excepciones. Niega simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Alega falta de derecho del actor para solicitar el pago de jubilación patronal especial y el pago de la jubilación patronal al tenor de lo señalado en el artículo 216 del Código del Trabajo, además del fondo global. Alega que las obligaciones laborales en lo que respecta al pago de la jubilación patronal especial están extinguidas por solución y/o por pago efectivo. Así trabada la litis y sin que haya existido posible conciliación alguna se ha llevado a cabo la audiencia definitiva por lo que siendo el momento procesal para resolver se considera: **PRIMERO.-** En la tramitación de la causa se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y el procedimiento oral previsto en el artículo 575 del Código del Trabajo, por lo tanto se declara su validez. **SEGUNDO.-** La existencia de la relación laboral no es motivo de controversia y no amerita ningún análisis por cuanto ha sido admitido por el demandado en la audiencia preliminar. **TERCERO.-** Como tiempo de servicios se tendrá el que consta registrado en la Historia Laboral del actor esto es desde el mes de febrero de mil novecientos setenta y nueve hasta octubre del 2012. Como remuneración las señaladas en el mismo documento público. **CUARTO.-** Establecida la relación laboral, el tiempo de servicios y la remuneración percibida, correspondida al demandado justificar que ha cumplido con lo que dispone el primer numeral del artículo 42 del Código del Trabajo. Respecto

de los rubros reclamados, específicamente el pago de la jubilación patronal especial que contempla el Reglamento de la Jubilación Patronal Especial, por un valor aproximado mensual de $ USD 339.42; el valor de la pensión jubilar patronal contemplada en el artículo 216 y siguientes del Código del Trabajo, y que se le garantice con un fondo global la pensión jubilar. De fojas cincuenta y siete a sesenta y uno, consta en copias certificadas la codificación del "Reglamento que regula la administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial", en cuyo artículo 19 se refiere a la jubilación patronal especial documento sobre el cual la Mutualista demandada ha alegado que tal reglamento fue indebidamente suscrito tanto por el presidente, secretaria y beneficiarios de dicho fondo de jubilación especial aprobado en sesión de directorio de fecha veinte y cinco de junio del mil siete (sic) y que por lo tanto no tiene ningún procedencia legal pues aducen que una vez revisados los libros de actas se verifica que la información en cuanto a fechas o particularidades sobre la creación de dicho fondo de jubilación especial es falsa y por ende la creación del supuesto Reglamento no cuenta con respaldo alguno a propósito de lo cual, es necesario señalar que la falsedad de un documento que alega el demando sin precisar de cuál de sus formas se refiere (material, ideológica), en el presente caso no se ha demostrado de forma alguna tal alegación, más aun que no corresponde en esta vía dilucidar y resolver tal falsedad. Por otro lado, como se reclaman en forma separada por un lado la pensión patronal señalada en el Código del Trabajo y por otro la pensión patronal especial contemplada en el Reglamento, es necesario señalar que la jubilación patronal especial no es una pensión jubilar aparte de la jubilación patronal mensual que recibe actualmente el actor conforme lo reconoce en su confesión judicial sino que se trata de una jubilación patronal legal mejorada, pues el texto de los artículos 1 y 19 del Reglamento reflejan que la intención no era crear una jubilación extra, a más de la prevista en el Código del Trabajo, sino mejorar ésta. En efecto, el artículo uno del Reglamento dice que el fondo se crea CON EL FIN DE INCREMENTAR LA PENSIÓN POR JUBILACIÓN PATRONAL, contenida en el artículo 216 del Código del Trabajo y de manera concluyente el artículo 19 dice que *"LA JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL ES UN BENEFICIO DE ACUERDO AL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 216 del Código del Trabajo, y al aporte especial que hace cada beneficiario. La jubilación patronal especial es el derecho de todos y cada uno de los funcionarios y empleados de la Mutualista Ambato, que han cumplido por lo menos 25 años continuos o discontinuos de servicio a la Institución".* En el presente caso el actor, conforme lo analizado en el considerando tercero ha cumplido más de cuarenta años de servicios por lo que conforme la regla de cálculo establecida en el artículo 19 citado. *"La pensión mensual será equivalente al 40% del promedio del sueldo mensual de los últimos seis meses de labores del funcionario o empleado, y se incrementarán en un 2% por cada año de servicio posterior al vigésimo quinto, hasta llegar al máximo del 50%. Las pensiones de jubilación patronal especial se pagarán una por cada mes de año, más las complementarias señaladas por la legislación laboral…",* por lo que conforme al artículo 19 citado del Reglamento, tiene derecho al porcentaje del 40% del promedio del sueldo mensual de los últimos seis meses de labores, más un 2% por cada año de servicios posterior al vigésimo quinto, hasta llegar al máximo de cincuenta por ciento, con lo cual la pensión mensual será de trescientos veinte y cuatro dólares con sesenta y ocho centavos [(624,42 x 40%) + 2% x 15 años], los mismo que se pagarán dentro de los cinco primeros días de cada mes y desde la fecha de terminación de la relación laboral, más la decimotercera pensión y la decimocuarta pensión jubilares, rubros en los que deberá también incluirse el interés que señala el artículo 614 del Código del Trabajo, que se calculará una vez ejecutoriada la sentencia, desde que debieron cumplirse tales obligaciones hasta la fecha de su efectiva solución, debiendo descontar los valores que por concepto de pensión jubilar patronal ha estado recibiendo el actor como se justifica con la confesión judicial del actor y los roles de pago que corren a fojas 51 a 56. **SEXTO.-** Por el contrario, no es procedente el pago de: A) La pensión patronal establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo al ser procedente el pago de la jubilación patronal especial mejorada y por lo analizado en el considerando anterior, de igual forma y al no ser procedente el pago de la jubilación patronal, mal se podría disponer por el juez la constitución de un fondo global en base a la misma y en los términos que reclama la actora en el literal d) de su demanda, lo cual también es improcedente disponer su pago. **SÉPTIMO.-** Conforme la resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema Justicia, que dispone que los jueces y tribunales de instancia en materia laboral, cuando condenen a una de las partes al

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, estarán obligados a determinar en sus fallos, la cantidad que se debe pagar, por manera que, se procede a determinar lo que debe pagar la parte demandada, con base a las siguientes operaciones:

PENSIÓN JUBILAR				
NOV. 12	324,68 x 11 MESES =			3.571,48
DÉCIMO TERCERA P.J.		324,68		324,68
DECIMO CUARTA P.J.		318,00		318,00
SUBTOTAL				4214,16
MENOS P.J.		213,81 X		
COBRADAS		10	2138,1	
TOTAL LIQUIDACIÓN				**2076,06**

6. DECISIÓN: Por todo lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se dispone que la Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Edison Fausto Narváez Zúñiga, y él personalmente por la responsabilidad solidaria que establece el segundo inciso del artículo 36 del Código del Trabajo, paguen la cantidad de DOS MIL SETENTA Y SÉIS DÓLARES AMERICANOS CON SEIS CENTAVOS (2.076,06) y en adelante a partir de octubre del dos mil trece las pensiones mensuales de jubilación patronal especial calculadas en esta sentencia, durante los cinco primeros días de cada mes por mensualidades vencidas, más las pensiones jubilares adicionales decimotercera y decimocuarta, en las fechas que corresponde legalmente su pago. Con costas a los demandados según lo prevé el inciso segundo del artículo 588 del Código del Trabajo. Se regula en ciento cinco dólares los honorarios profesionales del defensor del actor. **Léase y notifíquese.**
f) Dra. Patricia Romero Flores, Jueza

RECURSO DE APELACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE TUNGURAHUA. Ambato, jueves 18 de septiembre del 2014, las 10h17.

VISTOS: De fs. 1 y 1 vta., del cuaderno de primera instancia comparece Segundo Jorge Ojeda y propone la demanda laboral en contra de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato, a través de su gerente general Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga, y a él en forma personal y solidaria, en la cual manifiesta el hecho de haber laborado en la Mutualista Ambato desde el 1 de abril de 1981 hasta el 31 de octubre del 2012, por 31 años y 7 meses, por lo que el compareciente tiene el derecho al beneficio de la jubilación patronal especial, creada legalmente por la Institución empleadora y que se encuentra en plena vigencia. Según este beneficio de jubilación patronal especial, de acuerdo al estudio actuarial existente, corresponde al compareciente a recibir una pensión jubilar patronal mensual de trescientos treinta y nueve dólares con cuarenta y dos centavos, a partir del mes de noviembre del 2012 en adelante. Sin embargo de que el derecho se encuentra establecido, el gerente general de la Mutualista Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga no cumple con su obligación de disponer el pago de la indicada jubilación patronal, a pesar de que el fondo de jubilación patronal especial, constituye un fondo independiente de la Mutualista y suficientemente financiado con aportes patronales, personales y de auto gestión según lo demostrará en el término de prueba correspondiente y solicita que en sentencia sea condenado a lo siguiente: a) el pago de la jubilación patronal especial creada por la Asociación de Mutualista Ambato en beneficio de las personas que laboraron en la Institución y que le corresponde la suma de trescientos treinta y nueve dólares con cuarenta y dos centavos mensuales, desde el mes de noviembre del 2012, inclusive, en adelante, más pensiones adicionales, y en forma vitalicia. b) El pago de los intereses de las pensiones jubilares vencidas y adeudadas, hasta su cancelación. c) El pago de la jubilación patronal establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo, más las adicionales. d) Que se fije en un monto global, cuyo rendimiento garantice el cumplimiento de la pensión vitalicia jubilar que le corresponde, que no puede ser inferior a treinta mil dólares, y se deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme lo señala el inciso primero del numeral tres del artículo 216 del Código del Trabajo. e) Las costas procesales y los honorarios de la defensa según lo dispone el inciso segundo

del artículo 588 *ibídem*. Fija la cuantía en cuarenta mil dólares. Citado que ha sido el demandado Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga como gerente general de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato, además en forma personal y solidaria, con la acción propuesta a fs. 6, ha acudido a la audiencia preliminar, el Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga, gerente general y representante legal de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato y por sus propios derechos, ratifica la intervención de su defensor Dr. Mauricio Pangol quien contesta la demanda por escrito, la cual se agrega a los autos, en la que niega de manera rotunda y categórica que el actor de la causa tenga derecho a todos los rubros solicitados en el libelo inicial, por no tener fundamento legal alguno para solicitar y más aún por separado el pago de una jubilación patronal especial, el pago de la jubilación patronal de conformidad a lo establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo; y, además que se fije un monto global a fin de garantizar el cumplimiento de la pensión vitalicia jubilar, por cuanto, el REGLAMENTO QUE REGULA LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL DE LA MUTUALISTA AMBATO, que fue indebidamente suscrito tanto por el Presidente y Secretaria del Directorio de la Asociación de la Mutualista Ambato y los representantes de los beneficiarios de dicho fondo de jubilación especial, aprobado en sesión de directorio del 25 de junio del 2007 mediante acta número (14), a más de ser un documento que no tiene ningún tipo de procedencia legal, por cuanto, en el mismo se hace constar lo siguiente: "...CONSIDERANDO: Que con fecha diciembre 31 de 1991 se creó el FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL, que desde esta fecha se ha venido incrementando dicho fondo sin contar con un reglamento especial, y que desde su creación, hasta la presente fecha ha variado la situación económica del país, de la Institución y de los funcionarios y empleados de la Mutualista Ambato..." se debe tener en cuenta que una vez que se han revisado los libros de actas se verifica que la información en cuanto a fechas o particularidades sobre la creación del fondo de jubilación es completamente falsa, por ende, la creación del supuesto reglamento original del Fondo de Jubilación, no cuenta con respaldo alguno, en razón de que si se remonta al 23 de octubre del año 2000 no se ha encontrado indicio alguno que verifique el conocimiento o aprobación por parte del Cuerpo Colegiado, tanto más que, de los libros empastados de actas del Consejo de Administración A.M.A. (Asociación Mutualista Ambato) actualmente conocido como Directorio, correspondiente al mes de diciembre del año 1991 y todo el año 1992, una vez revisado se desprende que no existe acta o resolución alguna que determine el conocimiento-aprobación y por ende el supuesto nacimiento del denominado fondo especial de jubilación, particular que incluso debió haber sido tratado por la Junta General de Asociados, tomando en cuenta la relevancia de la decisión, misma que afectaría los estados financieros, liquidez, e incluso patrimonio de la Institución, lo cual, lo comprobará dentro de la etapa legal correspondiente, razón por la que, la "supuesta" creación de este fondo nunca existió; sin embargo de lo cual, dentro de este mal, habido reglamento que regula la Administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial de la Mutualista Ambato, que es el motivo legal para solicitar el pago JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL el mismo pese a que legalmente no existe se pone en consideración que indebidamente recoge un convenio laboral en cuanto al beneficio denominado "Fondo de Jubilación Especial" que en su artículo 1, Capítulo I, que se refiere a los Fines y Ámbitos de Aplicación, señala: "...Se crea el fondo de jubilación especial con el fin de incrementar la pensión por jubilación patronal contenida en el artículo 216 del Código del Trabajo, mediante la entrega de pensiones vitalicias adicionales a los funcionarios o empleados que firmaron (acta de unificación salarial) y que se separen de la institución por motivos de jubilación cumpliendo los requisitos establecidos en el presente reglamento..."; y en el artículo 19, Capítulo IV que se refiere a los Beneficios señala: "...La Jubilación Patronal Especial es un beneficio de acuerdo al contenido del artículo 216 del Código del Trabajo y al aporte especial que hace cada beneficiario. La jubilación patronal especial es el derecho de todos y cada uno de los funcionarios y empleados de la Mutualista Ambato que han cumplido por lo menos 25 años continuos o discontinuos al servicio de la institución…", por lo tanto, de conformidad a estas consideraciones, mal se podría reconocer a favor del actor dos veces el pago de un mismo beneficio de jubilación patronal que, en lo que respecta a la jubilación patronal determinada en el artículo 216 del Código del Trabajo, inclusive ya se encuentra percibiendo mensualmente, tanto más que, el contenido del prenombrado Reglamento (que repite no existe) no tiene la intención

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de crear una jubilación extra a más de la prevista en el Código del Trabajo, por lo tanto, lo solicitado por el actor de la presente causa no procede y menos aún el disponer la constitución de un fondo global en base a la misma conforme así lo reclama el actor en el literal d) de su demanda. Presenta las siguientes excepciones: niega simple y llanamente los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; alega falta de derecho del actor para solicitar el pago de una jubilación patronal especial, pago de la jubilación patronal de conformidad a lo establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo, y además de que se fije un monto global; alega que las obligaciones laborales en lo que respecta al pago de una jubilación patronal se encuentra extinguida por solución y/o pago efectivo. Solicita que en estricto derecho se acojan las excepciones propuestas y se rechace la demanda por improcedente y al pago de costas procesales. Consta la sentencia dictada por la Juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Ambato, disponiendo que la Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Edison Fausto Narváez Zúñiga, y él personalmente por la responsabilidad solidaria que establece el segundo inciso del artículo 36 del Código del Trabajo, paguen la cantidad de DOS MIL SETENTA Y SEIS DÓLARES AMERICANOS CON SEIS CENTAVOS y en adelante a partir de octubre del dos mil trece las pensiones mensuales de jubilación patronal especial calculadas en la sentencia, durante los cinco primeros días de cada mes por mensualidades vencidas, más las pensiones jubilares adicionales decimotercera y decimocuarta, en las fechas que corresponde legalmente su pago. Con costas a los demandados según lo prevé el inciso segundo del artículo 588 del Código del Trabajo. Se regula en ciento cinco dólares los honorarios profesionales del defensor del actor. A fs. 97 el demandado Edison Fausto Narváez Zúñiga, por sus propios derechos y en calidad de gerente general y representante legal de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda "AMBATO", presenta el recurso de apelación de conformidad con los dispuesto en el art. 609 del Código del Trabajo. A fs. 112 el actor Segundo Jorge Ojeda interpone el recurso de apelación de la indicada sentencia por lo que establece el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución, así como el artículo 7 del Código Laboral que manifiesta que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores. En el presente caso la señora jueza, por su cuenta y riesgo interpreta que la jubilación patronal creada por el directorio de la Mutualista Ambato "es una jubilación patronal legal mejorada" lo cual no es verdad, por cuanto en ninguna de las disposiciones o artículos que conforman el Reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial existe esa disposición; y, en el peor de los casos, aplicando la institución del indubio, pro operario, debió disponer que la Institución demandada reconozca en forma separada e integra el pago de la jubilación patronal especial, tanto más que como tal, constituye una conquista laboral financiada con recursos propios, y también de la empleadora. De acuerdo al reglamento que debe ser analizado en su integridad, en la actualidad existe un capital superior al millón doscientos mil dólares consignado en la misma Mutualista y destinado para ese fin. Por otro lado el monto de la jubilación patronal especial que le corresponde, según el estudio actuarial de la empresa PATCO Ltda., aprobado por el directorio de la Mutualista Ambato en sesión nro. 8 del 11 de marzo del 2011 y cuyos documentos constan en el proceso, es de trescientos treinta y nueve dólares con cuarenta y dos centavos y no el rubro establecido en la sentencia a fs. 112. Habiéndose radicado la competencia en el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, integrado por los doctores Edison Napoleón Suárez Merino, Wellinton Gerardo Molina Jácome y David Julio Álvarez Vásquez, quien avoca conocimiento de la causa en su condición de Juez Provincial de la Sala, según acción personal N. DP18-00178-2014 del 18 de febrero del 2014, suscrita por la Dra. Linda Amancha Directora del Consejo de la Judicatura de Tungurahua; en razón de la materia y por efectos de la potestad jurisdiccional contenida en numeral uno del art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial y atento el contenido de la Resolución nro. 128-2013 por la cual el Consejo de la Judicatura crea la Sala de lo Civil y la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Tungurahua atribuyendo a la primera la competencia en materia laboral. Encontrándose la causa para resolver se considera: **PRIMERO.-** En la presente causa se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; no se ha cometido violación de trámite que pueda influir en la decisión de la causa o provocar indefensión; se

ha observado las garantías básicas inherentes al debido proceso, conforme lo previsto en el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y las propias del juicio oral, establecido en el art. 575 del Código del Trabajo. **SEGUNDO.-** Es obligación de las partes procesales justificar sus asertos, de conformidad con lo previsto por los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil y los jueces deben valorar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues así lo manda el art. 115 *ibídem*, únicamente atendiendo a los elementos practicados por las partes, conforme declara el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial al establecer el principio de la verdad procesal, así como el art. 19 *ibídem* que, en virtud del principio dispositivo, que también manda a observar el numeral sexto del art. 168 de la Constitución de la República. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria, lo anuncia el art. 76, cuarto numeral, de la Constitución de la República. Por otro lado, se ha de tener presente que el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial ordena que, al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material, adecuándose, de este modo, al art. 169 de la Constitución de la República, en cuanto proclama que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, la cual no se sacrificará por la sola omisión de formalidades. **TERCERO.-** A fs. 15 consta el nombramiento de Gerente General de Mutualista Ambato, en la persona del Ing. Edison Fausto Narváez Zúñiga. De fs. 17 a 21 y de 57 a 61 consta la protocolización de Codificación del Reglamento que Regula la Administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial de la Mutualista Ambato. A fs. 16 consta copia certificada de la libreta de Ahorro y Crédito para la Vivienda de la Asociación Mutualista Ambato del señor Ojeda Segundo Jorge, cuenta nro. 160593. De fs. 32 a 40 consta el estudio actuarial del Fondo de Jubilación Patronal Especial de los Funcionarios y Empleados de Mutualista Ambato, elaborado por Palán Tamayo Consultores PATCO CÍA. LTDA. De fs. 46 a 47 consta el cálculo de jubilación patronal correspondiente al señor Ojeda Segundo Jorge, trabajador de la Asociación Mutualista Ambato y que fue realizada por la Coordinación Jurídica Regional del Trabajo y Servicio Público de Ambato. De fs. 51 a 56, constan los comprobantes de transferencia por causal, en la libreta de ahorros nro. 160593 a nombre del señor Ojeda Segundo Jorge, por concepto de pago de pensión jubilar, por el valor de $ 213,81 correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2013. A fs. 62 consta el oficio por el Ing. Edison Narváez, gerente general de Mutualista Ambato, en que se hace conocer "...1. Posterior a la revisión de las Actas de las Sesiones de Directorio que reposan en el archivo institucional de Mutualista Ambato celebradas en el año 2000, se ha constatado que no existe ninguna sesión celebrada el día 23 de octubre del año 2000 por dicho cuerpo colegiado; por lo cual no se puede adjuntar copias certificadas del Reglamento Original del Fondo de Jubilación...". De fs. 64 a 66 consta el Acuerdo nro. 2012-1603414 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el que se acuerda conceder a Ojeda Segundo Jorge, la jubilación de vejez de $ 623,66 USD. A fs. 67 "A" consta el acta de inspección judicial, practicado por el Juzgado Primero de Trabajo de Tungurahua, a las instalaciones de la oficina de talento humano del edificio Mutualista Ambato, ubicado en la Av. Cevallos y Mera esquina de la ciudad de Ambato, a fin de que se verifique si existe alguna acta o resolución que determine el conocimiento aprobación del denominado fondo especial de jubilación en los libros de actas de las sesiones realizadas por parte del Consejo de Administración de Asociación Mutualista Ambato, a partir del mes de diciembre de 1991 hasta el mes de diciembre de 1992 que sirva de respaldo y que justifique la creación del supuesto Reglamento del Fondo de Jubilación; el Juzgado designa perito al Ing. Milton Salinas, cuyo informe consta de fs. 69 a 70. En la audiencia definitiva en la confesión judicial del actor acepta que a partir del mes de noviembre del 2012 ha venido percibiendo mensualmente el valor de $ 213,81 por concepto del pago de la Jubilación Patronal, hasta el mes de agosto del 2013 y que se encuentra al día en el pago. De fs. 80 a 110 constan copias certificadas de la historia laboral del actor Segundo Jorge Ojeda. **CUARTO.- RELACIÓN LABORAL:** La existencia de la relación laboral, no ha sido cuestionada y al contrario ha sido expresamente aceptada por la parte demandada en la audiencia preliminar, por lo que no cabe hacer análisis alguno sobre dicho punto. En cuanto tiene relación con el tiempo de servicio en la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para Vivienda Ambato, se tendrá el que

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

consta registrado en la historia laboral del actor de fs. 80 a 92, y que es ratificado en su demanda, esto es desde el 1 de abril de 1981, hasta el 31 de octubre de 2012 y cuyas remuneraciones constan en el mismo documento público. **QUINTO.- JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL:** Establecida la relación laboral, el tiempo de servicios y la remuneración percibida; hay que determinar si la "CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO QUE REGULA LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL DE LA MUNTUALISTA AMBATO" es válido y eficaz para sustentar el cálculo y pago de la pensión jubilar del actor, respecto de lo cual éste Tribunal estima, que es un instrumento público conforme los arts. 192 a 194 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (protocolización del notario) que contiene un instrumento privado (codificación del reglamento), que ha sido protocolizado por notario público en ejercicio de la facultad contemplada en el numeral 2 del artículo 18 de la Ley Notarial, respecto del cual se ha alegado falsedad en la forma expuesta en la contestación a la demanda. No se ha logrado comprobar la falsedad que se alega en contra del mencionado instrumento ya que únicamente se ha justificado que en las resoluciones y actas de sesiones de diciembre del 1991 y enero a diciembre de 1992, no se observa resolución o contenido que se refiera o se relacione a un Fondo Especial de Jubilación, Reglamento o Codificación; y que en el libro empastado del año 2000 no existe resolución o acta de sesión con fecha 23 de octubre del 2000, lo que por sí solo no es suficiente para establecer que dicho instrumento sea falso; delito consistente en la alteración o simulación de la verdad, con efectos relevantes, hechos en documentos públicos o privados, tipificado y sancionado en los art. 339 y 340 del Código Penal, en la que se ha tipificado tanto a la falsedad material, cuando se refiere a "firmas falsas", "limitación o alteración de letras o firmas", como a la falsedad ideológica cuando se refiere a "haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos"; y, ninguno de estos supuestos normativos, ha sido alegado ni probado por la parte demandada. En la especie, la parte demandada no alega ninguna de las dos falsedades descritas, sino que da a entender que las personas que han otorgado dicho reglamento y codificación posterior han actuado sin estar debidamente facultados y autorizados para ello, o que el instrumento invocado por el actor no contó con la aceptación de la Junta General de Asociados, como arguye en la contestación a la demanda, lo que no constituye causa de falsedad, sino que entra en el campo de la nulidad que no corresponde analizar en este juicio, sino en otro en que se observen las garantías constitucionales del debido proceso aplicables a aquel, conforme el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. El demandado en su contestación alega también que el citado reglamento no tiene la intención de crear una jubilación extra a más de la prevista en el Código del Trabajo; ya que el actor manifiesta que el referido reglamento establece una pensión de jubilación patronal adicional a la establecida en el Código del Trabajo o simplemente mejora la jubilación patronal legal como ha resuelto la jueza a quo. Al respecto el art. 1 y 19 de la "CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO QUE REGULA LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL DE LA MUTUALISTA AMBATO", manifiesta: "Se crea el fondo de Jubilación Patronal Especial a fin de incrementar la pensión por jubilación patronal, contenida en el art. 216 del Código del Trabajo, mediante la entrega de pensiones vitalicias adicionales..." y el art. 19 establece que: "LA JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL, es un beneficio de acuerdo al contenido del artículo 216 del Código del Trabajo, y al aporte especial que hace cada beneficiario..."; lo cual denota con claridad que la empleadora ha establecido una pensión por jubilación patronal adicional a la pensión por jubilación patronal legal, y no tan solo una pensión por jubilación patronal mejorada que comprenda la jubilación patronal legal (artículo 216), vale decir, la jubilación patronal especial que crea el mentado reglamento, es precisamente especial, porque establece una pensión vitalicia adicional a la pensión de ley. Si el fin hubiera sido tan solo el mejorar el monto legal o la pensión por jubilación patronal del artículo 216 del Código del Trabajo, así se hubiera expresado, y simplemente se hubiera establecido para su cálculo, los elementos que permitan mejorar la pensión jubilar legal, en cambio como se observa en el reglamento, los elementos o presupuestos de cálculo son diferentes de los establecidos en el Código del Trabajo. Por lo manifestado de conformidad con lo dispuesto en el art. 216 del Código del Trabajo y adicionalmente a los aportes especiales que ha hecho cada beneficiario; todo lo cual, determina sin lugar a duda alguna, que el actor tiene derecho a la jubilación patronal especial

determinada en la "CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO QUE REGULA LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL DE LA MUTUALISTA AMBATO", que corresponde la pensión vitalicia adicional, establecida con el cálculo determinado en el artículo 19 del reglamento, que se ha financiado con el aporte especial de la beneficiaria, y comprende también la pensión por jubilación patronal establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo, por lo que resulta procedente la pretensión de cancelar la PENSIÓN VITALICIA ADICIONAL desde el 1 de noviembre de 2012 conforme al cálculo determinado en el artículo 19 del Reglamento ya analizado, esto es el equivalente al 40% del promedio del sueldo mensual de los últimos seis meses de labores de la actora, incrementada en un 2% por cada año de servicio, hasta llegar al máximo del 50%, sin perjuicio de su incremento futuro conforme el tercer inciso del artículo 19 de aquel reglamento; lo que determina una pensión vitalicia adicional del actor de $ 312,21 calculada de la siguiente manera:

Sueldo Promedio últimos 6 meses	624,4224,42
40% del sueldo promedio	249,7749,77
2% del sueldo promedio	12,4912,49
Años adicionales (31 años 7 meses - 25)	6,0066,00
Pensión adicional vitalicia 249,77 + (12,49 x 6)	324,7024,70
Pensión adicional vitalicia máxima (50% del sueldo promedio)	312,2112,21

Jubilación Especial: nov/2012 a abril/2014 (312.21 x 18 = $ 5.619,80).

SEXTO.- LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PATRONAL: El artículo 216 del Código del Trabajo dice que "los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938…. 2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación. Exceptúese de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable. Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla"; en este punto se debe analizar si el demandante en su calidad de ex empleado de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato tiene derecho a una pensión mensual por jubilación patronal y a cargo de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato, en virtud que se ha justificado que el demandante ha laborado para la Institución demandada por más de treinta años y tiene derecho a su pago. **SÉPTIMO.- CÁLCULO DE LA PENSIÓN JUBILAR.-** Tiempo de servicios: 31,7 años; edad del actor al momento del retiro: 64 años; coeficiente para esa edad: 4.5940. Remuneración total de los últimos cinco años: $42.144.40.00. Promedio anual: $8.428.90. Cinco por ciento del promedio anual $421.50. Cinco por ciento de promedio anual multiplicado por los años de servicios 421.50 x 31.7 = 13.361.60. Esta cantidad dividida para el coeficiente 4.5940 = $2.908.50. Esta es la pensión anual, que dividida para doce meses, da una pensión mensual de $242.40. Conforme el cálculo anotado se tiene que la pensión jubilar mensual de la parte actora es de DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS (242.40 USD), por lo que es éste el monto que le corresponde a la actora como pensión mensual por jubilación patronal del Código del Trabajo y no los USD $ 213.81 que ha venido percibiendo el actor conforme se justifica en los comprobantes de transferencia adjunto al proceso en fojas 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 56 pagos que serán descontados en la liquidación respectiva. Se pagará además la decimotercera pensión jubilar y la decimocuarta pensión jubilar, en la forma que señalan los artículos 111 y 113 del Código del Trabajo. **OCTAVO.- PENSIONES ATRASADAS.** Pensiones atrasadas de noviembre del 2012 a abril del 2014: $242.40 x 18 meses = $ 4.363,20, menos lo cancelado por este rubro y que se ha justificado en autos esto es hasta noviembre del 2013: 213,81 X 13 = 2.779,60; 4.363,20 - 2.779,60 = $1.583,67. Total de liquidación a pagar por este rubro es de $1.583,60.

LAS COSTAS PROCESALES Y HONORARIOS, se deben conforme el segundo inciso del artículo 588 del Código del Trabajo, que nos dice: "...Las costas judiciales y los honorarios de la defensa del trabajador, serán de cuenta del empleador demandado, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador".

Por la motivación expuesta, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** éste Tribunal RESUELVE: aceptar los recursos de apelación de la parte actora así como de la parte demandada; y, en consecuencia reformar la sentencia de primera instancia subida en grado jurisdiccional. Confirmar la decisión de primer nivel jurisdiccional en cuanto acepta parcialmente las pretensiones de la demanda; así como confirmar la condena en costas y fijación de honorarios profesionales de primera instancia. Fijar la cantidad de USD $7.203,40 que debe pagar la parte demandada Asociación Mutualista Ambato, representada por el ingeniero Édison Fausto Narváez Zúñiga (SIC) y él personalmente por la responsabilidad solidaria, que establece el segundo inciso del artículo 36 del Código del Trabajo a la parte actora señor Segundo Jorge Ojeda, por las Jubilación Patronal Especial y Jubilación Patronal del Código del Trabajo, del 1 de noviembre del 2012 al 31 de agosto 2014; más los intereses del artículo 614 del Código del Trabajo que los calculará directamente la señora Jueza de primera instancia, sin recurrir a peritos, una vez ejecutoriada esta sentencia. Establecer en USD $312,21 el monto de la Jubilación Patronal Especial y en $213,81 la Jubilación Patronal del Código del Trabajo, que sumados dan un total de $526,02, pensión patronal mejoradas que la demandada ASOCIACIÓN MUTUALISTA DE AHORRO Y CRÉDITO PARA LA VIVIENDA "AMBATO" debe cancelar a la parte actora por mensualidades vencidas, durante los primeros cinco días del mes inmediato siguiente, más las pensiones adicionales de la jubilación del Código del Trabajo, décima tercera y décima cuarta en los meses en que legalmente corresponde su pago. Sin costas en esta instancia. Dado el fallecimiento del actor, el pago se hará a sus herederos y se cumplirá con lo que se dispone el artículo 217 del Código del Trabajo y el penúltimo inciso del artículo 19 del Reglamento que regula la administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial. Ejecutoriada que sea esta sentencia devuélvase el cuaderno de primera instancia al juzgado de origen para los fines de ley, junto con la ejecutoría respectiva. **Notifíquese.**

f) Dr. David Julio Álvarez Vásquez, Juez; Dr. Edison Napoleón Suárez Merino, Juez; Dr. Wellinton Gerardo Molina Jácome, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, miércoles 20 de mayo del 2015, las 11h50.

VISTOS: La parte demandada, Edison Fausto Narváez Zúñiga, en su calidad de gerente y representante legal, de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda "Ambato"; interpone recurso de casación de la sentencia dictada por los Jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 18 de septiembre de 2014, a las 10h17, que reforma la sentencia subida en grado; dentro del juicio laboral que sigue en su contra el señor Segundo Jorge Ojeda.

I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución nro. 008-2015 de fecha 22 de enero de 2015. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en resoluciones nros. 01-2015 y 02-2015 de fecha 28 de enero de 2015 integró sus seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia conforme lo dispone el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el R.O. Suplemento 38 de 17 de julio de 2013. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como del sorteo que obra del expediente (fj. 4). Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Merck Benavides Benalcázar,

Juez Ponente y las juezas doctoras: Paulina Aguirre Suárez; y, María del Carmen Espinoza Valdiviezo.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El casacionista manifiesta, que los señores Jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, han infringido los artículos 216 del Código del Trabajo; 1 y 19 del Reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial de la Mutualista Ambato. Fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida de normas de derecho en la sentencia.

III.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que "[...] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal [...] Por lo tanto, el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo [...] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas" Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13. Por su parte, el Tribunal de Casación para decidir, tiene que centrar su análisis en los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito contentivo del recurso. Pues como bien señala, el jurista ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia: "Los motivos o causales, según lo denomina nuestra ley, para la interposición del recurso de casación están limitadas y taxativamente señaladas en la ley, por lo que al ser restrictivos no es admisible ampliarlas analógicamente; la actividad del órgano jurisdiccional está limitada a las causales que, establecidas previamente por la ley, han sido invocadas en forma expresa el recurrente. [...]". Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, su finalidad es garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. El artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, al referirse al derecho al trabajo dispone: "1 . Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual influye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos designados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo". De tal manera, que el derecho al trabajo es de carácter universal, ya que todas las personas deben tener acceso a una fuente laboral lícita, la cual les permitirá obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades y por ende vivir con dignidad.

IV.- 4.1. ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- Este Tribunal de la Sala de lo Laboral, luego de analizar el recurso de casación, la sentencia del tribunal de alzada, y confrontarlos con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación; y acorde al mandamiento contenido en el artículo 76.7, literal 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 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", considera: **4.1.1. ÚNICO CARGO. CAUSAL PRIMERA.** Esta causal procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva", ocurre cuando el Juez de instancia aplica mal la norma, utiliza una norma inadecuada o le arroga a una norma de derecho un significado equivocado, de producirse aquello, la sentencia viola los conceptos de una ley sustantiva, formándose un error de juicio, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El casacionista con cargo a esta causal, sostiene: "Que, en ninguna parte del contenido de los artículos 1 y 19 de la Codificación del Reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial de la Mutualista Ambato, se denota con claridad que la empleadora ha establecido una pensión por jubilación patronal "ADICIONAL" a la pensión por jubilación patronal legal, tanto más que en los prenombrados artículos lo que si se hace es que se crea dicho fondo de Jubilación Patronal Especial con el fin de INCREMENTAR la pensión por jubilación patronal contenida en el artículo 216 del Código del Trabajo, lo que sin duda al establecer un INCREMENTO DE LA PENSIÓN se hace relación a que el valor a recibir por parte del trabajador será mayor al que normalmente hubiera recibido, y tanto es así que si consideramos lo establecido en el artículo 2 y 3 de la Codificación del Reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial de la Mutualista Ambato, nos podremos dar cuenta que el aporte de los funcionarios y empleados de mi representada era el equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del valor de la remuneración mensual que percibían en cada año para efectos de incrementar el valor de su jubilación patronal al momento de hacerse efectiva la misma, [...] Razón suficiente por lo cual lo dispuesto por la Sala de lo Civil de Tungurahua en lo que respecta a que se reconoce a favor del actor dos veces el pago de un mismo beneficio de jubilación patronal tomando como fundamento al mismo artículo 216 del Código del Trabajo, [...]". 4.1.2. Al respecto, éste Tribunal de Casación observa lo siguiente: a) El derecho a la jubilación patronal, es de aquellos de naturaleza social, imprescriptible que reconoce el derecho al descanso remunerado definitivo que ha conquistado el trabajador luego de haber laborado veinticinco años o más en una misma empresa, protección social en favor de la parte más débil de la relación laboral. Este derecho, se halla reconocido en el artículo 216 del Código del Trabajo, que trata de la jubilación a cargo de empleadores, el cual en su parte pertinente, establece: "Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938. Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas: a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y, b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio. 2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US $30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US $20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación. [...]"; norma legal de la que se deduce, que existen tres formas de garantizar el derecho a la jubilación, a saber: a) una pensión mensual; b) un depósito en el IESS del capital necesario para que este instituto lo jubile por su cuenta; y, c) que el empleador entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra las pensiones jubilares mensuales y adicionales. b) En el caso sub lite, el tribunal ad quem otorga el derecho a la jubilación en el considerando QUINTO de la sentencia impugnada, con sustento en el artículo 19 de la "CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO QUE REGULA LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL DE LA MUTUALISTA AMBATO", misma que fue liquidada en el monto de USD. 312,21; y, posteriormente en el considerando SEXTO liquida nuevamente la jubilación patronal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 216 del Código del Trabajo, en la cantidad de USD. 242.40, otorgando dos pensiones jubilares una con sustento en el Reglamento en referencia, y otra de conformidad con el artículo 216 ibídem. Cabe mencionar, que de conformidad con el artículo 19 de la Codificación del Reglamento que regula la Administración del Fondo Global de Jubilación

Patronal Especial de la Mutualista Ambato: "La JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL es un beneficio de acuerdo al contenido del artículo 216 del Código del Trabajo, y al aporte especial que hace cada beneficiario. La jubilación patronal especial es el derecho de todos y cada uno de los funcionarios y empleados de Mutualista Ambato, que han cumplido por lo menos 25 años continuos o discontinuos de servicio a la institución. [...].", es decir, que esta jubilación patronal denominada especial, se crea con el objeto de cumplir con la obligación prevista en el artículo 216 del Código del Trabajo, por lo que, de ninguna manera puede considerarse que la intencionalidad del empleador, era la de otorgar una jubilación patronal adicional, sino mejorar la prevista en el artículo 216 ibídem, de allí que en el artículo 1 del Reglamento antes citado, se establece: "Se crea el fondo de Jubilación Patronal Especial a fin de incrementar la pensión por jubilación patronal, contenida en el art. 216 del Código del Trabajo, mediante la entrega de pensiones vitalicias adicionales [...]"; por lo que incurre en el vicio alegado el tribunal ad quem, al manifestar en el considerando QUINTO: "denota con claridad que la empleadora ha establecido una pensión por jubilación patronal adicional a la pensión por jubilación patronal legal, y no tan solo una pensión por jubilación patronal mejorada que comprenda la jubilación patronal legal (artículo 216), vale decir, la jubilación patronal especial que crea el mentado reglamento, es precisamente especial, porque establece una pensión vitalicia adicional a la pensión de ley [...]"; por consiguiente el cargo acusado prospera, correspondiéndole percibir al accionante únicamente la pensión jubilar patronal que prevé la Codificación del Reglamento que regula la Administración del Fondo de Jubilación Patronal Especial de la Mutualista Ambato, la cual ha sido liquidada por el tribunal ad quem en el considerando QUINTO de la sentencia impugnada, en la cantidad de USD. 312,21, así como, las pensiones jubilares adicionales decimotercera y cuarta, debiéndose imputar al monto resultante el valor percibido por el accionante, al que hace alusión la sentencia en el considerando SEXTO donde textualmente se dice: "USD. 213.81 que ha venido percibiendo el actor conforme se justifica en los comprobantes de transferencia adjunto al proceso en fojas 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 56, pagos que serán descontados en la liquidación respectiva", por consiguiente éste Tribunal de Casación, procede a cuantificar las diferencias existentes en las pensiones jubilares, y las pensiones jubilares adicionales, las cuales se calculan hasta abril de 2015, para cuyo efecto se toma en consideración que la relación laboral concluyó el 31 de octubre de 2012, así tenemos: USD. 312,21 x 18 meses = USD. 5.619,78 - USD. 213,81 x 13 = USD. 2.779,53 = USD. 2.840,25 + 312,21 x 12 = USD. 3.746,52 (Dado el fallecimiento del actor el 01 de mayo de 2014, conforme consta de la partida de defunción incorporada al cuaderno de segunda instancia (fj. 8), se dispone adicionalmente el pago de un año de las pensiones jubilares para los herederos, de conformidad con el artículo 217 del Código del Trabajo; y, antepenúltimo inciso del artículo 19 del Reglamento que regula la administración del fondo de jubilación patronal especial de la Mutualista Ambato); por decimotercera pensiones jubilares, la cantidad de USD. 780.51 + decimocuarta pensiones jubilares = USD. 836,66 TOTAL GENERAL: USD. 8.203,94. Por lo expuesto, éste Tribunal de la Sala de lo Laboral, en búsqueda de que exista en las sentencias de instancia, un proceder que haga posible la seguridad jurídica, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia emitida por los señores Jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 18 de septiembre de 2014, a las 10h17, y dispone que la entidad demandada Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Ambato, en la forma en que ha sido requerida, pague a los herederos del señor Segundo Jorge Ojeda, la cantidad de OCHO MIL DOSCIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 94/100 CTVS. De conformidad con el artículo 614 del Código del Trabajo, el juez de origen al momento de ejecutar el fallo calcule los intereses por tratarse de aquellos rubros que los generan. En atención a lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Casación, devuélvase el valor total de la caución rendida a la parte demandada. **Notifíquese y devuélvase.**

f). Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

AMPLIACIÓN

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benálcazar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, lunes 29 de junio del 2015, las 09h10.

VISTOS: La parte demandada, Edison Fausto Narváez Zúñiga, en calidad de gerente y representante legal de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda "Ambato", dentro del juicio laboral que sigue en su contra el señor Segundo Jorge Ojeda; comparece y, solicita ampliación, de la sentencia emitida por éste Tribunal de la Sala de lo Laboral, con fecha "20 de mayo de 2015, a las 11h50". Para atender la petición se considera: **PRIMERO.-** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil: "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." (Lo subrayado nos pertenece). En este sentido, procede la solicitud de ampliación, siempre que el peticionario demuestre, que en los argumentos indicados por el Tribunal de Casación para casar la sentencia del tribunal ad quem, no se han resuelto alguno de los puntos de la litis. **SEGUNDO.-** En el caso *sub lite,* la parte demandada solicita se amplíe en el sentido de que: "del proceso constan los comprobantes de transferencia adjuntos al proceso a fojas. 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 56 (del cuaderno de primera instancia) que han sido pagadas por concepto de jubilación patronal y que además se han venido haciendo transferencias posteriores a las mismas, circunstancias por las cuales solicito se sirva AMPLIAR su sentencia en lo que respecta a que sobre el monto que se ha dispuesto el pago (USD. 8.203,94) oportunamente el juez de primera instancia proceda a descontar los pagos realizados (mediante las correspondientes justificaciones) de las transferencias realizadas al momento de realizar la correspondiente liquidación". Al respecto se observa: Este Tribunal de Casación, en el numeral 4.1.2 literal b) del fallo que se solicita ampliación, procedió a deducir de la liquidación practicada los rubros que fueran cancelados conforme los comprobantes de transferencias a los que hace alusión el peticionario; de ahí, que si el demandado continuó cancelando al señor Segundo Jorge Ojeda, por concepto de pensiones jubilares como afirma, hará valer sus derechos en la etapa de ejecución, siempre que estos pagos se hubieren efectuado con fecha posterior a la sentencia dictada por éste Tribunal, en aplicación del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, queda atendida la solicitud presentada. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV

Resolución nro. 206-2015
Juicio nro. 0396B-2011

Despido intempestivo propuesto por Juan Carlos Puglla Macas, contra Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe

SÍNTESIS

El señor Juan Carlos Puglla Macas demanda al Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, representado legalmente por los señores Milton Ernesto González González y Dr. Julio Ramiro González Castro, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente y además a la señora Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos y al señor Fabio Hernán González, Jefe de Trabajo, para que en sentencia sean condenados al pago de las indemnizaciones que detalla en su líbelo de demanda. En sentencia de primera instancia se rechaza la demanda en contra de los señores: Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos y Fabio Hernán González, Jefe de Trabajo del Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, acepta parcialmente la demanda y se dispone que el Gobierno Municipal del cantón Yacuambi, a través de sus representantes legales, paguen al actor Juan Carlos Puglla Macas, el valor de: 1) Salario del mes de octubre del dos mil nueve: $ 236,59; 2) Estabilidad laboral: $ 19.440,00; 3) Despido intempestivo conforme al art. 188 del Código del Trabajo: $ 810,00; 4) Vacaciones no pagadas: $ 135,00; 5) Décima tercera remuneración proporcional: $ 47,90; 6) Interés legal conforme al art. 614 del Código del Trabajo. La Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, reforma la sentencia venida en grado y dispone a la Institución demandada pague al actor un total de $ 867,00, más el interés legal conforme a lo establecido en el art. 614 del Código del Trabajo. La parte actora interpone recurso de casación. El Tribunal de la Sala de lo Laboral, casa parcialmente la sentencia emitida por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, disponiendo que la entidad demandada en la forma en que ha sido requerida, pague al actor de esta causa señor Juan Carlos Puglla Macas, la cantidad de USD. 810.00, por concepto de despido intempestivo, más los haberes que se reconocen en el fallo impugnado.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2011-0016

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE ZAMORA CHINCHIPE CON SEDE EN YANTZAZA, 2 de diciembre del dos mil diez, a las 08h05.

VISTOS: De fojas 36 a la 38 de los autos, comparece el señor Juan Carlos Puglla Macas; y, manifiesta en lo principal de su demanda lo siguiente: Que desde el primero de octubre del año 2008, hasta el 29 de octubre del año 2009, ha laborado en calidad de trabajador, mediante contratos continuos bajo relación laboral con el Ilustre Municipio de Yacuambi, desde las 08h00 a las 12h00 y de 13h00 a 17h00, de lunes a viernes, percibiendo un salario de $ 270.00 mensuales. Que sin mediar motivo alguno el 29 de octubre del año 2009, por parte del señor Fabio Hernán González, jefe de trabajo, le ha indicado que no se hacía responsable de que siguiera en el Municipio laborando sin contrato, porque la Jefa de Recursos Humanos ya le había comunicado con oficio que deje de trabajar en el Municipio de Yacuambi, y que le iban a cancelar el mes que había pasado, pero que se retire del trabajo. Que por haber laborado más de una año consecutivo, de conformidad al art. 14 del Código del Trabajo, se

ha ganado la estabilidad laboral permanente en su trabajo y que para separarlo del mismo debían haberlo notificado con el desahucio, lo que no se ha hecho, por lo que no tiene efecto jurídico el oficio entregado por la señora Medina Jefa de Recursos Humanos, el mismo que al no haberse cumplido y haber trabajado un mes para el actor en la Institución para extrañarlo del trabajo se ha ordenado en forma verbal al señor Fabio Hernán González, que no se le permita su entrada al lugar de trabajo. Que ante tales hechos ha recurrido ante la Inspectoría Provincial del Trabajo de Zamora Chinchipe, sin resultado favorable alguno; y más bien en la audiencia llevada a efecto en esa dependencia, el señor Procurador Síndico del Municipio de Yacuambi, ha dicho: "La situación del señor Puglla ha sido analizada por el señor Alcalde y si es que se vaya a juicio laboral lo sabremos afrontar y eso es la última palabra", con lo cual se ha ratificado el despido intempestivo comunicado por la Jefe de Recursos Humanos. Que con todo ello se ha configurado la decisión unilateral de la Institución de dar por terminado el contrato laboral suscrito con el Municipio del cantón Yacuambi, por no haber utilizado los mecanismos jurídicos establecidos, en el Código del Trabajo, lo que constituye el despido intempestivo, por lo tanto deben indemnizárselo de acuerdo a la Ley y al Contrato Colectivo, de conformidad a la resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial nro. 412 de fecha 06 de abril del año 1990. Con estos antecedentes, demanda al Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, representado legalmente por los señores Milton Ernesto González González y Dr. Julio Ramiro González Castro, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente y además a la señora Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos y al señor Fabio Hernán González, Jefe de Trabajo, para que en sentencia sean condenados al pago de las indemnizaciones que detalla en su líbelo de demanda. Fija la cuantía en $ 26.596,61. Trámite: Oral. La demanda también la dirige contra el señor Procurador General del Estado, en la persona de su representante legal, el Director Regional 5 de Loja y Zamora Chinchipe. Fundamenta su demanda en lo dispuesto en los arts. 188, 11, 112, 94, 74, 614 del Código del Trabajo y art. 11 numeral 2: Arts. 326 numerales 1, 2, 3, 4, art. 327 y 328 de la Constitución de la República del Ecuador. Aceptada a trámite la demanda y citados los accionados legalmente se ha señalado día y hora para que tenga lugar la diligencia de audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, conforme los dispone el art. 576 del Código del Trabajo, la misma que tiene lugar el día 27 de julio del dos mil diez, a las catorce horas, conforme consta de fojas 68 a la 70, en la cual al no haber la posibilidad de llegar a un acuerdo que de por terminado el litigio, la parte demandada por intermedio de su defensor, deduce como excepción, la improcedencia de la acción. Las partes han anunciado sus pruebas, las mismas que han sido evacuadas en la audiencia definitiva los litigantes, han presentado sus alegatos en derecho. Agotado su trámite el juicio se encuentra al estado de dictar sentencia, por lo que para hacerlo se considera: PRIMERO.- En la tramitación de este proceso se han observado todas las formalidades propias del trámite oral previsto en el art. 575 del Código del Trabajo, sin que exista omisión de solemnidad sustancial alguna, ni vicios de nulidad que pueda influir en la decisión de la causa; por lo que se declara su validez; SEGUNDO.- La existencia de la relación laboral, no es materia de discusión, pues esta ha sido reconocida expresamente por la parte demandada, al alegar que ha existido contrato eventual de trabajo como vínculo laboral, además se encuentra justificada con la historia laboral concedida por el IESS, los roles de pago y las declaraciones de los testigos del actor, por manera que no existe duda alguna al respecto; TERCERO.- La controversia esencial se centra en determinar el tiempo laborado, la forma contractual y por consiguiente los beneficios indemnizatorios a que tiene derecho el actor. La entidad demanda, en orden a su defensa sostiene que el trabajador, ha laborado por contrato eventual de trabajo y que lo único que ha realizado la señora Jefa de Recursos Humanos, ha sido notificarlo al actor mediante oficio de fecha 4 de septiembre del 2009, haciéndole conocer la fecha de determinación de su contrato de trabajo. Al respecto, el contrato eventual de trabajo: "Son aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares, en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de la misma. También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso el contrato no

podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada". Así lo dispone el art. 17 inciso primero y segundo del Código del Trabajo. Más de los contratos de trabajo que constan del proceso, se desprende que el demandante, ha laborado por contratos sucesivos del trabajo suscritos con la entidad demandada, desde el primero de octubre del dos mil ocho, y si bien es cierto, que el actor demuestra con abundante prueba testimonial que ha trabajado hasta el 29 de octubre del 2009, sin embargo la historia laboral del trabajador, que obra a fojas 135 del proceso justifica que este ha trabajado hasta el mes de marzo del 2010. Por otro lado no consta en el contrato eventual de trabajo al que se refiere la entidad demandada, que el trabajador, haya sido contratado para satisfacer una exigencia circunstancial, para cubrir el reemplazo de persona alguna por efectos de estar en goce de vacaciones. Licencia o enfermedad, ni tampoco que el contratado haya sido para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, conforme lo dispone el citado art. 17 del Código de la materia. Por el contrario tanto con prueba documental como testimonial, el actor ha justificado que ha laborado más de seis meses consecutivos durante el período de un año, vencido el plazo de noventa días del contrato a prueba y al haber continuado laborando el demandante para el mismo empleador, se entiende que dicho contrato quedó vigente para el plazo de un año, por expreso mandato del art. 15 de la Ley *Ibídem*, sin que sea siquiera necesario haberse suscrito el contrato eventual del trabajo, al que se refiere la entidad demandada y más aún al haber laborado el trabajador más de un año consecutivo su relación laboral se transformó en indefinida; CUARTO.- Por lo analizado en el considerando anterior al haberse demostrado que el actor, ha trabajado de manera permanente, consecutiva e ininterrumpida por más de un año a favor de la misma demandada de conformidad a la resolución de la Ex Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de marzo de 1990, publicada en el R.O. nro. 412 del 6 de abril de 1990, que imperativamente dispone que el trabajador que haya laborado por más de un año consecutivo a favor de la misma entidad demandada, tiene derecho a todos los beneficios del contrato colectivo, aunque no perteneciere a la Organización Sindical. Ello tiene razón por cuanto por mandato del art. 23 del Código del Trabajo, obliga a la parte empleadora cuando esta tuviere suscrito contrato colectivo a suscribir todo contrato individual de trabajo de conformidad a la forma y condiciones constantes en la contratación colectiva. Por tanto si la contratación colectiva es ley para las partes, esta conquista sindical está por sobre las normas del Código del Trabajo, siempre y cuando más favorezca a los intereses y derechos del trabajador, por lo anotado se concluye que el actor, tiene derecho a los beneficios consagrados en la contratación colectiva vigente a la fecha de su actividad laboral; QUINTO.- El despido intempestivo que dice haber sido víctima el trabajador al momento de concluir la relación laboral, es un hecho circunstancial, que rompe la estabilidad laboral habida con el trabajador, por acción ilegítima, arbitraria y unilateral de parte del empleador, por consiguiente quien lo alega está obligado a probarlo conforme a derecho, determinándolo en tiempo, lugar y circunstancias, con prueba fehaciente, de manera que no quede duda alguna al respecto, para que sea posible la punición al empleador. En la especie, el actor para demostrar este acontecimiento, presenta la notificación nro. 07, de fecha Yacuambi, septiembre 4 de 2009, dirigido a Juan Carlos Puglla Macas, trabajador municipal contratado, suscrito por Luz Mercedes Medina Japón, jefa de recursos humanos, del Municipio de Yacuambi, donde se dice: "El presente tiene como finalidad recordarle que la relación laboral contraída entre el Gobierno Municipal del cantón Yacuambi y su persona termina el 30 de septiembre de 2009, conforme lo expresa en la cláusula sexta del contrato de trabajo. Por lo expuesto y con fundamento legal en lo establecido en el numeral tercero del art. 169 del Código del Trabajo, procedo a NOTIFICARLO con este particular, no sin antes agradecerle por su labor desplegada en el tiempo que prestó sus servicios lícitos y personales para a la institución" (sic). Al respecto, es necesario determinar, que si el actor hubiera laborado mediante contrato eventual de trabajo, no era necesario siquiera notificarlo al trabajador haciéndole conocer la fecha de terminación de dicho contrato, debido a la modalidad de contratación, siempre y cuando se cumpla los presupuestos de esta forma laboral. Más conforme se analizó anteriormente, el trabajador, laboró de manera permanente y estable por más del tiempo que establece el contrato eventual de trabajo, para la misma institución demandada y la única forma de concluir la relación laboral habida entre

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

los litigantes, debía ser conforme lo dispone el art. 172 del Código del Trabajo. Es más son los testigos del actor, señores Daniel Álvarez Rosales, Luis Francisco Cartuche Sarango, Manuel Belisario Sarango Gualán y Luis Francisco Medina Cartuche (fs. 141 a 142), quienes de manera concordante entre si y de manera uniforme, dan fe que el actor, trabajó hasta el 29 de octubre del 2009, consecuentemente la supuesta notificación de terminación de la relación laboral, no sufrió ningún efecto jurídico, por aceptación tácita del empleador de que el actor continuara laborando bajo su dependencia, guía y subordinación. A todo ello se adiciona la certificación de la historia laboral del trabajador, que da cuenta que la Institución demandada, lo tuvo registrado como su trabajador, hasta el mes de marzo del año 2010. Es más, el actor en defensa de sus derechos y tratando que se lo reintegrara a su trabajo, recurre a la Inspectoría Provincial del Trabajo de Zamora Chinchipe, en donde en la audiencia respectiva llevada a efecto el día trece de enero del dos mil diez, a las 15h00, la entidad demandada, por intermedio de su Procurador Síndico, a nombre de la empleadora, en lo esencial dice: "La situación del señor Puglla ha sido analizada por el señor Alcalde y su es de que se vaya a juicio laboral lo sabremos afrontar y esa es la última palabra", lo que es corroborado en su confesión judicial que obra de fs. 142 vta., demostrándose así de manera inequívoca la firme voluntad de la parte empleadora de terminar la relación laboral que ha tenido con el trabajador y por consiguiente configurándose así el acto unilateral de despido intempestivo y por consiguiente está obligado a indemnizarlo al trabajador por este concepto; SEXTO.- Probada la existencia de la relación laboral, tiempo de servicios y la remuneración percibida por el actor, requisitos necesarios para la procedencia de esta acción, por el principio de inversión de la prueba, correspondía a la Institución demandada, justificar que ha cumplido todas las obligaciones contractuales, con el trabajador, conforme lo determina el numeral primero del art. 42 del Código del Trabajo y como de autos no consta que lo haya hecho, y teniéndose en cuenta que los derechos del trabajador, son intangibles e irrenunciables atento el mandato constitucional previsto en el 326.2 de la Constitución de la República, resuelta procedente el pago de los siguientes valores: 1) Salario del mes de octubre del dos mil nueve: $ 236,59; 2) Estabilidad laboral: $ 19.440,00; 3) Despido intempestivo conforme al art. 188 del Código del Trabajo: $ 810,00; 4) Vacaciones no pagadas: $ 135,00; 5) Décima tercera remuneración proporcional: $ 47,90; 6) Interés legal conforme al art. 614 del Código del Trabajo de 419,49 x 8.94% desde el 25-VI-10 hasta el 1-XII-10 = 14.12; SÉPTIMO.- No se admite el pago de los siguientes rubros: a) El décimo cuarto sueldo por aparecer cancelado; b) Lo solicitado en los numerales: 7, 8 y 9 por improcedentes; OCTAVO.- Para el cálculo de los valores mandados a pagar se tomará como tiempo de servicios desde el primero de octubre del 2008, hasta el 29 de octubre del 2009 y como salario el constante en los roles de pago. Por lo expuesto el Juzgado Segundo de lo Civil de Zamora Chinchipe, con sede en Yantzaza, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechazando la demanda en contra de los señores: Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos y Fabio Hernán González, Jefe de Trabajo del Ilustre Municipio del cantón Yacuambi, provincia de Zamora Chinchipe, acepta parcialmente la demanda y se dispone que el Gobierno Municipal del cantón Yacuambi, a través de sus representantes legales, paguen al actor Juan Carlos Puglla Macas, el valor de los rubros mandados a pagar en el considerando Sexto de este fallo, y que asciende a la cantidad de veinte mil seiscientos ochenta y tres dólares con sesenta y un centavos ($ 20.683,61) de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin costas ni honorarios que regular de acuerdo a lo previsto en el art. 285 del Código de Procedimiento Civil codificado vigente. Elévese en consulta esta sentencia al Superior conforme así lo determina el art. 610 del Código del Trabajo. Por encontrarse vacante la secretaria del Juzgado, hasta que se designe a su titular se llama a intervenir en calidad de secretario subrogante al abogado José Vladimir Simancas Merino, conforme al Of. Circ. Nro. 0321-09-DP-CJ-ZCH, de fecha 14 de mayo del año 2009. **Hágase saber.**

f) Dr. Ramiro Carrión Torres, Juez Segundo de lo Civil de Zamora Chinchipe, con sede en Yantzaza.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2011-0016

PRIMERA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ZAMORA. Zamora, veintiuno de febrero de dos mil once, las 10h00.
VISTOS: Juan Carlos Puglla Macas comparece de fs. 36 a 38 y demanda al Municipio del cantón Yacuambi, extendiendo su acción a la señora Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos, Fabio Hernán González, Jefe de Trabajo, y al señor Procurador General del Estado, para que en sentencia se los obligue al pago de los valores determinados en su acción laboral, fijando la cuantía en $ 26.596,61, solicitando el trámite oral, y afirmando que mediante contratos sucesivos de trabajo ha venido laborando para el Municipio del cantón Yacuambi desde el 01 de octubre de 2008 hasta 29 de octubre de 2009, en calidad de jornalero en el mantenimiento vial, con una remuneración mensual $ 270,00. Que fue despedido intempestivamente, por lo que reclama los rubros por haber violentado el derecho a la estabilidad; que durante la relación laboral no le han cancelado el mes de octubre, las remuneraciones mensuales adicionales como son los décimos tercero y cuarto sueldos; las vacaciones no gozadas; el diferencial del sueldo que venía percibiendo con el fijado por SENRES, y las conquistas de la contratación colectiva. Citados los demandados, en la audiencia preliminar de conciliación y contestación a la demanda el señor Procurador del Municipio del cantón Yacuambi ha opuesto las excepciones (fs. 68, 69 y 70), negando los fundamentos de hecho y de derecho de la acción incoada; improcedencia de la acción ya que se ha demandado a personas que no tienen representación legal en el Municipio del cantón Yacuambi; que en la cláusula sexta del contrato eventual de trabajo celebrado el 6 de abril de 2009, se establece la terminación del contrato sin necesidad que tenga que hacer la notificación o desahucio; que de conformidad a lo establecido en el art. 184 del Código del Trabajo los contratos a plazo fijo deben ser notificados con el desahucio; y que el Jefe de Recursos Humanos si ha notificado al actor con la terminación del contrato de trabajo. Trabada la litis ante la falta de conciliación, realizada la audiencia definitiva, y tramitando el procedimiento, el señor Juez Quinto de lo Civil de Zamora, en funciones de Juez de Trabajo, en sentencia de fs. 219 a 221, acepta parcialmente la demanda y dispone que la Institución demandada pague al actor la suma de veinte mil seiscientos ochenta y tres dólares con sesenta y un centavos. Radicada la competencia en esta Sala en virtud de la consulta efectuada y de los recursos de apelación interpuestos por las partes a fs. 227, 228, 229 y 232, legalmente concedidos, para resolver por el mérito de los autos se considera: **PRIMERO.-** La Sala es competente para conocer los recursos de acuerdo a lo expuesto en el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el art. 584 del Código del Trabajo. **SEGUNDO.-** No se han omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez. **TERCERO.-** La relación laboral entre las partes, que no es materia de discusión, está acreditada con la aceptación de la misma por los litigantes, conociéndose el tiempo de servicios y la remuneración percibida por el trabajador por los documentos incorporados y reproducidos en el término de prueba. **CUARTO.-** En la apelación propuesta la parte demandada hace referencia a los rubros no mandados a pagar por el Juez de primer nivel y que tenía derecho el trabajador. La parte actora en cambio manifiesta que no ha existido despido intempestivo; que no se ha tomado en cuenta la argumentación esgrimida; que la argumentación se encuentra sustentada en la resolución de la Corte Provincial de Justicia de Zamora sobre los contratos eventuales; y que el art. 17 del Código del Trabajo permite celebrar contratos eventuales. **QUINTO.-** Los contratos celebrados entre el Municipio del cantón Yacuambi y el actor (fs. 9 a 11), son los siguientes: a) El primero es un contrato eventual, que tiene su vigencia desde 20 de octubre de 2008, con una duración de sesenta días, y que según la cláusula sexta concluyó; b) El segundo contrato es eventual, que tiene su vigencia desde el primero de diciembre de 2008, con una duración de noventa días, y que según la cláusula sexta concluyó; y c) El tercer contrato también es eventual, teniendo una vigencia desde el 1 de abril de 2009, con una duración de seis meses, y que asimismo de acuerdo a la cláusula sexta concluyó; es decir, se consumaron por haberse cumplido los plazos convenidos, sin que sea necesaria la notificación de terminación del contrato como expresamente lo señalan los arts. 169 y 170 del Código del Trabajo, máxime si con

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

fecha 4 de septiembre de 2009 ya se lo notificó con la terminación del contrato eventual, pero que por causas no justificadas no se dio cumplimiento inmediatamente, debiendo en consecuencia pagarse los días trabajados. Por lo tanto, habiendo concluido dichos contratos por la terminación del plazo no existe despido intempestivo; se aclara, además, que dichos contratos no fueron continuos y no sobrepasaron el 1 año para que se conviertan en contratos permanentes. **SEXTO.-** El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, y en ese ámbito, por propia afirmación del actor únicamente laboró hasta el jueves 29 de octubre del año 2009, es más así lo confirman los testigos Daniel Álvarez Rosales, Manuel Belisario Sarango Gualán y Luis Francisco Medina Cartuche (141 y 142) y la prueba documental sobre el reclamo realizado ante la Inspectoría de Trabajo de Zamora; por lo tanto, la historia laboral de fojas 135 otorgada por el IESS, no se la admite. **SÉPTIMO.-** En lo que se relaciona al derecho que tiene el trabajador para reclamar sus pretensiones se debe considerar lo dispuesto en el art. 23 del Código del Trabajo, que dice: "De existir contratos colectivos, los individuales no podrán realizarse sino en la forma y condiciones fijadas en aquellos", es decir, al tenor de la norma los contratos individuales suscritos independientemente del contrato colectivo son beneficiarios de las conquistas ahí establecidas, así lo expresa la norma y lo corroboran varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia; pero en el caso, conforme consta de autos, el actor no tuvo la calidad de trabajador permanente sino de eventual, y aquella calidad es el requisito forzoso, para hacerse acreedor a los beneficios del contrato colectivo. **OCTAVO.-** Con la documentación de fojas 81 a 118, la Institución demandada ha justificado el cumplimiento de sus obligaciones laborales con el actor. **NOVENO.-** En consecuencia procede al pago de los siguientes valores: 1) Salario del mes de octubre de 2009: 236,50 x 3 = $ 709.50 (Art. 94 del Código del Trabajo); 2) Vacaciones no pagadas: $ 135.00; y, 3) Proporcional a la décima tercera remuneración: $ 22.50, lo que nos da un total de $ 867,00, más el interés legal conforme a lo establecido en el art. 614 del Código del Trabajo. **DÉCIMO.-** La sentencia debe concretarse a los puntos que han venido en grado en virtud de la impugnación de las partes, las mismas que se encuentran satisfechas. Por lo expuesto, con las consideraciones realizadas, se rechaza el recurso propuesto por el actor, se acepta en parte el de la parte demandada y absolviendo la consulta, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se reforma la sentencia venida en grado y se dispone a la Institución demandada pague al actor los valores establecidos en el considerando noveno. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. **Hágase saber.**

f) Dr. Francisco Sinche Fernández, Juez Ponente; Dr. Manuel José Aguirre A. Juez Provincial; Dr. Gonzalo Montalván Díaz, Conjuez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 21 de mayo de 2015, las 12h09.

VISTOS: La parte actora, Juan Carlos Puglla Macas; interpone recurso de casación de la sentencia dictada por los Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, de fecha 21 de febrero de 2011, a las 10h00, que reforma la sentencia subida en grado y dispone el pago de USD. 867.00; dentro del juicio laboral que sigue en contra del Gobierno Municipal del cantón Yacuambi.

I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución nro. 008-2015 de fecha 22 de enero de 2015. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en resoluciones nros. 01-2015 y 02-2015 de fecha 28 de enero de 2015 integró sus seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia conforme lo dispone el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el R. O. Suplemento 38 de 17 de julio de 2013. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los proceso laborales según lo dispuesto en

los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como del sorteo que obra del expediente (fj. 6). Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente; doctor Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional; y, doctora Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El casacionista manifiesta, que los señores Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, en la sentencia impugnada, han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 115, 165, 131 del Código de Procedimiento Civil; artículos 14, 170, 188, 220 y 596 del Código del Trabajo; y, artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República. Fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

III.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que "[...] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal [...] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo [...] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas". (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13.). Por su parte, el Tribunal de Casación para decidir, tiene que centrar su análisis en los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito contentivo del recurso. Pues como bien señala, el jurista ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia: "Los motivos o causales, según lo denomina nuestra ley, para la interposición del recurso de casación están limitadas y taxativamente señaladas en la ley, por lo que al ser restrictivos no es admisible ampliarlas analógicamente; la actividad del órgano jurisdiccional está limitada a las causales que, establecidas previamente por la ley, han sido invocadas en forma expresa el recurrente. [...]". Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, su finalidad es garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. El artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, al referirse al derecho al trabajo dispone: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual influye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos designados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo". De tal manera, que el derecho al trabajo es de carácter universal, ya que todas las personas deben tener acceso a una fuente laboral lícita, la cual les permitirá obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades y por ende vivir con dignidad.

IV.- 4.1.- ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- Este Tribunal de la Sala de lo Laboral, luego de analizados el recurso de casación, la sentencia del Tribunal de Alzada, y confrontados con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación; y acorde al mandamiento contenido en el artículo 76.7, literal 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 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", considera: 4.1.1. ÚNICO CARGO. CAUSAL TERCERA. La causal tercera, del artículo 3 de la Ley de Casación, 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 tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. 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, y cualquier otra prueba admitida por la ley). 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. 3. Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, 4. 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. 4.1.2. El casacionista con sustento en esta causal, sostiene que el Tribunal ad quem en la sentencia impugnada, ha incurrido en falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no valoró en conjunto la prueba aportada por el actor, con lo que, según expresa ha probado el despido intempestivo. Que de fs. 73, 73 vta., 74 y 74 vta. del escrito de anuncio de prueba, solicitó en la audiencia preliminar en el numeral IV, que se oficie al Seguro Social de la ciudad de Zamora, para que informen si la entidad demandada como es el Ilustre Municipio del cantón Yacuambi ha cumplido con la obligación de afiliación al seguro desde el mes de octubre de 2008 hasta octubre de 2009; prueba que fue incorporada al proceso, y que obra de fs. 134, 135 y 136, y de la cual a criterio del recurrente se deja ver claramente que el trabajador era estable y permanente por mandato del artículo 14 del Código del Trabajo. Que otras pruebas que no fueron consideradas por los juzgadores, son las solicitadas en el numeral X del escrito de prueba: "1. De todos los documentos habilitantes que sirvieron de base para realizar el comprobante de pago y el SPI, para pagar al actor del proceso por los trabajos realizados desde el mes de febrero del (sic) octubre del año 2008 hasta octubre del año 2009; 2. A través de quién corresponda confiera una copia certificada de todos los SPI (SERVICIO DE PAGOS INTERBANCARIOS) desde que ingrese al Municipio, hasta octubre del 2009; 3. De los informes de labores cumplidos por los trabajadores del Municipio y realizados por el Jefe de Trabajos, Sr. Hernán González; 4. Conceda una copia certificada de los roles de pago, de octubre del 2008 a octubre del 2009 en donde conste el actor del proceso; 5. Que el Municipio conceda una copia certificada de todos los documentos con los cuales descargue que ha cumplido con las obligaciones patronales que reclamo en esta demanda; y, 6. Copia Certificada de todos los contratos que he suscrito con la entidad Municipal en mi calidad de Trabajador del Municipio de Yacuambi;", además manifiesta el casacionista, que fueron agregadas al proceso por parte del Municipio, y que corren de fs. 81 a 118, y en las que no constan el mes de octubre porque alega no le pagaron, por lo que sumando ese mes son trece meses laborados, con lo que se corrobora el tiempo de servicios, por lo que no se aplicó el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, y consecuentemente existe falta de aplicación del artículo 188 del Código del Trabajo, en concordancia con el Contrato Colectivo. Que con el juramento deferido, más las declaraciones de testigos ha justificado que laboró sin contrato por un mes, esto es, hasta el 29 de octubre de 2009, por lo que considera era un trabajador estable y permanente, por lo tanto, no podían despedirle en la forma que lo hicieron, dado que, si bien eran contratos eventuales, al violarse el Código del Trabajo, se desnaturalizó el contrato eventual, y le concedieron por el imperio de la ley estabilidad, por lo que existe falta de aplicación del artículo 14 del Código del Trabajo. Que asimismo, consta de fs. 71 y 125, el oficio entregado por la Jefa de Personal, de fecha 4 de septiembre de 2009, con el cual se le notifica la terminación del trabajo, cuando si se aplicaba el artículo 170 del Código del Trabajo, debía notificarse por autoridad competente, y realizarse el acta de finiquito de terminación de la relación laboral. Que no se tomó en consideración las confesiones fictas del Jefe de Recursos Humanos, y Jefe de Trabajos, así como tampoco, la confesión judicial del Procurador Síndico, que es determinante para probar el despido intempestivo. Que existe falta de aplicación del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, entonces es claro que la historia laboral que consta a fjs. 134, 135 y 136, no fue aceptada, y por lo tanto se produjo la falta de aplicación del artículo 188 del Código del Trabajo, en concordancia con el artículo 220 del mismo cuerpo legal, además del artículo 596 del

Código del Trabajo, al no aceptar documentos públicos presentados y otorgados por funcionario público. Añade, que existe falta de aplicación del artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, pues existe confesión ficta de los codemandados de la Institución, y que el Procurador Síndico en su confesión aceptó haber terminado la relación laboral en forma unilateral. Concluye indicando, que existe falta de aplicación del artículo 14 del Código del Trabajo, pese a la documentación analizada anteriormente, él estaba trabajando 13 meses, por lo que a su decir se convirtió en un trabajador estable y permanente y la única forma de terminar el contrato era por las causales del artículo 172 del Código del Trabajo. **4.1.3.** Del ataque efectuado por el casacionista, se advierte que el punto principal de la censura, radica en el hecho de que a criterio del casacionista, la prueba aportada al proceso; y, con la cual justifica el despido intempestivo, no fue valorada en su conjunto. Frente a esta impugnación, se observa lo siguiente: **4.1.3.1.** El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, establece 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; y, que el juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas. La Corte Suprema de Justicia, respecto de las reglas de la sana crítica, ha señalado que éstas "[...] no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo y por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado." (GJS XVI nro. 4, pág. 895). Friedrich Stein citado por Jaime Azula Camacho, en su obra "Manual de Derecho Procesal", Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2008, pág. 26; al referirse a las reglas de la experiencia, manifiesta que éstas son "juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos.". En cuanto a los artículos 131 y 165 del Código de Procedimiento Civil, éstos sí constituyen preceptos de valoración de la prueba, en la medida en que determinan un parámetro de apreciación probatoria, así establecen en su orden, que si la persona llamada a confesar no compareciere o si compareciendo se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicar con claridad, el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de los jueces de segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto; y, que hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, señalando una serie de documentos que se consideran instrumentos públicos. Cabe mencionar, que el Tribunal de Casación, no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración, sino únicamente, para verificar si en este proceso de valoración, se han observado o no, las normas de derecho concernientes, y si el vicio, en caso de darse, ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas que han sido determinantes al momento de resolver. Por lo tanto, para casar la sentencia por la causal invocada, es necesario que se demuestre evidente arbitrariedad o absurdo en la valoración probatoria o ruptura de las reglas de la sana crítica. El doctor Santiago Andrade Ubidia, en su obra "La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 161, establece que: "Cuando se acusa en casación al fallo de última instancia de estar viciada su resolución por fundarse en una valoración absurda de la prueba, y se explicita claramente en qué consiste este absurdo a criterio del recurrente, el tribunal de casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, se han violado o no las reglas de la sana crítica y si se ha incurrido o no en el vicio acusado.". Ahora bien, el Tribunal ad quem en el considerando QUINTO del fallo impugnado, manifiesta: "Los contratos celebrados entre el Municipio del cantón Yacuambi y el actor (fs. 9 a 11), son los siguientes: a) El primero es un contrato eventual, que tiene su vigencia desde 20 de octubre de 2008, con una duración de sesenta días, y que según la cláusula sexta concluyó; b) El segundo contrato es eventual, que tiene su vigencia desde el primero de diciembre de 2008, con una duración de noventa días, y que según la cláusula sexta concluyó; y, c) El tercer contrato también es eventual, teniendo una vigencia desde el 1 de abril de 2009, con una duración de seis meses, y que asimismo de acuerdo a la cláusula sexta concluyó; es decir, se consumaron por haberse cumplido los plazos convenidos, sin que sea necesaria la notificación de terminación del contrato como expresamente lo señalan los arts. 169 y 170 del Código del Trabajo; [...]"; mismos que a decir

de los juzgadores de instancia, no fueron continuos y no sobrepasaron el año de labores como para que se conviertan en contratos permanentes, por lo que con fecha 4 de septiembre de 2009, se le notificó al trabajador con la terminación del contrato eventual. Al respecto, es importante destacar, que el contrato eventual de trabajo, conforme reza del artículo 17 del Código del Trabajo, es aquel que se realiza: "para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; [...] También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, **en cuyo caso el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días."** (La negrita nos pertenece); en el caso de la especie, del análisis efectuado por los juzgadores de instancia, respecto de los contratos, se observa que no consideran lo dispuesto en el artículo citado, dado que, el señor Puglla Macas, celebró un primer contrato eventual de trabajo, por sesenta días, el cual corrió desde el primero de octubre de 2008; otro desde diciembre de 2008, por noventa días, y un último por ciento ochenta días, que corre desde el primero de abril de 2009; tiempo excesivo al permitido por la ley, así tenemos, que el segundo contrato eventual si bien empieza a discurrir desde diciembre de 2008, tiene una duración de noventa días, por lo que concluye en febrero de 2009, siendo que se suscribe otro contrato por ciento ochenta días y que inicia el primero de abril de 2009, evidenciándose claramente que se otorgó contratos eventuales durante el año 2009, por más de ciento ochenta días, cuestión que se encuentra prohibida por la ley; tiempo de labores que se corrobora adicionalmente con la planilla de Historia Laboral de fs. 134, 135 y 136 del cuaderno de primer nivel, de la que se desprende que el empleador ha realizado aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, por un período superior a los 180 días, dentro de un lapso de un año o 365 días; todo lo cual hace que se desnaturalice la verdadera esencia del contrato eventual de trabajo, el cual según el doctor Alfredo Jaramillo Jaramillo, en su obra "Sentencias Laborales-Comentarios", Primera edición, Quito, 2011, pág. 34, puede considerarse como: "un convenio flexible, que permite cubrir determinadas necesidades de la empresa y adecuar las relaciones laborales con aspectos circunstanciales o contingentes", dicho esto, el Tribunal ad quem, incurre en el vicio alegado, al considerar que el trabajo efectuado por el actor fue de carácter eventual, cuando la realidad de la prestación del servicio es continuo, permanente e indefinido. Por consiguiente, al no tratarse de contratos eventuales, sino de un contrato a plazo indefinido, éste solo podía terminar por una de las formas previstas en el artículo 169 del Código del Trabajo. A fjs. 71 del cuaderno de primera instancia, consta la notificación nro. 07, de fecha 4 de septiembre de 2009, dirigida al señor Juan Carlos Puglla Macas, por parte de la señora Luz Mercedes Medina Japón, Jefe de Recursos Humanos del Gobierno Local Municipal del cantón Yacuambi, con la que se le comunica: "El presente tiene por finalidad recordarle que la relación laboral contraída entre el Gobierno Municipal del cantón Yacuambi y su persona termina el día 30 de septiembre de 2009, conforme lo expresa en la cláusula sexta del contrato de trabajo. Por lo expuesto y con fundamento legal en lo establecido en el numeral tercero del art. 169 del Código del Trabajo, procedo a NOTIFICARLO con este particular, no sin antes agradecerle por su labor desplegada en el tiempo que prestó sus servicios lícitos y personales para la Institución. Esta Institución no se responsabiliza por los días u horas trabajadas fuera de lo Convenido en el Contrato."; decisión que en un contrato a tiempo indefinido, constituye un hecho unilateral e intempestivo que pone fin a la relación laboral. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, respecto al despido intempestivo se ha pronunciado en innumerables ocasiones, en el sentido de que el despido es un hecho unilateral por parte del empleador el cual se produce en determinado momento y en un lugar específico. El doctor Julio César Trujillo, en el libro "Derecho del Trabajo", Tomo I, Quito, 2008, pág. 367, señala: "Cuando el empleador da por terminado el contrato de trabajo y separa al trabajador de su cargo, sin que para ello tenga causa legal en que apoyarse, o cuando existiendo causa legal, no observara el procedimiento establecido en las mismas leyes para despedir al trabajador, decimos que la terminación es ilegal y el despido es intempestivo". En el caso sub lite, al manifestar el casacionista su inconformidad, delimitando el recurso de casación, al hecho de que se violentaron preceptos de valoración de la prueba, lo que ocasionó que no se dispusiera el pago de las indemnizaciones como consecuencia del despido intempestivo del que adujo fue víctima; y, una vez que se ha demostrado

que la relación laboral concluyó por decisión unilateral del empleador, se dispone que este en la forma en que ha sido requerido pague al trabajador, por despido intempestivo, la indemnización prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo, para cuyo efecto se toma en consideración la última remuneración pactada y que consta del contrato (fjs. 200 del cuaderno de primer nivel), esto es, USD. 270.00 x 3 = USD. 810.00. Por otra parte, no se ordena el pago de la garantía de estabilidad, prevista en el artículo 7 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, por cuanto el mismo, que obra de fjs. 153 a 158 del cuaderno de primer nivel, fue suscrito con fecha primero de mayo del dos mil uno, y en cuyo artículo 6, se estipula: "El tiempo de duración del presente Contrato Colectivo, será de DOS AÑOS, contados a partir del UNO DE ENERO DEL DOS MIL UNO; y, su vigencia se extenderá hasta la suscripción del Quinto Contrato Colectivo de Trabajo. Sin embargo de lo señalado por lo menos con sesenta días de anticipación para la terminación de la vigencia del presente Contrato, "El Sindicato" presentará a "El empleador", el proyecto del Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, cuya negociación comenzará de acuerdo al art. 224 y siguientes del Código del Trabajo"; siendo que el Proyecto del Quinto Contrato Colectivo de Trabajo a suscribirse entre el Sindicato de Obreros del Gobierno Municipal del cantón Yacuambi y el Gobierno Municipal, fue presentado con fecha diecinueve de octubre del dos mil cinco, conforme se verifica de fs. 163 a 177 del cuaderno de primera instancia, del cual avocó conocimiento la Inspectora Provincial del Trabajo de Zamora Chinchipe, doctora Ximena Tapia, el veinte de octubre del dos mil cinco, a las 10h30; y a fs. 177 del cuaderno de primer nivel, consta la razón sentada por la referida Inspectora, de veinte de octubre de dos mil cinco, en la que consta: "Siento como tal que el día de hoy, se envía suficiente despacho al Señor Comisario Nacional del Policía del cantón Yacuambi, para que cumpla con la diligencia encomendada de notificación a los señores Representantes Legales del Gobierno Municipal del cantón Yacuambi, concediéndole el término de dos días en razón de la distancia, lleva este despacho la parte interesada.", siendo ésta la última actuación que obra del proceso, por lo que se infiere que no se ha suscrito el quinto contrato colectivo, pues de los recaudos procesales, no consta documento alguno que lo justifique. Este Tribunal considera oportuno recordar, la resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 8 de julio de 2009, publicada en el Registro Oficial nro. 650 de 6 de agosto de 2009, aplicable al caso en análisis, que señala: "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"** (La negrita nos pertenece); de tal manera que no puede considerarse que el Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, seguía vigente a la fecha en que concluye la relación obrero-patronal, esto es, 29 de octubre del 2009, pues de acuerdo con el fallo de triple reiteración, que motivó la resolución en referencia, de obligatorio cumplimiento al tenor de lo previsto en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en su parte pertinente dispone: "(...) La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente (...)"; no pueden considerarse a los contratos colectivos de tiempo indefinido, a menos que la ley o el mismo contrato lo expresen así, cuestión que torna imposible reconocer a favor del accionante la cláusula de estabilidad. En tal virtud, este Tribunal de la Sala de lo Laboral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** casa parcialmente la sentencia emitida por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, de fecha 21 de febrero de 2011, a las 10h00, en los términos de este fallo, disponiendo que la entidad demandada en la forma en que ha sido requerida, pague al actor de esta causa señor Juan Carlos Puglla Macas, la cantidad de USD. 810.00, por concepto de despido intempestivo, más los haberes que se reconocen en el fallo impugnado. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Resolución nro. 224-2015
Juicio nro. 0787-2014

Juicio laboral por pago de rubros: décimo tercera remuneración, vacaciones y remuneraciones no pagadas, propuesto por Gonzalo Espinosa Naguaña, contra Empresa Florícola, ESFLOR o HACKERS, en las personas de Dimitri Valencia Gómez, Larry Valencia Gómez, Alberto Valencia Gómez

SÍNTESIS

GONZALO ESPINOSA NAGUAÑA, presentando demanda laboral en contra de la Empresa Florícola, ESFLOR o HACKERS, en las personas de DIMITRI VALENCIA GOMEZ, LARRY VALENCIA GOMEZ, Y ALBERTO VALENCIA GOMEZ, por sus propios derechos y solidariamente por los que representan a la empresa antes mencionada, conforme los artículos 36 y 41 del Código del Trabajo. El señor Juez de primera instancia acepta parcialmente la demanda, y se dispone que el demandado DIMITRI DAVID VALENCIA GOMEZ, por sus propios y personales derechos, pague al actor la cantidad de USD 3.083,25, valor a que ascienden los rubros: A) Vacaciones no gozadas de julio del 2007, a junio del 2008=93,25; de julio del 2008, a junio del 2009=104,50; B). Décimo tercero de 1 de julio del 2007 a junio del 2008=186,50; de 1 de julio del 2008 a 30 de junio del 2009=209,00. Décimo Cuarto de julio a agosto del 2007=28,33: de septiembre del 2007 a agosto del 2008=200; y de septiembre del 2008 a junio del 2009=181,67; C) Remuneraciones de: mayo y junio del 2009=520, más el triple de recargo x 3=1.560 como lo dispone el art. 94 del Código del Trabajo. El tribunal de apelación desestima por improcedente el recurso de apelación formulado por Sr. Valencia Gómez Dimitri David y confirma la sentencia dictada por el Juez de Origen. La parte accionada interpuso recurso de casación. El Tribunal de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, no casa la sentencia dictada por el Tribunal de alzada, por considerar que no hay motivo de nulidad procesal pues no ha quedado en indefensión, sino que al no comparecer a juicio no obstante conocer que se ha entablado un juicio laboral en su contra, no ejerció su derecho a la defensa.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2012-0516A

UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN CAYAMBE. Cayambe, jueves 5 de diciembre del 2013, las 12h25.

VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa, En mi calidad de Juez Titular de esta Unidad Judicial Civil de Cayambe, mediante Acción de Personal nro. 10812-DNTH-KP, de fecha 23 de septiembre del 2013. En lo principal a fs. 1 de los autos comparece el señor GONZALO ESPINOSA NAGUAÑA, presentando demanda laboral en contra de la Empresa Florícola, ESFLOR o HACKERS, en las personas de DIMITRI VALENCIA GOMEZ, LARRY VALENCIA GÓMEZ, Y ALBERTO VALENCIA GÓMEZ, por sus propios derechos y solidariamente por los que representan a la empresa antes mencionada, conforme los artículos 36 y 41 del Código del Trabajo. En su parte pertinente manifiesta: Debo indicar además que yo ingresé a trabajar bajo dependencia de los demandados el día 21 de agosto del 2004, en la Empresa Florícola antes mencionada, hasta el 22 de octubre del año 2009, de acuerdo al siguiente horario: de lunes a viernes la hora de ingreso era a las 15h00, y la hora de salida a las 07h00, del siguiente día, descansando un día, y se repite el horario el mismo horario, esto de lunes a viernes, por otra parte, los días sábados ingresaba desde las 12h00 a las 07h00 del domingo, cada quince días, y los días domingos la jornada de trabajo era de 07h00 a 07h00 del otro día igualmente cada quince días, dejando de

laborar el 22 de octubre del 2009, por efecto de desahucio solicitado en su momento. Añade que su último sueldo mensual fue de doscientos sesenta dólares americanos en calidad de encargado de la seguridad. Fundamenta su acción al amparo de las disposiciones del Código del Trabajo, y demanda a la Empresa Florícola, ESFLOR o HACKERS, en las personas de DIMITRI VALENCIA GOMEZ, LARRY VALENCIA GÓMEZ, Y ALBERTO VALENCIA GÓMEZ, por sus propios derechos; y solidarian1ente por los que representan a la Empresa antes mencionada, el pago de los rubros que consta en su demanda. Solicita que se cite a la demandada ESFLOR o HACKERS en las personas nombradas anteriormente en persona o en el domicilio de la indicada empresa, ubicada en el barrio Chimbacalle, parroquia la Esperanza, cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha. Señala el trámite oral contemplado en el art. 575 y siguientes del Código del Trabajo, determina la cuantía, y señala casillero judicial para recibir sus notificaciones, y designa su patrocinador. En providencia de fecha 11 de enero del 2010, que obra a fojas 2 de los autos, se califica la demanda, se acepta a trámite y se dispone que se cite a los demandados, diligencia que obra de fs. 3 del proceso, los demandados no comparecen a juicio, ni señalan domicilio judicial. Con fecha 3 de febrero del 2010, se lleva a cabo la Audiencia Preliminar, a la cual comparece únicamente el actor con su patrocinador, no así los demandados, por lo que esta diligencia se hace en rebeldía, conforme consta a fojas 10 de los autos. El actor presenta su anuncio de prueba en una foja útil, la que es proveída en forma oportuna. Agrega pliego de preguntas para que los demandados rindan confesión judicial, y en dos fojas acompaña petición de desahucio y calificación ante el Inspector del Trabajo de Cayambe. Adjunta tres cuadernos que obran desde fojas 14 a 368, de los autos los que tienen relación a los turnos de guardia que según el actor hacía. A fojas 369 consta la audiencia definitiva, en fecha 8 de marzo del 2010, a la que comparece solo la parte actora, mismo que solicita se les declare confesos a los demandados, declaratoria que así lo hace la Judicatura por no haber asistido los demandados a esta audiencia definitiva, entrega los cuadernos referidos anteriormente, un casete, mismo que de la lectura del acta aparece que no ha sido escuchado ni tiene un informe de su contenido. Consta el juramento deferido del actor, quién dice haber trabajado desde el 21 de agosto del 2004, hasta el 22 de octubre del 2009, que su remuneración era de doscientos sesenta dólares mensuales. A fojas 371 del proceso consta la sentencia emitida en esta causa por la señora Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha con sede en Tabacundo, la que es desechada por falta de prueba. En fecha 20 de abril del 2010, el actor a fojas 372 de los autos, interpone recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por estar inconforme con el fallo emitido, recurso que es concedido disponiendo se eleven los autos al superior. A fojas 375 del proceso consta la resolución emitida por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, misma que luego del análisis efectuado a la causa, declara la nulidad de todo lo actuado a partir de fojas 4 debiendo quedar el proceso en estado de que se perfeccione la citación a los demandados Dimitri, y Larry Valencia Gómez, haciéndolo en persona o entregando la tercera boleta en el domicilio señalado por el accionante. Por su parte la señora Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, en providencia de fecha 18 de agosto del 2010, pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso, y amparada en lo previsto en el art. 856 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, dispone que la presente causa se envíe al Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Cayambe. A fojas 381 vuelta del proceso consta la citación a los tres demandados con la TERCERA BOLETA, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Provincial de Pichincha. La señora Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, con sede en Tabacundo, en providencia de fecha 8 de junio del 2011 señala para el 27 de julio del 2011, a las 10h00, para que tenga lugar la audiencia preliminar, misma que se realiza a la cual comparece únicamente la parte actora, recibe en una foja útil, el escrito de formulación de pruebas, las que son proveídas en la misma audiencia. Posteriormente la señora Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, en providencia de fecha 30 de agosto del 2011, las 11h30, declara la nulidad de la audiencia preliminar, y dispone se envíe el proceso al Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha con sede en Cayambe. Mediante providencia de fecha 27 de septiembre del 2011; las 16h30, el señor Dr. Cristóbal Ojeda Martínez, Juez encargado del Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, en Cayambe, manifiesta que por falta de argumentación jurídica del envío de la causa de Tabacundo a Cayambe, y por cuanto de la lectura de la demanda se establece que los demandados tienen sus domicilios

en el cantón Pedro Moncayo, dispone devolver el proceso al juzgado de origen, esto es, a Tabacundo, para que continúe su trámite en dicha Judicatura, conforme aparece de fojas 389. Mediante providencia de fecha 3 de octubre del 2011; las 09h00, la Dra. Ana Intriago, Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, nuevamente dispone devolver este juicio al Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil en Cayambe, para que sustancie el proceso, fundamentándose en la declaratoria de nulidad procesal de la Corte Provincial, motivo de excusa legal e inallenable, conforme se evidencia a fojas 391 de los autos. Por su parte el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Cayambe, en providencia de fecha 27 de octubre del 2011, las 11h30, argumentando falta de fundamentación legal en su excusa que no es equivalente a recusación, de parte de la señora Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, con sede en Tabacundo, cantón Pedro Moncayo, amparado en el inciso último del art. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, ordena nuevamente devolver el proceso al juzgado de origen donde se halla radicada la competencia, como aparece de fojas 393 de los autos. A fojas 396 del proceso consta que mediante providencia de fecha 22 de marzo del 2012; las 17h00, la Dra. Ana Intriago, Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, con sede en Tabacundo, cantón Pedro Moncayo, manifiesta que se ha producido un conflicto negativo de competencia, por lo que dispone remitir el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para que dirima la competencia. A fojas 397 del proceso reposa la resolución emitida por la Primera Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante la cual y luego del análisis jurídico de la causa respecto a dirimir la competencia, dispone que el presente juicio sea conocido, y resuelto por el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, con sede en Cayambe. En providencia de fecha 21 de agosto del 2012, las 1h00, el señor Dr. Luis Taipe, Juez encargado de la Judicatura antes indicada, avoca conocimiento de esta causa, que ha llegado por resolución de competencia de parte del superior. En providencia de fecha 8 de mayo del 2013; las 11h00 horas, para que tenga lugar la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, diligencia que se practica únicamente con la comparecencia del actor, sin que hayan comparecido los demandados, a pesar de estar citados, como consta a fojas 381 vuelta del proceso. En esta diligencia, el actor solicita se declare la rebeldía de los demandados. Presenta en una foja útil su anuncio de prueba y solicita se agregue al proceso. Por su parte el Juzgado provee lo peticionado de la parte actora, diligencias que se evacuarán en la audiencia definitiva, como se observa a fojas 412 de los autos. Se señala para el día 21 de junio del 2013, a las 11h00, para que tenga lugar la audiencia definitiva. A fojas 431 del proceso, consta el acta de la audiencia definitiva misma que contiene lo siguiente: Comparece únicamente la parte actora, no así los demandados. El accionante Gonzalo Espinosa Naguaña, solicita evacuar las pruebas anunciadas en la audiencia preliminar, empezando por la declaración de sus testigos: Es así que el testigo SEGUNDO PATRICIO PAZMIÑO GALLEGOS, en su declaración dice: Que conoce al preguntante Gonzalo Espinosa Naguaña, desde hace 15 o 16 años atrás. Al contestar a la pregunta tercera que se refiere a que si Gonzálo Espinosa Naguaña, prestó los servicios a los señores: Dimitri, Larry, y Alberto Valencia Gómez, contesta que sabe porque entraba a la empresa sea en la mañana, o en la tarde, para sacar la hoja para el ganado, ahí le encontraba al señor. A contestar a la pregunta 4, que se refiere a la razón de sus dichos, contesta que sabe porque en ese entonces vivía frente a la plantación. El segundo testigo MONICA PATRICIA DIAZ LEON, al responder a las preguntas formuladas para el testigo anterior dice: conocer al actor del juicio Gonzálo Espinosa Naguaña, desde hace 10 años atrás, a la tercera pregunta responde que sabe porque ella también trabajaba en la misma empresa Esflor, así se llamaba antes. Que declara porque ella también trabajaba allí porque fueron compañeros de trabajo. El tercer testigo OSWALDO ANTONIO DIAZ A VILA, al responder al interrogatorio formulado para los testigos anteriores dice: que conoce a Gonzálo Espinosa Naguaña, desde el año 2005, e incluso trabajé con él, fuimos compañeros de trabajo. Al responder a la pregunta tercera que si Gonzálo Espinosa trabajó para los señores: Dimitri, Larry, y Alberto Valencia Gómez, responde que si es verdad porque éramos compañeros en la misma empresa. A la cuarta sobre la razón de sus dichos. Contesta porque yo vi e incluso a mi también me hicieron lo mismo no me pagaron los mensuales últimos. Estableciendo con estas declaraciones concordantes que saben que el actor trabajaba en la empresa demandada a órdenes de los señores: Dimitri, Larry, y Alberto Valencia Gómez, pero no dan más elementos como para determinar tiempo de trabajo,

horario, y otras especificaciones que invoca el actor en su demanda, dando veracidad de los hechos respecto a la relación laboral. Seguidamente a fojas 432 del proceso consta la confesión judicial a los demandados la que por no haber comparecido se les declara confesos al tenor de las preguntas formuladas, las que tienen relación con las pretensiones del actor en su libelo de demanda. Prueba que por la no comparecencia de los demandados a esta diligencia se la considera como imprecisa referente a las preguntas formuladas. Consta el juramento deferido del actor mismo que dice: Yo trabajé desde el 21 de agosto del 2004, y salí el 22 de octubre del 2009, poniendo la denuncia al Ministerio de Relaciones Laborales, me dieron 15 días más que trabaje, cumpliendo los 22 días. Añade que su última remuneración fue de 260 dólares, pero no pagaron desde mayo hasta octubre del 2009. Juramento deferido que es considerada como prueba de excepción, pues se la aplica de manera supletoria ya que del proceso no existe prueba plena sobre las pretensiones del actor para demostrar el tiempo de trabajo, su remuneración, y los demás rubros reclamados. Otra prueba del actor que aporta en la audiencia definitiva es la que dice exhibo y solicito se incorpore al proceso en 5 fojas debidamente certificadas el trámite de desahucio efectuado en la Inspectoría del Trabajo de Cayambe, prueba que es inconsistente en vista de que no está completa, no ha concluido en su tramitación, no se aprecia la citación legal a los desahuciados, ni la contestación correspondiente. En tres fojas, oficio y anexos remitido por el IESS, estableciendo con ésta única prueba fidedigna la relación laboral sólo por el tiempo que consta en el documento de fojas 416 del proceso, no así en los términos del libelo de la acción propuesta. En su alegato solicita que en sentencia se les condene a los demandados al pago de su indexación conforme consta en el numeral 4to. de la demanda; por lo que, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- COMPETENCIA.** El suscrito Juez, es competente para conocer y resolver el presente juicio, tanto por la materia como por su jurisdicción: **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.** En la presente causa se han observado las garantías del debido proceso constantes en el art. 76 de la Constitución de la República y se le ha dado a la causa el trámite previsto en el art. 575 del Código del Trabajo; por lo que, se declara la validez procesal. **TERCERO.- RESPONSABILIDAD PROBATORIA.** Es obligación de las partes probar sus afirmaciones, excepto aquellas que se presuman conforme a derecho. Los demandados al no comparecer a juicio, y por ende a ninguna de las dos audiencias son acusados rebeldes y declarados como tal por esta Unidad Judicial configurándose así la situación jurídica contemplada en el art. 103 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo que señala el art. 580 del Código del Trabajo; esto es, la falta de contestación a la demanda o de un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, en tal virtud, habiendo negado los demandados los fundamentos de la demanda (rebeldía), corresponde al actor la carga de la prueba, como lo dispone el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, Gaceta Judicial año LXXXIII, Serie XIV. Nro. 1. Pág. 123; además, conforme el principio de verdad procesal, contemplado en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a las Juezas y Jueces, resolver únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes; **CUARTO.- CARGA DE LA PRUEBA.** Por lo tanto, de los recaudos procesales tenemos: La no comparecencia de los demandados a juicio, mientras que el actor en su afán por demostrar la existencia de la relación laboral, solicita prueba documental como los cuadernos agregados al proceso en los que dice se registraba las entradas y salidas de las guardias, mismo que no ha sido reconocido legalmente por los demandados, así como tampoco tiene firmas de los empleadores y que éstas hayan sido reconocidas ante autoridad competente, quedando en consecuencia como documento privado que de conformidad con lo que señala el art. 191 del Código de Procedimiento Civil, dice que "instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares sin intervención de Notario ni de otra persona legalmente autorizada o por personas públicas en actos que no son de su oficio", como es el caso que nos ocupa, y por tanto no hacen prueba en juicio, porque para serlo tiene que cumplir con lo que disponen los arts. 164, y 165 del cuerpo de ley citado. Con relación a la prueba constante a fojas 426 y 427 del proceso, referente a la petición de desahucio y calificación a dicha petición por parte de la Inspectoría del Trabajo de Pichincha, Cayambe, se establece que si bien es cierto que aquello solicita el actor, pero no existe constancia de que haya sido notificado y recibido por los demandados, quedando esta acción administrativa incompleta solamente con la aceptación a trámite por parte de la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Inspección del Trabajo de Cayan1be, como se deja explicado anteriormente. Los demandados Dimitri, Larry, y Alberto Valencia al no comparecer a juicio y consecuentemente a la audiencia definitiva son declarados confesos, al tenor de las preguntas formuladas constantes a fojas 432 del proceso, prueba que por estar en rebeldía no se justifica fehacientemente con respecto a los hechos interrogados. De los recaudos procesales a fojas 415, a la 417 del proceso se aprecia que la responsable de la Agencia Cayambe del Seguro Social, remite a esta Unidad Judicial en dos fojas útiles la historia laboral del actor de este juicio ESPINOSA NAGUAÑA GONZALO, de la cual se desprende que estuvo afiliado al Seguro Social en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, y diciembre del año 2007, (6 meses); En el año 2008, de enero a diciembre (12 meses); y, por el año 2009, de enero a junio (6 meses), bajo la relación de dependencia laboral de VALENCIA GOMEZ DIMITRI uno de los tres demandados en este juicio, instrumento público que prueba la relación de dependencia laboral por el lapso de tiempo señalado anteriormente, configurándose con los presupuestos que señala el art. 8 del Código del Trabajo, por lo que de conformidad con el art. 135 del Código de Procedimiento Civil, concede a ésta prueba pleno valor legal, para probar el tiempo de trabajo, toda vez que encontrándose las partes en litigio por la relación laboral en aquel tiempo, es lógico que los interrogantes del actor a los demandados no pueden recaer sino sobre los hechos conexos de la misma, y al eludir las demás pruebas sin hacer valer ninguna de las otras evidencia su propósito de evadir su responsabilidad, por consiguiente la relación laboral termina por voluntad del trabajador actor en esta causa. Jurisprudencia de la Sala de lo Laboral y Social Gaceta Judicial Año XCIX. Serie XVI. Nro. 14. Pág. 4102. (Quito, 24 de febrero de 1999). En aplicación del principio Laboral INDUBIO PRO OPERARIO, en relación a las otras pruebas constantes en el proceso que no dan certeza exacta de lo reclamado por el actor aplicación de este principio, que en caso de duda debe aplicarse la ley en el sentido más favorable al trabajador es imperativo, en concordancia con lo prescrito en el art. 33 de la Constitución de la República, respecto al derecho irrenunciable de los trabajadores a los beneficios que establece el Código del Trabajo, se procede al análisis de improcedencia de los rubros demandados: No proceden los pedidos contenidos en los ítems respecto a la bonificación por desahucio, por el análisis efectuado; es decir por no haber sido concluido legalmente con su trámite y principalmente por no haber notificado a los demandados con este acto; no procede al pago del pago de los sueldos de los meses de julio, agosto, septiembre y proporcional de octubre del 2009, por no haber justificado la relación laboral en legal y debida forma de estos meses, siendo en consecuencia pertinente el pago únicamente lo correspondiente a los meses de mayo y junio del 2009 con el triple de recargo. No procede el pago de antigüedad y bonificación laboral, por las razones antes indicadas. No procede el pago de horas extraordinarias y suplementarias no canceladas, por falta de prueba fidedigna, pues de conformidad con lo que señala el art. 55 del Código del Trabajo, por convenio escrito entre las partes, la jornada de trabajo podrá exceder del límite fijado en los arts. 47 y 49 del Código del Trabajo siempre que se proceda con autorización del Inspector del Trabajo, y se observen las prescripciones señaladas por la normativa. Del proceso no obra ningún convenio suscrito entre las partes, ni autorización del Inspector del Trabajo, conforme requiere el art. 55 del Código del Trabajo, de los autos no aparece ni el convenio entre las partes ni la autorización del Inspector del Trabajo, y aun cuando de acuerdo con el art. 37 , inciso 2do. todo motivo de nulidad que afecte a un contrato, solo puede ser alegado por el trabajador, en el caso que nos ocupa tampoco existe dicha alegación, por lo que el Juez está en la necesidad de anotar el hecho de la inobservancia de las expresadas formalidades, y no sea sino como un antecedente que hace presumir la existencia del trabajo en horas extraordinarias. Las horas extraordinarias, y suplementarias deben ser probadas fehacientemente dentro del juicio por el actor, como así lo señala la jurisprudencia. El trabajo suplementario es un excedente del trabajo ordinario y por lo mismo no se puede admitir sin la comprobación de que el reclamante ha trabajado más de la jornada ordinaria y más del monto de horas de trabajo hebdomadario. El Trabajo extraordinario se realiza en horas de descanso obligatorio y por lo mismo impone al actor la prueba de haberlo realizado en verdad. "Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. Nro. 14. Pág. 3225. Quito. 25 de febrero de 1977, por lo tanto al no haberse probado en forma irrefutable no procede el pago de estos rubros. No procede el pago de utilidades a los años 2006, 2007 y 2008, por no haber justificado legalmente conforme a derecho con un informe de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

utilidades emitidos por la autoridad correspondiente, ni tampoco algún tipo de evidencia que determine que los demandados produjeron utilidades que el actor reclama. Con respecto a la calidad en que trabajaba, y la remuneración que percibía el actor, para lo cual se considera lo constante en autos, guardia de seguridad cuya remuneración según el juramento deferido era de 260 dólares. El tiempo de servicios sólo justifica con el historial otorgado por el IESS, constante a fojas 416 de los autos, estando en consecuencia probada parcialmente la relación laboral con uno de los demandados Dimitri David Valencia Gómez, por sus propios derechos, por el tiempo mencionado anteriormente. A falta de justificación de pago de las vacaciones no pagadas por el lapso justificado se dispone que el demandado Dimitri Valencia Gómez por sus propios derechos, pague al actor las A) vacaciones no gozadas desde julio de año 2007, a junio del año 2008 , y desde julio del año 2008, a junio del año 2009. B). Décimo tercero: De 1 de julio del 2007, a junio del 2008; y de 1 de julio del 2008, a 30 de junio del 2009. Décimo cuarto: De julio a agosto del 2007, de septiembre del 2007, a agosto del 2008; y de septiembre del 2008, a junio del 2009. C). Remuneraciones de mayo y junio del 2009, con el triple de recargo. **QUINTO.- CUANTIFICACIÓN DE RUBROS ORDENADOS A PAGAR.** Como lo dispone la Resolución emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. No. 138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordena pagar en el considerando CUARTO de la presente sentencia. Se considera como tiempo de servicio 1 de julio del 2007, hasta el 30 de junio del 2009; y, las remuneraciones con el triple de recargo por los meses de mayo y junio del año 2009, tomando como última remuneración percibida USD. 260,00, como refiere en el juramento deferido. CONSIDERANDO CUARTO: A) Vacaciones no gozadas de julio del 2007, a junio del 2008=93,25; de julio del 2008, a junio del 2009=104,50; B). Décimo tercero de 1 de julio del 2007 a junio del 2008=186,50; de 1 de julio del 2008 a 30 de junio del 2009=209,00. Décimo Cuarto de julio a agosto del 2007=28,33: de septiembre del 2007 a agosto del 2008=200; y de septiembre del 2008 a junio del 2009=181,67; C) Remuneraciones de: mayo y junio del 2009=520, más el triple de recargo x 3=1.560 como lo dispone el art. 94 del Código del Trabajo, dando un TOTAL de USD 3.083,25. **SEXTO.- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.** "El proceso según Enrique Véscovi, tiene límites objetivos (objeto y causa) y subjetivos partes y el Tribunal debe fallar dentro de esos límites, los cuales en el proceso dispositivo que nos rige son los que derivan de las pretensiones dé las partes, lo cual se conoce como principio de congruencia" Gaceta Judicial. Año CIX. Serie XVIII, Nro. 6. Pág. 2249. En virtud de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta parcialmente la demanda, y se dispone que el demandado DIMITRI DAVID VALENCIA GÓMEZ, por sus propios y personales derechos, pague al actor la cantidad de USD 3.083,25, valor a que ascienden los rubros que se ordena pagar en el considerando CUARTO de esta sentencia, con los intereses a que se refiere el art. 614 del Código del Trabajo, que serán liquidados al momento de la ejecución de la sentencia. Con costas, se regula los honorarios del Abogado de la defensa de la parte actora, en el 5% del valor total de la liquidación. **Notifíquese.**
f) Dr. Washington Veloz Camacho, Juez

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2014-1022

Jueza Ponente: Dra. Liz Barrera Espín

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SALA LABORAL. Quito, lunes 5 de mayo del 2014, las 09h40.
VISTOS: Agréguese a los autos el escrito y anexos que anteceden. En el juicio oral de trabajo que sigue Gonzalo Espinosa Naguaña en contra de la empresa florícola ESFLOR o HACKERS en las personas de Dimitri Valencia Gómez, Larry Valencia Gómez y Alberto Valencia Gómez, por sus propios derechos y solidariamente por los que representan en la empresa mencionada; el demandado Dimitri Valencia Gómez, interpone recurso de

apelación de la sentencia dictada por el Dr. Washington Veloz Camacho, Juez de la Unidad Judicial del cantón Cayambe; para resolver se considera: **PRIMERO.-** La competencia del Tribunal se ha radicado en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 609 del Código de Trabajo y conforme al sorteo correspondiente. **SEGUNDO.-** El actor comparece a juicio de trabajo y manifiesta que, por decisión voluntaria suya, concurrió ante el señor Inspector de Trabajo de Cayambe a fin de dar por terminada la relación laboral mediante desahucio, sin embargo pese a realizar todos los trámites su empleador no ha procedido a pagarle sus haberes laborales. Que, ingresó a laborar bajo dependencia de los demandados desde el 21 de agosto de 2004 hasta el 22 de octubre de 2009. Que laboró en el horario de lunes a viernes de 15H00 a 7H00 del siguiente día, descansando un día; y los días sábados ingresaba desde las 12H00 hasta las 7H00 del domingo cada quince días y los domingos la jornada de trabajo era de 7H00 a 7H00 del siguiente día, igualmente cada quince días. Que, su último sueldo fue de USD $ 270 mensuales. Que, con estos antecedentes, solicita que la parte demandada le pague las prestaciones que detalla en la demanda. Concluida la sustanciación del proceso la juzgadora, Dra. Ana Intriago, dicta sentencia, misma que fue apelado por el actor, correspondiéndole el conocimiento de la causa a la Primera Sala de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, quien declara la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 4; debiendo quedar el proceso en estado de que se perfeccione la citación a los demandados. Posteriormente, se perfecciona la citación como consta a fs. 381 v.; y la jueza Dra. Ana Intriago remite el proceso al Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, quien no acepta la competencia, suscitándose un conflicto de competencia que fue conocido por la Primera Sala de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que resuelve señalando que el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha es quien debe conocer y resolver la causa. Radicada la competencia, convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas el 21 de mayo de 2013 (fs. 412), se realiza con la presencia del actor y en rebeldía de los demandados. El actor formula las pruebas y se señala día y hora para la Audiencia Definitiva, que se efectúa el 21 de junio de 2013 (fs. 431) Concluida la sustanciación de la causa, el juez resuelve aceptar parcialmente la demanda. **TERCERO.-** Corresponde en primer lugar analizar la impugnación que realiza el Sr. Dimitri David Valencia Gómez y que hace relación a la nulidad del proceso por falta de citación, pues en la formulación del recurso expresa que nunca fue citado como demandado en este juicio y que por esta razón no compareció a ninguna de las audiencias y diligencias señaladas ya que su domicilio nunca lo estableció en Tabacundo, sino en la ciudad de Quito, conforme al documento emitido por la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral; al respecto se realiza el siguiente análisis: a) Domicilio según Escriche, citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA -Tomo IX- "...es el lugar donde se halla establecido y avecindado con su mujer e hijos y familia" y en concepto de Busso "... como el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de efectos jurídicos" o como se determina el lugar que se ha fijado o estipulado para el cumplimiento de obligaciones; Víctor Manuel Peñaherrera dice: "La residencia acompañada del ánimo es el hecho que produce el efecto jurídico del domicilio"; El Código Civil determina en el art. 48 que: "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio o vecindad". El domicilio individualiza a la persona desde el punto de vista territorial; la une, respecto de la vida jurídica a un lugar determinado, de manera que en el sentido estrictamente jurídico el domicilio expresa una relación de derecho, que se traduce en que el domicilio obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio cuando se trata de su participación activa en la vida jurídica o de las repercusiones de ésta sobre aquella. Es por eso que la ley no contempla como domicilio únicamente el lugar donde vive una persona o ha establecido su residencia, sino también donde ejerce su actividad económica, en este sentido, conforme consta las razones de citación de fs. 3, 3v. y 381v., los demandados fueron citados EN LA EMPRESA FLORÍCOLA ESFLOR", mismas que conforme al art. 8 del Reglamento de Funcionamiento de Oficinas de Citaciones (Rs. CNJ. 1 publicada en el Registro oficial 244 de 5 de enero de 2004), "hacen fe pública", es decir gozan de legitimidad. Por lo expuesto, en la sustanciación del proceso, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado.

CUARTO.- La rebeldía de la parte demandada, se la tiene como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, al tenor del art. 103 del Código de Procedimiento Civil y 580 del Código de Trabajo; en tal virtud, se revertió la carga de la prueba a la parte actora. **QUINTO.-** La relación laboral con el Sr. Dimitri David Valencia Gómez, demandado por sus propios derechos, se ha demostrado con el Historial Laboral remitido por el IESS (fs.416 y 417) en el que aparece que el actor fue afiliado por el Sr. Valencia Gómez Dimitri David, desde 1 de julio de 2007 hasta junio de 2009. Por cuanto el documento remitido por el IESS es un documento público que hace prueba plena en juicio conforme lo señal a el art. 164 del Código de Procedimiento Civil, se determina que la relación laboral que mantuvo el actor con el Sr. Valencia Gómez Dimitri David, por sus propios derechos, ha sido demostrada plenamente, no así con la empresa Florícola ESFLOR ni con los señores Larry Valencia Gómez y Alberto Valencia Gómez. **SEXTO.-** Demostrada la existencia de la relación laboral, correspondió al demandado probar el cumplimiento de sus obligaciones y toda vez que no ha justificado la solución o pago, procede la satisfacción de los siguientes derechos: a) Sueldos de los meses de mayo y junio del 2009, con el triple de recargo; b) Décimo tercero y cuarto sueldos por todo el tiempo de servicio; e) Vacaciones por todo el tiempo de servicio. **SÉPTIMO.-** Por cuanto el accionante, se conformó con la sentencia de instancia y no recurrió de la misma, no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre los pedidos que le fueron negados, esto es sobre el desahucio, sueldos de los meses de julio, agosto septiembre y proporcionales de octubre de 2009, antigüedad y bonificación laboral, horas suplementarias y extraordinarias; y, utilidades. **OCTAVO.-** Se ratifica el tiempo de servicio y remuneraciones determinados por el juez de instancia, así como la cuantificación y liquidación de los rubros que por derecho le corresponden al accionante por ajustarse a derecho. Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** desestima por improcedente el recurso de apelación formulado por Sr. Valencia Gómez Dimitri David y confirma la sentencia dictada por el Juez de Origen. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Por ausencia del titular actúa el Dr. Washington Bolívar Arias, en calidad de Secretario Encargado. **Notifíquese.**

f) Dra.Liz Barrera Espín, Jueza Ponente; Ilegibles.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, lunes 25 de mayo del 2015, las 10H00.

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Gonzalo Espinosa Naguaña en contra de Empresa Florícola ESFLOR O HACKERS, en las personas de sus representantes legales señores Dimitri Valencia Gómez, Larry Valencia Gómez y Alberto Valencia Gómez, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 5 de mayo del 2014, las 09h40, dictó sentencia desestimando la apelación interpuesta por la parte demandada y confirma la sentencia dictada por el Juez de origen que acepta parcialmente la demanda. Inconforme con dicha resolución la parte accionada interpuso recurso de casación, el mismo que por haber sido concedido permitió que suba el proceso a la Corte Nacional de Justicia habiendo recaído la competencia en la Sala de Conjueces, la que, por considerar que cumple con los requisitos de forma que para su admisibilidad al trámite prescribe el artículo 6 de la Ley de Casación, en auto de fecha 18 de noviembre de 2014, las 08h58, lo admitió a trámite, pasando el proceso previo sorteo a conocimiento de este Tribunal de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia integrado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, doctor Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional; y, doctor Efraín Humberto Duque Ruiz, Conjuez Nacional y Ponente en este caso. Encontrándose el recurso en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Corresponde el conocimiento de esta causa, a éste Tribunal, constituido por resolución nro. 1-2015 de 28 de enero de 2015 y oficio nro. 137-SG-CNJ del 02 de febrero de 2015; y, en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra de foja 4 del último cuaderno, realizado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto, se fundamenta en lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: En el caso subjúdice, el recurrente impugna la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada, expresando que las normas jurídicas infringidas son el artículo 76 numerales 1 y 7 literal a) de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 73, 74, 75, 76, 77 y 346 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil; y, funda su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. La fundamentación de su recurso se contrae a los siguientes puntos: **2.1.)** El recurrente en su memorial de casación manifiesta que en la sentencia impugnada, "...los jueces de la Sala Laboral no toman en consideración los escritos presentados por el señor Boris Lautaro Valencia de la Torre del 2 de febrero y del 12 de marzo del 2010, en la que devuelve las boletas de citación dejadas en su terreno, indicando que ahí no viven sus hijos, ni tampoco ejercen actividad comercial. Más en sentencia del 20 de abril del 2010, el Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha con sede en Tabacundo resuelve negar la demanda por falta de prueba. Sentencia que fue apelada por el actor y en la que me vuelve a citar a mí y a mis hermanos Larry Borys y Francisco Alberto Valencia Gómez en el casillero nro. 7 fijado por el señor Boris Lautaro Valencia Gómez, quien no era parte procesal en este litigio". **2.2)** Manifiesta además, que la sala de alzada en su fallo no tomó en cuenta su escrito presentado el 10 de diciembre del 2013, en el que manifiesta no haber sido nunca citado en su domicilio, conforme al certificado emitido por el Consejo Nacional Electoral, Delegación Provincial de Pichincha, en el que consta que su domicilio es en la parroquia Belisario Quevedo y no en Tabacundo, por lo que considera se le dejó en indefensión y sin la posibilidad de defenderse de la infundada demanda presentada por el actor. En estos términos se contrae la impugnación formulada por el recurrente.

TERCERO.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurso de casación es un medio impugnatorio de vital importancia dentro de la esfera del Derecho Procesal, debido a los fines que persigue: **Nomofiláctico** (proteger el ordenamiento jurídico en las resoluciones judiciales), **Unificador** (establecer la correcta aplicación e interpretación de la ley) y **Dikelógico** (alcanzar la justicia y que las decisiones judiciales no causen perjuicio a las partes). Este recurso por principio de legalidad, conforme al artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la Ley, esto es, por causales *in iudicando* (vicios de juicio del tribunal o infracción en el fondo), por causales *in procedendo* (vicios de la actividad o infracción en las formas). De ahí que es un medio de impugnación que tiene por finalidad, obtener que las resoluciones judiciales emitidas en instancias definitivas puedan ser revisadas por la Corte Nacional de Justicia, para evitar que, como consecuencia del equívoco que existiera en aquellas, se genere agravio a una de las partes por errores en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada; siendo su tarea *"...la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esta función acentúa el carácter constitucional del recurso..."* (Enrique Véscovi, La Casación Civil, edic. Idea, Montevideo, 1979, p. 25). La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 364 del 17 de enero del 2011, p. 53 expresó 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..."*. La casación constituye entonces un recurso especial, cuyo objetivo persigue la anulación o corrección de una resolución inferior, hallándose regulada por la Ley, que establece el trámite y los requisitos de forma que debe reunir para ser aceptada; siendo un medio

de impugnación de una resolución, por la cual el recurrente trata de demostrar al Tribunal de Casación que el Juez o Tribunal de apelación que dictó la sentencia o auto recurrido, se equivocó al dejar de aplicar o aplicar indebida o erróneamente las normas de derecho sustanciales o procesales. En este lineamiento, por mandato del 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...";*** y en el artículo 76 señala que *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...";* por lo que corresponde a este Tribunal, establecer si en la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada no se han producido transgresiones a la normativa jurídica vigente, que pudieran afectar los derechos de la parte actora. Para ello, es requisito de la impugnación que exista concordancia entre el motivo de la casación y el agravio o lesión que la sentencia en cuestión ha provocado al recurrente, por lo que debemos entrar al análisis para determinar si existe relación entre lo que se reclama y lo que decidió el Tribunal de alzada en la sentencia impugnada; considerando que los juzgadores deben pronunciarse cuidando que su actuación o análisis no se exceda del pedido del casacionista, ni que éste sea inferior a su requerimiento, o que lo que se manifieste en sentencia esté fuera de la Ley, cumpliendo para ello, con el deber de motivación, como una garantía establecida en el artículo 8.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

CUARTO.- 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 (...)" (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Recurso de Casación nro. 00175-250403-00559-00492, Leopoldo Márquez Áñez. Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en el Casación Civil Venezolana, p. 40). 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.

QUINTO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN FORMULADA: Conforme a lo puntualizado en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, **"Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: ...4.- Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente lo represente"**; siendo obligación de jueces y tribunales, antes de emitir un pronunciamiento judicial, examinar la validez del proceso, a fin de observar el cumplimiento de las condiciones que deben existir para que pueda darse un pronunciamiento de fondo, concretándose de esta forma el poder-deber del juzgador de proveer sobre el mérito de lo actuado, por ello, se hace indispensable analizar lo siguiente: **a)** Para la existencia legal de un juicio de jurisdicción contenciosa no basta la sola presentación de la demanda, sino que es indispensable la citación de la misma, para que surta efectos jurídicos en contra del o de los

demandados, a fin de que compareciendo a juicio les nazca el derecho para deducir sus excepciones y pueda así el juez, propuestas estas o en rebeldía, conocer los puntos sobre los cuales se trabó la litis para resolverlos, en su oportunidad. Conforme lo señala el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil, **"Citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda..."**. Ese conocimiento se refiere y consiste en la percepción consciente del o de los requerimientos que judicialmente se le formulan, para que en la misma forma consciente puedan aceptarlos o combatirlos, trabándose así la litis que será resuelta por el juez al finalizar el proceso. **b)** Conforme consta de fs. 3 y vta. del cuaderno de primera instancia, el actuario encargado del Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha, deja constancia fiel de la forma en que el actuario ha efectuado la citación a los tres demandados, entre ellos al casacionista, en que se le hizo saber mediante boletas con el contenido de la demanda y decreto del juez, para que hagan uso de sus derechos normalmente. Pero como constan de las razones del Secretario encargado, las citaciones las realizó en Tabacundo a los demandados DIMITRI VALENCIA GÓMEZ, LARRY VALENCIA GÓMEZ Y ALBERTO VALENCIA GÓMEZ, mediante tres BOLETAS, que las "dejó al Guardia de tumo, quien dijo a la secretaria, quien dijo que le entregará apenas llegue", en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Procedimiento Civil. De la revisión de las constancias de las citaciones, se establece que la PRIMERA BOLETA fue entregada el día martes veinte y seis de enero del año dos mil diez; la SEGUNDA BOLETA fue entregada el viernes veintinueve de enero del dos mil diez en la tarde a los dos primeros demandados y al tercero el veintisiete de enero del 2010; en tanto que la TERCERA BOLETA, fue entregada el mismo día viernes veinte y nueve de enero del año dos mil diez a las los dos primeros demandados en la empresa PRIMFLORAL S.A. y al tercero en la florícola ESFLOR. Estas razones sentadas por el actuario del juzgado, contravinieron lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 del Código Adjetivo Civil citado, que dice: **"En todo juicio, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas si no pudiere ser personal, según el artículo 77 se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo los casos de los artículos 82 y 86".** Como Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, Dra. Ana Intrigo de Soto, no se percató de dicha anormalidad, dictó sentencia el 20 de abril de 2010, las 10h00, negando la demanda por falta de prueba, la que fue apelada por el actor, pasando el proceso a conocimiento de la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, la que en auto del 5 de julio del 2010, las 08h22, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 349 y 204 del Código de Procedimiento Civil, declaró la Nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 4, a efectos de que se proceda a citar en persona o con la tercera boleta a los demandados en el domicilio señalado por el accionante. Esta diligencia se ha cumplido conforme obra de fs. 381 vta. del cuaderno de primera instancia, por lo que el proceso reinició su trámite en el que la sala correspondiente dirimió el conflicto de competencia, pasando el proceso a conocimiento del Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, quien tramitó el proceso en primer nivel en rebeldía de la parte demandada, dictando sentencia el 5 de diciembre del 2013, las 12h25, aceptando parcialmente la demanda, la que fue apelada por el demandado Dimitri David Valencia Gómez, y al ser confirmada por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia del 5 de mayo del 2014, las 09h40, mereció el recurso de casación que es objeto de este fallo. **c)** En las razones obrantes del cuaderno de primera instancia, existe la constancia de la forma en que el actuario ha efectuado la diligencia de citación realizada en la dirección señalada por el accionante, esto es en el lugar donde realizó su trabajo, mediante boletas en que se le hizo saber con el contenido de la demanda y decreto del juez, para que haga uso de sus derechos normalmente, demuestran que cumplió con lo dispuesto en los artículos 74, 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil, merece credibilidad por la responsabilidad en el caso de falsedad del asiento de una diligencia de citación, cuando se afirma habérsela practicado sin que se la haya realizado, haciendo responsable al actuario de la falsedad una vez declarada por la respectiva vía. Por ello, no es creíble lo expresado por el padre de los demandados en su escrito de fs. 8, cuando de fs. 427 a 430 consta un trámite de desahucio presentado en la Inspectoría del Trabajo de Pichincha por el ahora accionante en contra de sus empleadores, diligencia que se notificó en el lugar de trabajo, que es el mismo donde fueron citados los demandados, sin que se hayan opuesto al mismo; por lo que este

Tribunal concluye que si hubo citación legal con la demanda, y si no comparecieron a juicio y este siguió el rebeldía, no se les ha violado sus garantías básicas contempladas en los artículos 75 y 76, numerales 1 y 7 literal a) de la Constitución de la República, atinentes a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa. En este contexto, establecido el lugar donde se han dado los hechos que ha generado la controversia sometida al conocimiento de esta autoridad, esto es la relación laboral en las instalaciones que la empresa tiene en esta ciudad, es decir es en este lugar que presentó la demanda y fue citada la parte demandada; de ahí que aceptar el criterio de la parte demandada, de que tiene su domicilio en otro lugar en la ciudad de Quito, cuando fue citado en el lugar donde prestó sus servicios el actor, es contrariar lo dispuesto en el art. 28 del Código de Procedimiento Civil que dice: **"El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos..."**, lo que se ha dado con la presente demanda, en que los demandados no han demostrado no ser los propietarios de la empresa Florícola ESFLOR o HACKERS. Corrobora este criterio lo dispuesto en el art. 52 del Código Civil que manifiesta: **"Cuando ocurran varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene..."**, lo que se da en el caso de la parte demandada, que dice tiene su domicilio en otro lugar, por lo que no habiéndose incurrido en la omisión de la solemnidad sustancial contemplada en el numeral 4° del art. 346 del Código de Procedimiento Civil, no hay motivo de nulidad procesal pues no ha quedado en indefensión, sino que al no comparecer a juicio no obstante conocer que se ha entablado un juicio laboral en su contra, no ejerció su derecho a la defensa. Por lo manifestado no prospera el escueto cargo formulado.

SEXTO.- DECISIÓN: Por la motivación expuesta, este Tribunal integrado de la Sala Especializada 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,** no casa la sentencia dictada por el Tribunal de alzada el 5 de mayo del 2014, las 09H40. De acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese la caución al actor. Sin costas. **Notifíquese y Devuélvase.**

f) Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución nro. 291-2015
Juicio nro. 1164-2014

Despido intempestivo por cambio de ocupación laboral, propuesto por Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, contra la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA

SÍNTESIS

PATRICIA ALEXANDRA NOVILLO PAZMIÑO (fs. 71), y presenta la demanda por reclamación de haberes laborales en contra de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA, legalmente representada por su Gerente General, señor Segundo Pedro Morales Morocho, y de éste por sus propios derechos. En primera instancia se acepta parcialmente la demanda y se ordena que la parte demandada COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA, legalmente representada por su Gerente General, señor Segundo Pedro Morales Morocho, y éste por sus propios derechos, en forma solidaria, paguen a la actora la cantidad de CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 59/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$ 44.751,59). La Sala laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dicta sentencia confirmando en todas sus partes la sentencia que acepta parcialmente la demanda. La parte demandada interpone recurso de casación. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia no casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, pues considera que el tribunal ad quem no ha incurrido en errores de hecho ni de derecho por infracción de ley o doctrina legal, pues ha apreciado la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica.

PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. UNIDAD JUDICIAL PRIMERA ESPECIALIZADA DE TRABAJO DEL CANTON QUITO. Quito, miércoles 12 de febrero del 2014, las 11h23.

VISTOS: PARTE EXPOSITIVA: DE LAS PARTES PROCESALES: Comparece la señora PATRICIA ALEXANDRA NOVILLO PAZMIÑO (fs. 71), y presenta la demanda por reclamación de haberes laborales en contra de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA, legalmente representada por su Gerente General, señor Segundo Pedro Morales Morocho, y de éste por sus propios derechos. DE LA DEMANDA: En su demanda la actora manifiesta: a) Que, mediante contra de trabajo suscrito el 01 de marzo de 1994, inició a prestar sus servicios lícitos y personales para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada; b) Que inicialmente trabajó en la matriz ubicada en la ciudad de Riobamba; c) Que, luego le trasladaron a la Agencia Quito de la Cooperativa Riobamba Ltda., ubicada en la avenida Teniente Hugo Ortiz y Mariscal Sucre, sector la Magdalena de la ciudad y cantón Quito, provincia de Pichincha; d) Que, desempeñaba las funciones de Coordinadora de Operaciones; e) Que, percibió como remuneración mensual en el mes de abril del 2010 la cantidad de US$ 2.006,41 y que, sin razón legal, en el mes de mayo del 2010 le bajaron la remuneración a US$ 1.772,01 dólares; f) Que, el 26 de mayo del 2010, bajo presión psicológica y supuestamente en la ciudad de Riobamba, ya que indica que en esa fecha se encontraba laborando en forma normal en las oficinas de la Cooperativa en esta ciudad de Quito, los representantes legales y administradores de su empleadora le hicieron firmar, junto a otros compañeros de trabajo, un documento llamado Acta de Responsabilidad en la cual les hacen responsables del cometimiento del delito de estafa, y, además, les hacen responsables de unos créditos que dicen haber otorgado sin observar los procedimientos establecidos por la Cooperativa; g) Que, mediante memorando CRI-No-0003-2010, emitido en Riobamba

el 8 de junio del 2010, le notifican con la sanción de amonestación escrita, por los hechos supuestamente asumidos en el Acta de Responsabilidad, Memorando que se encuentra suscrito por el Lic. Pedro Morales Morocho, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada; h) Que, además, en el mencionado memorando, le cambian de ocupación sin su consentimiento, esto es, de Coordinadora de Operaciones, a "Asistente de Cobranzas", puesto u ocupación que no existe en el organismo de la Cooperativa, Agencia Quito; y que, además, le disminuyen su remuneración sin razón legal y sin su autorización; i) Que, con la actitud y hechos descritos se le estaba persiguiendo y acosando laboralmente con el propósito de obtener la renuncia a sus funciones; j) Que, con el cambio de ocupación sin su consentimiento y la disminución de su remuneración se ha producido lo que se conoce en la doctrina como "injuria laboral" que conlleva al "despido intempestivo", según lo establece el artículo 192 del Código del Trabajo; k) Que, con el fin supuestamente de cubrir en algo el "perjuicio" a la cooperativa por la concesión de créditos al Club de Administradores del Cuerpo de Bomberos, valiéndose de presiones y extorsiones, le obligaron a suscribir un pagaré en blanco, cuyo destino al momento desconoce; 1) Que, también le obligaron a presentar una solicitud de crédito por US$ 50.000,00, el cual fue aprobado en su favor por la Cooperativa Riobamba Limitada, valores éstos que fueron depositados en su integridad en la cuenta del Banco Internacional que mantiene la Cooperativa Riobamba Limitada en dicha entidad bancaria; m) Que, ante tanto atropello por parte de los directivos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, amparada en lo establecido en los artículos 169 numeral 8; 173 numerales 2 y 3; 183 y 192 del Código del Trabajo, presentó ante el señor Inspector del Trabajo de Pichincha, el 5 de julio del 2010, a las 14H10, una petición de visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales, porque fue cambiada de funciones y se le disminuyó sin su consentimiento la remuneración; petición de visto bueno que, luego del trámite de Ley, fue resuelto en su favor, el 6 de agosto del 2010, a las 16H02, notificándose el 9 del mismo mes y año, habiéndose concedido el Visto Bueno, que legalmente significa el despedido intempestivo; n) Que, por lo tanto, la relación laboral se mantuvo hasta el 24 de agosto del 2010, es decir 15 días después de dictado el visto bueno de conformidad a lo establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo; o) Que, los jueces de la Unidad Judicial Primera Especializada del Trabajo de Quito, son competentes para conocer la presente causa en virtud de lo dispuesto en los artículos 86, 573 y 568 del Código del Trabajo en concordancia a lo dispuesto en los artículos 48 del Código Civil y artículo 29 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil; p) Que, en virtud de los antecedentes expuestos, con fundamento en las normas que específica, y mediante procedimiento oral, demanda a fin de que en sentencia se condene a los demandados al pago de los siguientes rubros: p.1) Indemnización laboral establecida en el artículo 188 del Código del Trabajo por despido intempestivo, por el valor de $32.102,56 dólares; p.2) Indemnización laboral establecida en el artículo 185, e inciso quinto del artículo 188 del Código del Trabajo por despido intempestivo por el valor de $ 8.025,64 dólares; p.3) Decimotercera remuneración del período diciembre del 2009 agosto 2010; p. 4) Decimocuarta remuneración del periodo septiembre 2009 agosto 2010; p.5) Vacaciones no percibidas del período 2010; p.6) Intereses legales en los rubros establecidos en el artículo 614 del Código del Trabajo, de ser del caso; p.7) Devolución de los valores retenidos por su ex empleador injusta e ilegalmente por concepto de ahorros propios, bono del trabajador, utilidades y otros, por la cantidad de $53.386 dólares; p.8) Devolución de los valores bloqueados por su ex empleador ilegalmente, por concepto del ahorro de cesantía que mantiene en su cuenta de ahorros, con sus respectivos intereses; p.9) Costas procesales y los honorarios de su abogado defensor que serán regulados en sentencia y de conformidad a la Ley; q) Fija la cuantía en ciento treinta mil con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US$ 130.000,00). DEL SORTEO. Luego del sorteo de Ley, la demanda que antecede correspondió conocerla a esta Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, y al Juez que suscribe. DE LA LITIS. Citada legalmente la parte demandada, según consta de las actas de citación de fojas 83 y 208; así como de la comparecencia a la audiencia Preliminar, en la que se presenta el señor Segundo Morales Morocho, en su calidad de Gerente General y por sus propios y personales derechos, de conformidad al acta de fojas 88 y poder de procuración judicial que aparece a partir de folios 90; a la Audiencia Preliminar de Conciliación, Contestación a la Demanda y Formulación de Pruebas, comparece a) La parte actora, acompañada de su abogado

defensor Dr. Ángel Valdivieso; y, b) El señor Segundo Pedro Morales Morocho, por los derechos que representa en su calidad de Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, y por sus propios derechos, a través de su Procurador Judicial, Ab. Franklin Travez. El Juez invitó a las partes a buscar un acuerdo conciliatorio que ponga fin al litigio, propuesta que no fue aceptada por los comparecientes, por lo que continuando el trámite se le concede la palabra al demandado para que conteste la demanda, quien lo hace en forma escrita (fs. 94) y propone las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2) Que no se allana a ninguna nulidad procesal, que la alega expresamente; 3) Falta de derecho de la actora para proponer la presente acción; 3) Falta de legítimo contradictor, ya que su representada jamás despidió intempestivamente a la actora; 4) Improcedencia de la acción, del derecho y de la demanda tanto en el fondo como en la forma·; 5) Falta de competencia del juez por los motivos que expone, por lo que solicita se decline la competencia para que conozca un juez de la ciudad de Riobamba; habiendo además señalado en forma previa que existiría incompetencia en razón de la materia en cuanto a las pretensiones g y h de la demanda; 6) Abuso del derecho; 7) Nulidad absoluta de la acción. Trabada así la litis, correspondió a las partes aportar prueba al proceso, en los términos de los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil y artículo 577 del Código de Trabajo. Agotado el trámite legal en su integridad, para resolver se considera: PARTE CONSIDERATIVA. **PRIMERO.-** A la causa se le ha dado el trámite oral, previsto en el artículo 575 del Código de Trabajo, y en él no se advierte omisión de solemnidad sustancial o violación de trámite alguno que influya en su decisión, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO.-** La existencia de la relación laboral no se encuentra en duda ya que esta es expresamente reconocida por la parte accionada que, al contestar a la demanda, ha manifestado: "Debo señalar señor Juez que Patricia Elizabeth Novillo Pazmiño prestó sus servicios desde el 15 de marzo de 1994 en diversas áreas y cargos en la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LTDA. El último cargo que ostentó fue el de Asistente de Cobranzas en la sucursal de la institución en la ciudad de Quito, percibiendo un sueldo nominal al mes de abril del 2010 de USD 1.772,01.", para más adelante señalar: "Señor juez, el presente proceso tiene como origen una relación laboral existente con la parte actora, esta relación nació de la suscripción de un contrato de trabajo de fecha 15 de marzo de 1994 en la ciudad de Riobamba...", lo que además se ve confirmado por toda la prueba actuada en el proceso y, de forma especial, por el contrato de trabajo que obra a fojas 98 del expediente, así como con la misiva de fojas 294, de 08 de enero del 2014, remitida por el señor Carlos Montoya, de Planificación & Finanzas, de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Ltda., en la que se indica los cargos ocupados por la actora en dicha institución, a partir de enero del 2005. En vista de lo anterior, ya que el artículo 568 del Código de Trabajo manifiesta: "Jurisdicción y competencia de los jueces del trabajo. Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad.", la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, y el juez que suscribe, tienen competencia en razón de la materia para resolver el presente caso. **TERCERO.-** Habiéndose planteado, además, la excepción de falta de competencia en razón del territorio, puesto que en la contestación a la demanda se señaló que la relación laboral nació de un contrato suscrito, el 15 de marzo de 1994, en la ciudad de Riobamba, lugar de domicilio principal del demandado, y que, además, en la cláusula Sexta del contrato, las partes han acordado someterse a los jueces de dicha jurisdicción. Al respecto es preciso iniciar indicando que efectivamente existe un contrato de trabajo celebrado el 15 de marzo de 1994, en la ciudad de Riobamba, y que consta agregado al expediente, en copias certificadas, a fojas 98, y que también se ha presentado dentro del Trámite de visto bueno seguido por la actora en contra de la cooperativa demandada, por lo que también está inserto a folios 14, mas de con este documento se puede comprobar que es falso lo manifestado por la parte demandada respecto de que en la cláusula Sexta del documento las partes hayan acordado someterse a los jueces de la jurisdicción de Riobamba, puesto que la indicada precisión señala: "SEXTA. Ratificación, Los comparecientes, se afirman y se ratifican en todas y cada una de las cláusulas anteriores, quedando autorizados para solicitar la inscripción del contrato en la Inspección o Juzgado de Trabajo.", por lo que se tiene que en esta norma las partes únicamente realizan dos

declaraciones, a saber: a) La primera, es una ratificación sobre el contenido de las cláusulas anteriores; y, b) La segunda, es la autorización que la una parte da a la otra para solicitar la inscripción del contrato, señalándose que tal inscripción puede realizarse ya sea ante el Inspector de Trabajo o ante , el Juez de Trabajo; por tanto, no ha probado el accionado que exista la supuesta remisión a los jueces de la ciudad de Riobamba en caso de conflicto entre las partes. Por otra parte, es importante señalar que en su contestación a la demanda el accionado ha manifestado: "El demandado, en este caso mi representada tiene su domicilio principal en la ciudad de Riobamba.", declaración de la que se puede determinar que la Cooperativa Riobamba tiene más de un domicilio, pues se ha dicho que el principal de ellos está en la ciudad de Riobamba; y, si bien no se ha aportado al proceso el acto constitutivo de la Cooperativa, u otro documento que demuestre cuales sería los domicilios de la institución, ya sea principal o secundarios, si consta de las mismas declaraciones de la parte demandada que "...Patricia Elizabeth Novillo Pazmiño prestó sus servicios desde el 15 de marzo de 1994 en diversas áreas y cargos en la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LTDA. El último cargo que ostentó fue el de Asistente de Cobranzas en la sucursal de la institución en la ciudad de Quito...", por lo que no le cabe a este Juez la menor duda de que los servicios se han prestado en la ciudad de Quito; por tanto si bien el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil prescribe que el "Juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promueva", esta norma debe ser leída en relación con todo el marco normativo referente a este punto de derecho y, principalmente, en concordancia con el artículo 29 *ibídem* que contempla: "Art. 29.- Además del juez del domicilio, son también competentes: [...] 1. El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación;" y, en vista de que los derechos que corresponda, en el lugar donde se prestan los servicios, como manifiesta el artículo 86 del Código de Trabajo, se cumple la condición del numeral primero del artículo antes citado, por lo que se desecha la excepción de incompetencia en razón del territorio que plantea el accionado; aún más cuando el carácter tuitivo que tiene el Derecho Laboral, por su naturaleza absolutamente social, obliga a los jueces a proteger los derechos de los proletarios, lo que impide aceptar la solicitud del empleador de declinar la competencia obligando al trabajador a demandar en un lugar diferente a aquel en que ha realizado su trabajo diario y recibido la justa compensación que, por dichos servicios ha obtenido. **CUARTO.-** En vista de que la existencia de legítimo contradictor o de legitimación en la causa (*ligitimatio 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, se desecha la excepción de falta de legítimo contradictor, falta de legitimación en la causa, que propone el demandado, puesto que, como se indicó al existir la relación laboral, en la que la señora Novillo ocupó la posición de empleada, le corresponde a la hoy actora el pretender ser titular del derecho sustancial discutido, como efectivamente pretende, mientras que el demandado con quien se mantuvo la relación laboral es precisamente el llamado a contradecir u oponerse a la demanda, como efectivamente lo ha hecho el señor Segundo Pedro Morales Morocho, por los derechos que representa en su calidad de Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, y por los suyos propios, al haber sido demandado en forma solidaria. **QUINTO.-** En cuanto a la fecha de inicio de la relación laboral, tanto la parte actora como la litigada señalan que ésta nació del contrato de trabajo suscrito el día 15 de marzo de 1994, por lo que no se encuentra en discusión. Por otro lado, respecto a la terminación de la relación de trabajo la actora indica que amparada en lo establecido en los artículos 169 numeral 8; 173 numerales 2 y 3; 183 y 192 del Código del Trabajo, presentó ante el señor Inspector del Trabajo de Pichincha, el 5 de julio del 2010, a las 14H10, una petición de visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales, porque fue cambiada de funciones y se le disminuyó sin su consentimiento la remuneración, informando que el Inspector de Trabajo, mediante resolución de 6 de agosto del 2010, a las 16H02, notificada el 9 del mismo mes y año, concedió el visto bueno, por lo que considera que la relación laboral se mantuvo hasta el 24 de agosto del 2010, es decir 15 días después de dictado el visto bueno de conformidad a lo establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo. Al respecto se tiene que de fojas 1 a la 69 constan copias

certificadas del Trámite de visto bueno número 1708201000311 del 2010, seguido por la actora, en contra de la Cooperativa, encontrándose a fojas 62 la resolución dictada por el Inspector de Trabajo de Pichincha, Dr. Wilson Cabrera Alpala, en la que "Resuelve, CONCEDER el visto bueno solicitado por la señorita PATRICIA ALEXANDRA NOVILLO P AZMIÑO, a fin de que pueda dar por terminado el contrato de trabajo que mantiene con su empleadora la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "RIOBAMBA LIMITADA"... ", resolución que no ha sido impugnada por ninguna de las partes, a pesar de que en la contestación de la demanda se manifieste que el visto bueno solo tiene carácter de informe, por lo que las partes han aceptado su contenido, puesto que como lo ha señalado la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en fallo publicado en la Gaceta Judicial, Año CI, Serie XVII, Número 3, Página 852: "2.2. No hay duda de que por lo dispuesto en el 2o. inciso del art. 183 del Código del Trabajo, la resolución del Inspector del Trabajo en el trámite del visto bueno "no quita el derecho de acudir ante el juez del trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio"; 2.3. Sin embargo, para que tal opción pueda ventilarse, es indispensable impugnar específica y concretamente la resolución que se hubiere dictado dentro de la sustanciación del visto bueno, en el mismo libelo de demanda". Sin embargo de lo anterior, este Juez no puede sino indicar que ·dentro del expediente del visto bueno se encuentra que se ha agregado los roles de pagos de la trabajadora por los meses de: a) abril del 2010 (fs. 8), en el que se ve que se ha cancelado los siguientes rubros: "SUELDO" por US$ 1.172,00; "SUBSIDIO DE ANTIGÜEDAD" por US$ 480,00; "BONO DE RESPONSABILIDAD 20" por US$ 234,40; "COMISARIATO 120" por US$ 120,00; y, "REDONDEO" por US$ 0,01; b) mayo del 2010 (fs. 7), en el que se ha pagado: "SUELDO" por US$ 1.172,00; "SUBSIDIO DE ANTIGÜEDAD" por US$ 480,00; "COMISARIATO 120" por US$ 120,00; y, "REDONDEO" por US$ 0,01; por el mes de; y, c) junio del 2010 (fs. 6), en el que se cancela: "SUELDO" por US$ 922,00; "SUBSIDIO DE ANTIGÜEDAD" por US$ 480,00; y, "COMISARIATO 120" por US$ 120,00; notándose que entre el mes de abril y el mes de mayo se eliminó el rubro de bono de responsabilidad, y que en el mes de junio se eliminó a más del monto ya dicho, el correspondiente redondeo, por lo que, en vista de que el artículo 328 de la Constitución de la República del Ecuador, en su inciso quinto, señala que la remuneración comprende: "...todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales.", norma absolutamente concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Código de Trabajo, y en razón de que en el acta de la diligencia de investigación (fs. 18) realizada dentro del visto bueno, consta que ha comparecido el señor Vicente Fabián Parra Guevara, por sus propios derechos y como Jefe de la Agencia Quito de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, a quién el Inspector de Trabajo le ha preguntado: "F) Indique la parte accionada si el bono de responsabilidad manifestado en su exposición era cancelado a la trabajadora en forma mensual", a lo que responde afirmativamente, resulta claro que efectivamente existió y se comprobó en el trámite administrativo la disminución en la remuneración de la trabajadora, sin que de ese expediente, o del cuaderno de éste proceso conste que el "BONO DE RESPONSABILIDAD 20" haya tenido el carácter de voluntario, como señaló la parte accionada dentro de la investigación del visto bueno y en el líbelo de su contestación a la demanda, puesto que al ser valores que se cancelaban mensualmente a la trabajadora conformaban parte de la remuneración y por tanto eran intangibles, sin que pueda la señora Novillo, por necesidad o cualquier otra causa, renunciar a estos derechos, cosa que, además, no aparece en documento alguno que haya aceptado; esta reducción en la remuneración se confirma cuando en la contestación a la demanda, el accionado manifiesta: "Posteriormente en el mes de mayo del mismo año se decidió dejar de cancelar los bonos VOLUNTARIOS que otorgaba la institución, esto es, el bono de responsabilidad (USD 234.40), y con ello lógicamente el valor final que percibía la actora en el mes de Abril (USD 2.006,41) disminuyó a la suma de USD 1.772,01 en el mes de mayo…". En cuanto al cambio de funciones que fuera acusado en la solicitud de visto bueno, también se ha demostrado ante el Inspector de Trabajo, en vista de que en los roles de pago de fojas 7 y 8, correspondientes a los meses de abril y

mayo del 2010, consta como cargo "COORDINADORA DE OPERACIONES", mientras que en el rol del mes de junio del 2010 (fs. 6) se ha impreso "ASISTENTE DE COBRANZAS I", lo que además ha confirmado el Jefe de la Agencia Quito de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, cuando al responder a la pregunta A) realizada por el Inspector de Trabajo en la diligencia de Investigación, confirma que el último cargo de la accionante fue el de Asistente de Cobranzas; este hecho, además, se corrobora procesalmente en éste juicio mediante el certificado de fojas 294, de 08 de enero del 2014, en el que el la Cooperativa demandada indica que hasta mayo del 2010 el cargo ocupado por la actora era de "Coordinadora de Operaciones", para pasar a ser "Asistente de Cobranzas" a partir de junio del 2010; teniéndose además, que se al visto bueno se ha agregado el memorando número CRIO-Nro. 003-2010 (fs. 21), en el que, a más de la amonestación por escrito que se extiende a la licenciada Novillo, se le comunica: "...Esta dependencia ha procedido a cambiarle a usted de las funciones que venía desempeñando en la Oficina Operativa Quito, en calidad de Coordinadora de Captaciones, con la finalidad de precautelar el bien institucional. Por otra parte, se ha conformado un Equipo de Cobranza especial, del cual usted es parte, y estará encargado única y exclusivamente de recaudar los dineros de los créditos concedidos."; por último en este punto, ya que en su contestación a la demanda la parte demandada arguye que la actora expresamente renunció a la jefatura de Operaciones de la Agencia Quito y solicitó la tarea de recuperación de los créditos otorgados al Club de Administración del cuerpo de Bomberos, asumió la carga de la prueba sobre este hecho, sin que haya cumplido con el reto procesal de demostrar la veracidad de tal afirmación, ya que en el documento que fuera protocolizado ante el Dr. Ítalo Beltrán Ramos, Notario Púbico de la ciudad de Riobamba, el 26 de mayo del 2010, que consta a fojas 110 y siguientes, no se encuentra que haya existido tal renuncia. Por todo lo anterior, aun cuando se hubiese impugnado la resolución del visto bueno, la decisión del Inspector de Trabajo habría estado enmarcada en derecho, puesto que la petición se amparó en las causales 2 y 3 del artículo 173 del Código de Trabajo, mismas que fueron comprobadas en dicho trámite por parte de la accionante. Siendo así, en vista de que la resolución de la autoridad administrativa del trabajo se dictó el día 06 de agosto del año 2010 (fs. 62), pero ha sido notificada el día 09 de agosto del 2010, de conformidad a la razón sentada por el Inspector de Trabajo (fs. 64v), se ha comprobado que ha sido el visto bueno concedido al trabajador la causa que le ha puesto fin a la relación laboral ya que el artículo 169 dispone: "Art. 169.- Causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina: [...] 8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código;", resultando clarísimo que la relación laboral ha terminado en virtud del visto bueno, el día 09 de agosto del 2010, más no como señala la actora al indicar que se dio el día 24 de agosto amparándose en el artículo 185 del Código de Trabajo, puesto que dicha norma no corresponde a la institución jurídica del visto bueno, sino a la del Desahucio; y, sin que se tome en cuenta lo manifestado al respecto en el juramento deferido de la trabajadora puesto que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 593 del Código de Trabajo, esta prueba es de carácter absolutamente subsidiario para el caso en que no aparezca otra prueba capaz y suficiente para comprobar el tiempo de duración de la relación laboral. Ahora bien, el artículo 188 del Código de Trabajo manifiesta: "Art. 188.- 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 de 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 artículo 185 de este Código.", mientras que el artículo 191 del Código de Trabajo reza: "Indemnizaciones y bonificaciones al trabajador.- Tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 de este Código y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173 de este Código.", por tanto esta norma hace extensivas las indemnizaciones que por despido contempla el artículo 188 del Código de Trabajo, a todos los casos en que la relación obrero patronal llegue a su fin por

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

alguna de las causales determinadas en el artículo 173 de ley de la materia, que se refiere al visto bueno que puede seguir el trabajador a su patrono; por tanto, habiendo terminado la relación obrero patronal en virtud del visto bueno concedido a la trabajadora, le corresponde las mismas indemnizaciones que son aplicables en caso de despido intempestivo, como lo ha solicitado, y como lo han manifestado los más altos tribunales de justicia del país en fallos como el dictado por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Oficial número 495, de 16 de enero del 2002, en el que se señala: "En dicho trámite, cuya copia obra de fs. 290 a 375, se han observado las disposiciones legales aplicables, por consiguiente, tanto éste, como su resolución dictada por el Inspector del Trabajo del Guayas, son válidos toda vez que se ha comprobado en el proceso que el empleador se hallaba incurso en la causal nro. 2 del art. 173 del Código del Trabajo. Consecuentemente, la relación laboral entre las partes, concluyó en virtud del visto bueno legalmente concedido, resolución que además, no ha sido impugnada por la parte empleadora como podía haberlo hecho de conformidad con lo dispuesto en el art. 183 del mismo cuerpo de leyes, por consiguiente, los efectos jurídicos son los mismos que determina la ley para los casos de despido unilateral o intempestivo, por lo que, tiene que aplicarse el mandato contenido en el art. 191 del indicado código; y, por tanto, le corresponden al actor las indemnizaciones reclamadas y puntualizadas en las letras A.1 y A.2 de su demanda.". No se toma en cuenta, en esta parte las copias certificadas que corren a partir de la foja 211 hasta la foja 276v, ya que las mismas fueron agregadas mediante escrito presentado el día martes 24 de diciembre del 2013, a las 09h31, más no dentro de la Audiencia Preliminar, por lo que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, no pueden hacer fe en juicio ya que no fueron pedidas, presentadas y practicadas de acuerdo con la ley, habiéndose presentado de forma extemporánea; así como el documento referente al cargo de Jefe de Agencia, que consta a folios 295, puesto que la actora no ha ocupado dicho cargo. Por todo lo anterior, el tiempo de servicios que ha sido debidamente-probado queda establecido entre el 15 de marzo de 1994 y el 09 de agosto del 2010. **SEXTO.**- No puede este componedor en derecho dejar de señalar que en su demanda la accionante manifiesta que el 26 de mayo del 2010, bajo presión psicológica, los representantes legales y administradores de su empleadora le hicieron firmar, junto a otros compañeros de trabajo, un documento llamado Acta de Responsabilidad en la cual les hacen responsables del cometimiento del delito de estafa; y, además, les hacen responsables de unos créditos que dicen haber otorgado sin observar los procedimientos establecidos por la Cooperativa, puesto que los hechos descritos son de grave connotación; sin embargo, a pesar de que la indicada "ACTA DE RESPONSABILIDAD", se ha agregado tanto al expediente del visto bueno (fs. 36), como a este proceso (fs. 110), no se encuentra prueba que confirme que tal acta haya sido firmada en las circunstancias descritas; y, el contenido con implicaciones de derecho penal al que hace referencia no es de competencia de este juzgador, pero no se puede por ello dejar de notar que en ese documento la accionante, entre otras personas "...han manifestado que en verdad han inobservado todos los procedimientos que la Institución tiene implementado _para la concesión de créditos, lo que ha llevado a que se origine esta estafa por quienes han suscrito el convenio a nombre del Club de Administración del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Quito, en conjunto con una tercera persona, y manifiestan que es verdad su responsabilidad en la emisión de los trescientos doce créditos ... ", hechos a los que hace referencia el accionado en su contestación a la demanda, manifestando que existió responsabilidad por parte de la jefa de oficina de la sucursal Quito, Ing. Rosario Silva, en coordinación con la señorita Patricia Novillo, Coordinadora de Operaciones, a quienes inculpa de la falta de cumpliendo de las regulaciones, políticas y manuales de crédito expedidas por la Matriz para este tipo de operaciones, lo que ha sido conocido por la Superintendencia de Bancos y Seguros que ha determinado que la licenciada Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, Coordinadora de Cajas de la oficina Quito de la Cooperativa, incurrió en lo previsto en el literal d) del artículo 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por lo que le ha impuesto la sanción pecuniaria, a título personal de 15.000,00 Unidades de Valor Constante, equivalentes a US$ 39.433,50, sin perjuicio de la determinación de otro tipo de responsabilidades, afirmación que se corrobora mediante el Oficio número INIF-DNIF2-SAIFQ3-2011-00301 (fs. 139), de 31 de enero del 2011, suscrito por el señor Patricio Chanabá Paredes, Intendente Nacional de Instituciones Financieras, quién luego de realizar el

análisis sobre el caso correspondiente a la concesión de créditos mediante un convenio crediticio suscrito entre la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Ltda., y el Club de Administración del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, sancionó a la accionante, diciendo: "En razón de que la ingeniera Rosario Elizabeth Silva Espinoza, jefa de agencia, la licenciada Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, Coordinadora de Cajas de la oficina Quito de la Cooperativa; están incursas en lo previsto en el literal d) del artículo 128 de la .Ley General de Instituciones del Sistema Financiero este despacho, al amparo de lo dispuesto en el último inciso del artículo 128 de la Ley ibídem y en ejercicio de la delegación de atribuciones conferida mediante resolución nro. ADM-2006-7617 de 16 de mayo de 2006, reformada con resolución nro. ADM-2007-8260 de 27 de diciembre de 2007; y, ratificada con resolución nro. ADM-2011-10076 de 6 de enero de 2011, impone a las señoras Rosario Elizabeth Silva Espinoza y Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, a cada uno de las nombradas la sanción pecuniaria, a título personal de UVCs 15.000,00 equivalente a USD 39.433,50 (TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTE Y TRES CON 50/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), sin perjuicio de la determinación de otro tipo de responsabilidades de conformidad con el artículo citado. [...] Adicionalmente, cabe señalar que las señoras Rosario Elizabeth Silva Espinoza, jefa de agencia y la licenciada Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, coordinadora de cajas de la oficina Quito de la Cooperativa inobservaron la siguiente normativa interna de la entidad: lo establecido en los subnumerales 4.1, 4.2, y segundo inciso del 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, del numeral 4 "Proceso de Otorgamiento de Créditos" del Manual de Políticas de Crédito; lo previsto en el literal e) del numeral 2.2 "Principales Funciones"; literales b) y c) del numeral 2.3 "Responsabilidades", de la Parte 1 del Anexo 1 del Reglamento del Comité de Crédito y Mora; literales b), m) y o) del artículo 39; literal e) del artículo 41, literal u) del artículo 42, capítulo VI "De las obligaciones y prohibiciones de los empleados" del Reglamento Interno de Trabajo; artículos 8 y 14 del capítulo I "Apertura de la Cuenta de Ahorros", artículos 20, 23, 24 y 28 del capítulo II "Depósitos y Retiros" del Reglamento de Captaciones y literal c) del artículo 13 del Código de Ética Institucional;" (fs. 167), habiéndose anteriormente señalado en las conclusiones de dicho documento que por intermedio del convenio con el Club de Administración del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito se concedieron 324 operaciones a supuestos miembros del Club, de los cuales 8 socios trabajaban en el Cuerpo de Bomberos de Quito y 6 son personas reales que no laboran en dicha entidad, por lo que 310 operaciones fueron tramitadas con identidades presumiblemente suplantadas, entre las que se contó con 3 personas que habían fallecido y una que era socia de la Cooperativa, que mantenía una cuenta inmovilizada, y que se falseó la información, encontrándose, en la quinta de las conclusiones que: "Patricia Novillo coordinadora de cajas o Rosario Silva, jefa de agencia, eran las responsables de realizar los retiros del efectivo desde bóveda, para presumiblemente entregar el dinero a la señora Mariela Becerra, (tesorera del Club de Administración del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito", cuando de conformidad a lo que la misma trabajadora señala al responder a la tercera de las preguntas realizadas dentro de su confesión, era su obligación "...cumplir con las normas internas y externas de la institución...". Estos actos, que se reflejan además de los informes de fojas 22, 26 y 30 del expediente, en verdad desdicen de la actuación de la señora Novillo mientras laboró para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Ltda., y si bien desde su connotación financiera y penal no son de competencia del Juez que resuelve, es importante indicar que habrían facultado al empleador para, amparado en lo dispuesto por el artículo 172 del Código de Trabajo, presentar una solicitud de visto bueno que le permita dar por terminada la relación laboral; sin embargo, la Cooperativa no hizo uso de este instrumento que le brinda el ordenamiento jurídico, sino que ha preferido sancionar directamente a la trabajadora mediante "AMONESTACIÓN POR ESCRITO", que consta del memorando número CRIO-Nro. 003-2010 (fs. 21), sin que al proceso se haya adjuntado el Reglamento Interno de Trabajo, que permita determinar cuáles eran los tipos de sanciones a los trabajadores en él contemplados; de todas formas, es claro, que de conformidad a lo dispuesto· por el segundo numeral del artículo 326 de la norma normarum, "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.", por lo que si bien el empleador, de considerarse agraviado por los hechos que se le imputaron a la trabajadora, tenía pleno derecho de accionar en su contra un visto bueno, no

podía en cambio reducir la remuneración de la señora Novillo o realizar el cambio de funciones que han sido demostrados, como se desprende del considerando anterior; por lo que no es pertinente que en proceso pretenda hacer valer esos hechos a su favor, cuando fue su elección no dar uso a los mecanismos que pone al alcance de los empleadores la ley. Por otra parte, la accionante no ha demostrado que el Acta de Responsabilidad que obra a fojas 112 del expediente, y que ha sido protocolizada ante el Dr. Ítalo Bedrán, Notario Séptimo del cantón Riobamba, haya sido suscrito en ciudad diferente a la que consta en su texto. **SÉPTIMO.-** Es relevante también lo manifestado en la demanda respecto a que el empleador, con el fin de cubrir en algo el perjuicio ocasionado a la Cooperativa por la concesión de créditos al Club de Administradores del Cuerpo de Bomberos, valiéndose de presiones y extorsiones, le obligó a suscribir un pagaré en blanco, hecho prohibido a los empleadores; al respecto los personeros de la Cooperativa manifiestan que la actora efectivamente suscribió un pagaré por la suma de US$ 50.000,00 (fs. 99), más los interés constantes en dicho documento y han agregado el documento que consta a fojas 99 del expediente; sin embargo de autos no se puede encontrar que tal documento haya sido firmado bajo presiones o extorciones, sino que del mismo pagaré se desprende que lo ha suscrito la actora en su calidad de socia de la Cooperativa, con número de socio XX, y por solicitud de crédito número 1025289, constando además que esta calidad la tenía desde tiempo muy anterior a la fecha de suscripción del pagaré, esto es el 04 de mayo de 1994, como se desprende del estado de la cuenta número XX (fs. 281), que la actora mantenía en la Cooperativa; sin que, entonces, sean materia de esta resolución los temas de naturaleza civil y comercial, que se vinculan a la existencia de dicho título valor, ya que no son de competencia de éste juzgador; de conformidad a lo dispuesto por el artículo 568 del Código de Trabajo. En el mismo orden de ideas, señala la actora que le obligaron a presentar una solicitud de crédito por US$ 50.000,00, el cual, dice, fue aprobado en su favor por la Cooperativa Riobamba Limitada, pero señala que los valores correspondientes a este crédito fueron depositados en su integridad en la cuenta del Banco Internacional que mantiene la Cooperativa Riobamba Limitada en dicha entidad bancaria; al respecto, dentro del visto bueno ha presentado un "INFORME DE COSTOS FINANCIEROS LIQUIDACIÓN DE CRÉDITO" [Sic.] (fs. 44), en el que no se encuentra firma de responsabilidad, referente al crédito de solicitud número 1025289, mismo que consta en el pagaré de folio 99, por la cantidad de US$ 50.000,00; un "DESEMBOLSO DEL CRÉDITO" **[sic]** (fs. 45), también sin firmas, por la misma solicitud de crédito y valor. Se agregó al visto bueno, también, el cheque número 005800, girado contra la cuenta corriente número XX de la Cooperativa demandada en el Banco Internacional, por la cantidad de US$ 50.000,00, a favor de la señora Novillo Pazmiño Patricia; constando además el certificado del fojas 280, en el que la Coordinadora de Crédito y Cobranzas de la Cooperativa demandada, da fe de que "...la señorita: NOVILLO PAZMIÑO PATRICIA ALEXANDRA, portadora de la cédula de ciudadanía nro. 060270625-1, con el número de socio 1006400 mantiene una obligación directa con la Institución por un monto de USD 50,000.00 concedido con Garantía Hipotecaria, el 12 de junio del 2010 a 120 meses plazo el mismo que a la presente fecha se encuentra al día en los pagos." [sic], prueba toda la anterior que confirma el hecho de que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada ha concedido un préstamo a la señora Novillo, por la cantidad de US$ 50.000,00, habiéndose girado el cheque a su favor, por dicha cantidad, lo que, además se reafirma con las respuestas dadas por el señor Segundo Pedro Morales Morocho, a las preguntas uno y dos planteadas dentro de su confesión judicial. No se toman en cuenta, en esta parte, los documentos que obran de fojas 125 a la 128, presentados dentro de la exhibición de documentos cuya acta obra a fojas 124 del expediente, ya que se trata de meras copias o impresiones simples, que no hacen fe en juicio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, no existe constancia procesal de que a la actora le hayan obligado a presentar la solicitud de crédito para acceder al préstamo como manifiesta, menos aún de la forma en que supuestamente se le ha obligado, o de que los valores correspondientes al crédito hayan sido depositados en la cuenta del Banco Internacional que mantiene la Cooperativa Riobamba Limitada en dicha entidad bancaria, puesto que si bien a fojas 49 aparece la copia certificada de la papeleta de depósito de número XX, del Banco Internacional, por la cantidad de US$ 50.000,00, en ella no se puede distinguir ni la fecha del depósito, ni la persona que lo ha realizado, es más en dicho documento no se alcanza a identificar siquiera el

propietario de la cuenta, XX, en la que se ha realizado el depósito; a pesar de ello, a fojas 206 aparece el Oficio número SL-VJ-1772-2013 (fs. 206), de 12 de diciembre del 2013, remitido por el Asesor Jurídico del Banco Internacional, en el que se señala que la cuenta XX, en dicha institución bancaria, pertenece a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, por tanto se desprende que el depósito por la suma de US$ 50.000,00, corresponde a un consignación realizada en la cuenta de la Cooperativa y, acudiendo al Corte Cuenta (fs. 202), remitido mediante Oficio número SL-VJ-1778-2013 (fs. 201), de 12 de diciembre del 2013; remitido por el Asesor Jurídico del Banco Internacional, se tiene constancia de que el depósito realizado mediante papeleta número 64322243, es de fecha 14 de junio del 2010, con lo que se puede establecer que se ha realizado un depósito por la cantidad de US$ 50.000,00, el día 14 de junio del 2010, en la cuenta que la Cooperativa mantiene en el Banco Internacional; sin embargo, no se ha comprobado que dicho depósito haya sido realizado por la actora, menos aún que corresponda a los dineros que la accionante recibió por concepto del préstamo que ha solicitado en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada y tampoco que, de haber realizado ella ese depósito, se deba a los motivos que indica en sus fundamentos de hechos; aún más cuando del Estado de Cuenta de fojas 281, correspondiente a la cuenta número 40111006400, que la señora Novillo mantienen en la Cooperativa Riobamba, se puede ver que bajo el concepto: "Des.Cr¿d:l01330213397", el día 12 de junio del 2010 a las 13:04, se registra en "CREDITO" la cantidad de US$ 50.000,00, y si bien el mismo día a las 13:09, bajo el concepto: "Ret.S/ LCh.NOVILLO PAZMIÑO", aparece la misma suma en la sección de "DEBITO", ésta nuevamente se hace constar en la columna "CREDITO", el día 14 de junio del 2010, a las 23:00, sin que exista constancia procesal de que hayan salido estos valores de la cuenta de la actora, por lo que a la fecha del corte de ese estado de cuenta, 31 de agosto del 2010, el saldo disponible y el saldo contable en la cuenta eran de US$ 50.222,27, valores que no habría alcanzado de haber realizado el depósito de los dineros íntegros del crédito en la cuenta de su empleador, puesto que antes del 12 de junio del 2010 a las 13:04, en que se depositaron los rubros correspondientes al crédito otorgado en esa fecha, tanto el saldo disponible como el saldo contable eran de US$ 288,33, habiéndose en lo posterior realizado las operaciones que se desprende del documento in comento. Por tanto, la actora no ha demostrado las afirmaciones que al respecto contiene su demanda, sin que sean competencia de los Jueces de Trabajo los asuntos de índole civil y mercantil, o de otro tipo, que pudieran desprenderse de los hechos antes descritos, Cabe indicar que, además, de la prueba actuada se tiene que la actora tenía suscrita una escritura pública de Hipoteca Abierta (fs. 103), otorgada por la señora Patricia Alexandra Novillo Pazmiño, a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, el 7 de septiembre de 1999, ante el Dr. Jacinto Mera Vela, Notario Sexto del cantón Riobamba, en la que consta que con ella se garantiza "...todas las obligaciones que los deudores actualmente tienen con la Cooperativa o que contrajesen en el futuro...", lo que indica no solamente que ya se había contemplado la posibilidad de que la accionante requiera nuevos préstamos de la Institución, sino que el crédito al que hace referencia este considerando no es el único que ha obtenido la señora Novillo en su calidad de socia de la Cooperativa, puesto que en dicha escritura se indica: "La Cooperativa da en préstamo a favor de la deudora la suma de VEINTE MILLONES DE SUCRES...", crédito sobre el que no existe más documentación en el expediente, pero teniéndose constancia de que existe, por tanto, una historia crediticia anterior entre la señora Novillo, en su calidad de socia de la Cooperativa, y la entidad del sector cooperativo. **OCTAVO.-** Teniéndose comprobado que existió la relación laboral, entre el 15 de marzo de 1994 y el 09 de agosto del 2010, es pertinente, determinar el monto de la remuneración, y para ello se acude a lo declarado por la parte demandada en su contestación a la demanda, cuando se dijo: "Posteriormente en el mes de mayo del mismo año se decidió dejar de cancelar los bonos VOLUNTARIOS que otorgaba la institución, esto es, el bono de responsabilidad (USD 234.40), y con ello lógicamente el valor final que percibía la actora en el mes de abril (USD 2.006,41) disminuyó a la suma de USD 1.772,01 en el mes de mayo..."; ante esta declaración, de conformidad al análisis realizado en el considerando QUINTO de la sentencia, y al amparo de lo dispuesto por los artículos 328 de la Constitución y 95 del Código de Trabajo, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 326, número 2, de la Carta Magna y artículo 4 del Código de Trabajo, ya que, se tiene constancia de que el bono de responsabilidad, así como el valor correspondiente a redondeo habían venido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

cancelándose en forma normal, mensualmente, a la trabajadora, por lo que conformaban parte de la remuneración de la señora Novillo, puesto que así lo ha señalado en la diligencia de Investigación (fs. 18) realizada dentro del visto bueno, el señor Vicente Fabián Parra Guevara, Jefe de la Agencia Quito de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, cuando respondió de forma afirmativa a la interrogante del Inspector de Trabajo que decía: "F) Indique la parte accionada si el bono de responsabilidad manifestado en su exposición era cancelado a la trabajadora en forma mensual", sin que de ningún documento conste que las partes hayan pactado, o se haya establecido en forma alguna y de forma previa, que el denominado "BONO DE RESPONSABILIDAD 20" haya estado dispuesto a la voluntad del empleador; así como de los roles de pago de fojas 6, 7 y 8 y lo transcrito de la contestación a la demandad en líneas anteriores; por tanto, la última remuneración que recibió completa la trabajadora fue la correspondiente al mes de abril del 2010, que en suma de los valores que componían la remuneración, al tenor del artículo 95 del Código de Trabajo, alcanzó el monto de US$ 2.006,41, sin que para esto se tome en cuenta los valores que le fueron cancelados a la trabajadora por los meses de mayo y junio del 2010, ya que el empleador estaba prohibido, en derecho, de reducir la remuneración que había venido recibiendo la señora Novillo, o de cambiar sus funciones a un puesto en que reciba menores ingresos. Por lo anterior se fija como última remuneración, con efecto de los cálculos que deba realizarse en esta sentencia, la cantidad de DOS MIL SEIS CON 41/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$ 2.006,41). **NOVENO.-** En temas laborales, cuando se ha establecido la relación laboral entre las partes, la carga de la prueba se invierte a la parte demandada, y, de conformidad con lo prescrito en el numeral uno del artículo 42 del Código de Trabajo, la parte accionada debió demostrar el pago y cumplimiento oportuno de sus obligaciones patronales, cosa que no ha realizado, por lo que se rechazan las excepciones de falta de derecho de la actora, improcedencia de la acción, del derecho y de la demanda y de abuso del derecho; y, se dispone que la parte demandada en la forma que ha sido requerida pague a la demandante los rubros solicitados cuyo pago no ha podido justificar, esto es: a) Indemnización laboral establecida en el artículo 188 del Código del Trabajo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 191 del Código del Trabajo y de conformidad al análisis realizado en el considerando QUINTO de la sentencia; b) Bonificación del artículo 185 del Código del Trabajo, en concordancia con el inciso quinto del artículo 188 del Código de Trabajo, en vista de que al haber terminado la relación laboral en virtud del visto bueno concedido a la trabajadora, por disposición expresa del artículo 191 del mismo cuerpo legal, debe cumplirse con este pago, como se desprende del considerando QUINTO de esta sentencia; C) Decimotercera remuneración del período comprendido entre el 01 de diciembre del 2009 hasta el 09 de agosto del 2010, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 111 del Código de Trabajo, en vista de que el único documento referente a bono navideño (fs. 120) que se ha agregado al expediente es el que se presentó en la diligencia de exhibición de documentos cuya acta consta a fojas 118, instrumento en el que se puede leer: "VALOR PAGADO POR DECIMATERCERA REMUNERACIÓN", constando en él el nombre y firma de la actora, pero del cual no se puede determinar que se trate del valor que se canceló a la trabajadora en el período reclamado, puesto que no contiene ningún dato al respecto y no se ha agregado el formulario correspondiente a la primera página del informe empresarial sobre el pago de este derecho, por lo que no se ha justificado que el empleador haya cumplido con esta obligación; d) Decimocuarta remuneración del período comprendido entre el 01 de septiembre del 2009 hasta el 31 de julio del 2010 y del 01 de agosto del 2010 al 09 de agosto del 2010, que son los períodos reclamados por la actora en su demanda, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 113 del Código de Trabajo, en vista de que el único documento referente a bono escolar (fs. 119) que se ha agregado al expediente es el que se presentó en la diligencia de exhibición de documento señalada en el literal anterior, pliego en el que se puede leer: "VALOR PAGADO POR DECIMACUARTA REMUNERACIÓN", constando en él el nombre y firma de la actora, pero del cual no se puede determinar que se trate del valor que se canceló a la trabajadora en los período reclamados, puesto que no contiene ningún dato al respecto y no se ha agregado el formulario correspondiente a la primera página del informe empresarial sobre el pago de este derecho, por lo que no se ha justificado que el empleador haya cumplido con esta obligación; cabe anotar que la trabajadora no solicita el pago completo por los períodos 2009 - 2010 y

2010 - 2011, que corren siempre desde el primer día de agosto hasta el último día de julio del siguiente año, sino que su pretensión se limita a los períodos que se ordena cancelar; e) Vacaciones no percibidas del período que inició el 13 de marzo del 2009 y concluyó el 12 de marzo del 2010, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 69 y 71 del Código de Trabajo, en vista de que no se ha presentado prueba en el proceso que demuestre que la actora haya gozado de este derecho o que, en su defecto, se le haya liquidado oportunamente por él. **DÉCIMO.-** No ha lugar el pago de: a) Devolución de los valores retenidos por el ex empleador injusta e ilegalmente por concepto de ahorros propios, bono del trabajador, utilidades y otros, por la cantidad de $53.386 dólares, en vista de que al proceso no se ha agregado prueba válida alguna de que tales valores hayan sido retenidos, constando, incluso en el estado de cuenta de la señora Novillo, en la foja 293, que en el rubro correspondiente a "SALDO BLOQUEADO", bajo el título "Saldo a la fecha actual: 08/01/2014", consta "0,00", y sin que se pueda tomar como prueba, al ser simples impresiones o copias, incapaces de generar convicción alguna en el juzgador, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, los documentos que obran de fojas 125 a la 128; b) Devolución de los valores bloqueados por el ex empleador ilegalmente, por concepto del ahorro cesantía que mantiene en su cuenta de ahorros, con sus respectivos intereses, puesto que tampoco se ha aportado evidencia de que existan estos valores bloqueados, como se desprende del estado de cuenta que en la foja 293, cuando se señala "SALDO BLOQUEADO", bajo el título "Saldo a la fecha actual: 08/01/2014", consta "0,00"; sobre este tema, ni siquiera la confesión judicial del demandado aporta para demostrar lo manifestado por la actora, en vista de que ha encontrado respuesta negativa a la tercera de las preguntas que se planteó y que se refería a este punto del litigio. Sin que sea necesario realizar análisis sobre asuntos de materia, civil, comercial, penal o de otra índole que no corresponden a la competencia de los Jueces de Trabajo. **UNDÉCIMO.** En estricto cumplimiento de la Resolución emitida por el Tribunal de la Excma. Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 138, de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordena pagar en el considerando NOVENO de la sentencia, para lo cual para efectos de este fallo se toma en cuenta: 1) Como tiempo de servicio el comprendido desde el 15 de marzo de 1994 hasta el 09 de agosto del 2010; 2) Como última remuneración para efectos de cálculo la cantidad de DOS MIL SEIS CON 41/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$2.006,41), por lo que la liquidación del considerando NOVENO es: a) Art. 188 C.T. (Art. 191 C.T.): 2.006,41* 17 = US$ 34.108,97; b) Art. 185 C.T. (Art. 191 C.T.): (2.006,41*25%)*16 = US$ 8.025,64; c) Decimotercera remuneración (01 de diciembre del 2009 - 09 de agosto del 2010): 16.653,20/12 = US$ 1.387,77; d) Decimotercera remuneración: d.1) (01 de septiembre del 2009 - 31 de julio del 2010): (240,00/360)*330 = US$ 220,00; d.2) (01 de agosto del 2010 - 09 de agosto del 2010): (240,00/360)*9 = US$ 6,00; e) Vacaciones (13 de marzo del 2009 - 12 de marzo del 2010): 24.076,92/24 = US$ 1.003,21.- PARTE RESOLUTIVA: En virtud de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta parcialmente la demanda y se ordena que la parte demandada COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA, legalmente representada por su Gerente General, señor Segundo Pedro Morales Morocho, y éste por sus propios derechos, en forma solidaria, paguen a la actora la cantidad de CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 59/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$ 44.751,59), valor al que ascienden los rubros que se ordena pagar en el considerando NOVENO de la Sentencia. Al momento de la ejecución deberán aplicarse los intereses a los que se refiere el artículo 614 del Código del Trabajo. De conformidad con la disposición del artículo 588 del Código del Trabajo se condena en costas a la parte demandada, regulándose los honorarios del abogado del actor en el 5% del valor que se ordena pagar en sentencia. Actúa como secretaria la Ab. Graciela Viviana Betancourt Ortiz. **Cúmplase y Notifíquese.**

f) Ab. Esp. Rodrigo Fernando Salazar Ruiz, Juez.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2014-1584

Juez Ponente: Dr. Freddy Macías Navarrete

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SALA LABORAL. Quito, martes 24 de junio del 2014, las 09h11.
VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes procesales, a la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito de la provincia de Pichincha, abogado Rodrigo Fernando Salazar Ruiz, dentro del juicio de trabajo que sigue Patricia Alexandra Novillo Pazmiño en contra de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, y del señor Segundo Pedro Morales Morocho en calidad de representante legal y por sus propios derechos, se considera: **PRIMERO.-** La competencia de este Tribunal se ha radicado en virtud de lo dispuesto en el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 609 del Código del Trabajo, y conforme el resorteo correspondiente. **SEGUNDO.-** La demandante en el libelo inicial (fs. 71-72) afirma que mediante contrato de trabajo suscrito el 1 de marzo de 1994 inició sus servicios lícitos y personales para la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, inicialmente en la matriz ubicada en la ciudad de Riobamba /calles Colón y 10 de agosto esquina durante 16 años aproximadamente; y, luego le trasladaron a la agencia de Quito ubicada en la avenida Teniente Hugo Ortiz y Mariscal Sucre esquina, sector la Magdalena de esta ciudad de Quito, desempeñando las funciones de coordinadora de operaciones y percibiendo como remuneración mensual en el mes de abril de 2010 la cantidad de $ 2.006,41 y sin razón legal que lo justifique en el mes de mayo de 2010 le bajaron su remuneración a $ 1.772,01. Señala que con fecha 26 de mayo de 2010 bajo presión psicológica y supuestamente en la ciudad de Riobamba (digo supuestamente en la ciudad de Riobamba, porque en esa fecha me encontraba laborando en forma normal en las oficinas de la Cooperativa en esta ciudad de Quito) los representantes legales y administradores de su empleadora le hicieron firmar junto a otros compañeros de trabajo un documento llamado acta de responsabilidad en la cual les hacen responsables del cometimiento del delito de estafa y además que les hacen responsables de unos créditos que dicen haber otorgado sin observar los procedimientos establecidos por la Cooperativa. Que mediante memorando CRI-Nro. 0003-2010 emitido en Riobamba el 8 de junio de 2010 suscrito por el gerente de la Cooperativa señor Pedro Morales, le notificaron con la sanción de amonestación escrita por los hechos supuestamente asumidos en el acta de responsabilidad, y además dispusieron el cambio de ocupación sin su consentimiento, esto es, de coordinadora de operaciones a asistente de cobranzas, puesto que no existe en el organismo de la Cooperativa (agencia Quito) y que además le disminuyen su remuneración sin razón legal y sin su autorización. Manifiesta además que con el fin de cubrir en algo el "perjuicio" que se decía de la cooperativa por la concesión de créditos al club de administradores del Cuerpo de Bomberos, valiéndose de presiones y extorsiones le obligaron a suscribir un pagaré en blanco cuyo destino al momento desconoce; y que también le obligaron a presentar una solicitud de crédito por US$ 50.000,00 el cual fue aprobado en su favor por la Cooperativa Riobamba Limitada, valores estos que fueron depositados en su integridad en la cuenta del Banco Internacional que mantiene la Cooperativa Riobamba en dicha entidad bancaria. Señala que ante tanto atropello, presentó ante el Inspector del Trabajo de Pichincha, el 5 de julio de 2010 la petición de visto bueno para dar por terminadas las relaciones laborales porque fue cambiada de funciones y se le disminuyó sin su consentimiento la remuneración, esto es que desempeñaba las funciones de coordinadora de operaciones a asistente de cobranzas y disminuirse su remuneración de $ 2.006,41 a $ 1.772,01, petición de visto bueno que fue resuelto a su favor el 6 de agosto de 2010 en el que se le concedió el visto bueno que legalmente significa el despido intempestivo, por tanto la relación laboral se mantuvo hasta el 24 de agosto de 2010, es decir 15 días después de dictado el visto bueno de conformidad con el artículo 184 del Código del Trabajo. Por todo lo manifestado y al amparo de las normas legales invocadas, demanda a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, y

del señor Segundo Pedro Morales Morocho en calidad de representante legal y por sus propios derechos, al pago de los rubros que señala en su demanda. Fija la cuantía en US$ 130.000.00. Citada la demandada se realiza la audiencia preliminar el día 7 de noviembre de 2013 (fs. 89-90) a la que comparecen las partes procesales en la forma que constan en el acta respectiva. La audiencia definitiva se realizó el 13 de enero de 2014 (fs.297-298) a la que comparecen las partes procesales acompañadas de sus respectivos abogados defensores. Concluida la tramitación del procedimiento judicial, el Juez de primera instancia dicta sentencia (fs.302-308) en la que resuelve aceptar parcialmente la demanda y condenar a la demandada al pago de US$ 44.751,59. **TERCERO.-** A la presente causa se le ha dado el trámite oral previsto en el art. 575 del Código de Trabajo en la sustanciación del proceso no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se declara la validez procesal. **CUARTO.-** La relación laboral no es motivo de discusión, toda vez que ha sido reconocida y aceptada por la parte demandada al contestar la demanda y además se desprende de la prueba documental que obra del proceso, entre ellas, el expedientillo del trámite de visto bueno que obra del proceso de fs. 1-69, encontrándose a fs. 62 la resolución dictada por el Inspector del Trabajo Dr. Wilson Cabrera Alpala, en la resuelve conceder el visto bueno solicitado por la actora. **QUINTO.-** El recurrente accionado en su escrito de apelación cuestiona el fallo de primera instancia por cuanto en el considerando quinto de la misma el Juez sostiene que la resolución de visto bueno no ha sido impugnada por ninguna de las partes; sin embargo dice que en la contestación a la demanda claramente quedó establecido que aquella resolución de visto bueno no tiene fundamento legal alguno y que la misma solo tiene el valor de informe, y que igual impugnación se realizó dentro de la etapa probatoria respectiva. Adicionalmente señala que respecto a lo dicho por el Juez de primera instancia de que el bono de responsabilidad se cancelaba mensualmente a la trabajadora conformaba parte de la remuneración y por tanto era intangible, de autos no constan prueba alguna que sustente dicha aseveración. Finalmente el recurrente debate la sentencia por cuanto de autos no consta que se haya analizado la prueba actuada por él, entre ellas la renuncia de la actora al cargo que ostentaba la actora. En tal virtud, este Tribunal centrará su análisis y decisión a los tres puntos referidos que refutan lo resuelto por el Juez *A quo*, para cuyo efecto se considera: a) Revisado el escrito de contestación a la demanda en el que consta además la formulación de pruebas del demandado y el acta de la audiencia preliminar, no se evidencia palabra o frase alguna que indique la impugnación de la resolución de visto bueno emitida por el Inspector del Trabajo, peor aún la disposición normativa que la respalde, no siendo suficiente señalar que la acción planteada por la actora no tiene fundamento legal alguno, sino argumentar y fundamentar con elementos fácticos y de derecho el cuestionamiento de aquella resolución administrativa. b) Es cierto que el inciso segundo del art. 183 del Código del Trabajo dispone que la resolución del inspector no impide a cualquiera de las partes involucradas, el derecho de acudir ante el juez de trabajo, pues, tal resolución sólo tendrá valor de informe que se apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio. Es un derecho de acción que tiene constitucionalmente el trabajador o el empleador, conforme lo garantiza el art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial. Pero este derecho de acción debe ejercérselo con a correspondiente demanda a presentarse ante la Sala de Sorteos de la Función Judicial, correspondiente y no simplemente señalando de manera genérica que la demanda no tiene fundamento legal como lo ha hecho el demandado. Esto abre la discusión sobre la calidad y valor que tiene la resolución del Inspector del Trabajo en este caso, vale decir, sobre la naturaleza jurídica de aquella. Julio César Trujillo explica el valor jurídico de la resolución de visto bueno diciendo: "La resolución por la que el Inspector del Trabajo, o quien actúa en su lugar, concede o niega el visto bueno es un acto administrativo no susceptible de impugnación ni por vía de los recursos administrativos ni por la vía contencioso administrativa. Por lo tanto, ni el propio Inspector del Trabajo, ni los funcionarios superiores del Ministerio de Trabajo y Empleo, ni el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para reformarla, revocarla o declararla ilegal. (Julio César Trujillo. Derecho del Trabajo. Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008, p. 353.). La Corte Suprema

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia), a través de su Sala Laboral, en fallos dictados por diferentes jueces y en distintas fechas -años 1997, 1998, 1999, 2012 y 2013- ha sostenido la obligatoriedad de impugnar la resolución administrativa de visto bueno. De los siguientes fallos es claro inferir que aquella impugnación debe realizársela mediante demanda: 1) El dictado por la primera sala de lo laboral o social de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Rubén Darío Bravo Moreno, Jaime Espinoza Ramírez y Miguel Villacís Gómez, el 3 de febrero de 1997 -publicado en la Gaceta Judicial de la Función Judicial Nro. 14, Serie XVI- dentro del juicio laboral nro.179-96 que sigue el señor Luis Villacres León, en contra de EMPROVIT, que en su parte pertinente dice: "Señala igualmente el recurrente que la mencionada Sala ha considerado de manera equivocada que él no ha impugnado el visto bueno, sin considerar que dentro del término de prueba ha efectuado la indicada impugnación. Que lo consignado ha hecho que no se haya considerado el artículo 183 del Código del Trabajo que otorga al visto bueno el valor de mero informe que debe ser apreciado de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, dejándose con ello de aplicar el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.(...) CUARTO. De otra parte, la impugnación al visto bueno debe ser efectuada al momento de presentar la demanda, ya que éste es el instante en el que el demandante determina su pretensión procesal, y no como lo ha hecho el actor dentro del decurso de la estación de probanzas.". 2) El dictado por la primera sala de lo laboral o social de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Jaime Velasco Dávila, Miguel Villacís Gómez y Hugo Quintana Coello, el 16 de febrero de 1998, dentro del juicio laboral nro. 96-96 -Gaceta Judicial de la Función Judicial Nro. 14, Serie XVI- que sigue el señor César Augusto Galarza, en contra del Municipio de Quito, que en su parte pertinente reza: "(...) TERCERO. De conformidad con lo establecido en el art. 183 del cuerpo de leyes de la materia, la resolución del Inspector, no impide el derecho para acudir ante el Juez de Trabajo; pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará, con criterio judicial, en relación con las pruebas aportadas en el juicio; por consiguiente, se puede comparecer ante el Juez para desvirtuar los fundamentos que sirvieran de base para el visto bueno; además, la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 8 de marzo de 1990, publicada en el R.O. 412 de 6 de abril del mismo año, establece que en los casos en los cuales el Juez de Trabajo, desechare en su fallo el visto bueno concedido por el Inspector, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono en favor de quien lo hubiere reclamado, previa impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo. CUARTO Por consiguiente, se puede acudir ante el Juez, para que éste deje sin efecto la decisión del Inspector; esta circunstancia imponía acreditar que la resolución adoptada carece de respaldo legal; sin embargo, el accionante, una vez que planteó el juicio, debía aportar prueba suficiente, con el objeto de que el juzgador admita su pretensión; pero, en el caso César Augusto Galarza Fernández, no ha logrado desvirtuar los fundamentos que tuvo el Inspector del Trabajo para conceder el visto bueno. (...)". 3) El dictado por la Primera Sala de lo Laboral o Social de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Jaime Velasco Dávila, Miguel Villacís Gómez y Santiago Velázquez Coello (Conjuez), el 18 de marzo de 1998, dentro del juicio laboral Nro. 282-97 -Gaceta Judicial de la Función Judicial Nro. 14, Serie XVI- que en la parte pertinente señala: "(...) TERCERO. De conformidad con lo establecido en el art. 183 del cuerpo de leyes de la materia, la resolución del Inspector, no impide el derecho para acudir ante el Juez de Trabajo, pues sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará, con criterio judicial, en relación con las pruebas aportadas en el juicio, por consiguiente, se puede comparecer ante el Juez para desvirtuar los fundamentos que sirvieran de base para el visto bueno. Además, la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 8 de marzo de 1990, publicada en R.O. 412 de 6 de abril del mismo año, establece que en los casos en los cuales el Juez de Trabajo, desechare en su fallo el visto bueno concedido por el Inspector, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono en favor de quien lo hubiera reclamado, previa impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo; CUARTO: Por consiguiente, se puede acudir ante el Juez, para que éste deje sin efecto la decisión del Inspector; esta circunstancia imponía acreditar que la resolución adoptada carece de respaldo legal; sin embargo, el accionante, una vez que planteó el juicio, debía aportar prueba suficiente, con el objeto de que el juzgador admita su pretensión; pero, en el caso Jaime Cárdenas Calle con las testimoniales

rendidas por Bayron Verdugo, fojas 45, 46 y Ángel Edgar Siguencia Abril, fojas 48 vuelta 49, no ha logrado desvirtuar los fundamentos que tuvo el Inspector del Trabajo para conceder el visto bueno (...)" 4) El dictado por la primera sala de lo laboral o social de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Jaime Velasco Dávila, Miguel Villacís Gómez y Hugo Quintana Coello, el 31 de marzo de 1999, dentro del juicio laboral nro. 289-98 que sigue el señor Jorge Manuel Moreno Llumigusín, en contra de la Empresa Eléctrica Quito, que en la parte pertinente dice: "(...) TERCERO: De conformidad con lo establecido en el art. 183 del cuerpo de leyes de la materia, la resolución del Inspector, no impide el derecho para acudir ante el Juez de Trabajo, pues sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará, con criterio judicial, en relación con las pruebas aportadas en el juicio; por consiguiente, se puede comparecer ante el Juez para desvirtuar los fundamentos que sirvieran de base para el visto bueno; además, la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 8 de marzo de 1 990, publicada en R.O. 412 de 6 de abril del mismo año, establece que en los casos en los cuales el Juez de Trabajo, desechare en su fallo el visto bueno concedido por el Inspector, es precedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono en favor de quien lo hubiera reclamado, previa impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo; CUARTO: Por consiguiente, se puede acudir ante el Juez, para que éste deje sin efecto la decisión del Inspector; esta circunstancia imponía acreditar que la resolución adoptada carece de respaldo legal; sin embargo, el accionante, una vez que planteó el juicio, debía aportar prueba suficiente, con el objeto de que el juzgador admita su pretensión; pero, en el caso Jorge Manuel Moreno Llumigusín, no ha logrado desvirtuar los fundamentos que tuvo el Inspector del Trabajo para conceder el visto bueno(...)". 5) El dictado por la sala de lo laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformada por los Doctores Paulina Aguirre Suarez, Jorge Blum Carcelén y Wilson Merino Sánchez, el 4 de enero de 2013, dentro del juicio laboral nro. 1046-201 1 que sigue el señor Víctor Emilio Jiménez Mijas, en contra de Juan Eduardo Burneo Valdivieso, en calidad de Gerente y Representante legal de MINERAWANTZA COMPAÑÍA LIMITADA, que en su parte pertinente señala: "(...) La resolución del Inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio". Si bien el actor impugna en su demanda el trámite de visto bueno solicitado por el representante legal de la Compañía demandada, su empleadora en virtud del cual terminaron las relaciones laborales entre las partes, no aporta en el proceso con ninguna prueba que justifique fehacientemente conforme a derecho que la resolución de visto bueno concedida en su contra fue ilegal; por lo que resulta inadmisible su pretensión de que el órgano judicial le reconozca indemnizaciones por despido intempestivo, sin antes haber desvirtuado los fundamentos que dieron lugar a la resolución de visto bueno; de modo que este Tribunal no observa que los Jueces de segunda instancia hubieren incurrido en falta de aplicación de los arts. 172 numeral 1 y 183 del Código del Trabajo, como alega. (...) No existe duda en la aplicación del art. 183 *ibídem*, respecto al trámite del visto bueno a cargo del Inspector del Trabajo y que su resolución tiene para el Juez el carácter de informe, mismo que al ser impugnado, será analizado por el Juzgador en virtud de las pruebas aportadas en el juicio. (...)". 6) El dictado por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformada por los doctores Paulina Aguirre Suarez, Dra. María del Carmen Espinoza y Wilson Merino Sánchez, el 19 de marzo de 2012, dentro del juicio laboral nro. 585-2007 que sigue María Rosa Yanascual Cuasapaz en contra de Washington Salazar Gomes, en calidad de propietario y representante legal de la Fábrica de Tejidos Margoth, que en su parte pertinente dice: "(...) El inciso segundo del art. 183 del Código del Trabajo, dispone que "La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio". La Corte Suprema de Justicia en Resolución publicada en el R.O. nro 412 de 6-N-1990, resuelve "Que en los casos en que el Juez del Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo". Tanto de la norma legal citada como de la Resolución de la Corte Suprema en referencia se establece que si bien la resolución de Visto Bueno tiene para el Juez el carácter de informe, para que

sea analizada con criterio judicial en virtud de las pruebas aportadas en el juicio, debe ser impugnado por la parte que no está conforme con lo resuelto; en el caso *sub judice* el demandado al contestar la demanda se limita a negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no impugna la resolución de visto bueno concedida por la Inspectora del Trabajo a la trabajadora, por lo que esta resolución causó estado; de modo que, no justifica la falta de aplicación del art. 183 del Código del Trabajo y por lo mismo la causal invocada.(...) Ahora bien, la resolución de visto bueno al tenor de la disposición del art. 183 del Código del Trabajo, constituye para el Juez un informe que puede ser analizado por el Juez en virtud de las pruebas aportadas en el juicio, para ello, el demandado tenía la facultad de impugnar la resolución de visto bueno; circunstancia que en la especie no ocurre; por lo que no correspondía analizar la procedencia o no de la resolución de visto bueno. (...)". Por otro lado, la doctrina ecuatoriana también coincide con el derecho jurisprudencial referido en líneas precedentes, esto es que la impugnación de la resolución de visto bueno debe hacérselo a través de la presentación de la correspondiente demanda, así lo sostiene la doctora Graciela Monesterolo, quien dice que la forma en que procede la impugnación de la resolución de visto bueno es a través de la presentación de la demanda, lo que confirma que aquella resolución no queda al arbitrio del interesado de impugnarla en cualquier momento del juicio laboral que ya se encuentra ventilando. La posición de la autora citada, es la siguiente: "El derecho de acudir ante el Juez del Trabajo después de dictada la resolución del Inspector, no es propiamente una apelación, como recurso en sentido judicial, (porque no se trata de una reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior, según se define en el art. 327 del Código de Procedimiento Civil, a la apelación); sino más bien el simple ejercicio de una acción laboral, que se inicia con la presentación de la demanda." (Graciela Monesterolo, TESIS DOCTORAL. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. pág. 175.). En el caso subjudice, el demandado no impugna la resolución de visto bueno conforme correspondía hacerlo, vale decir, impugnarla específica y concretamente con la presentación de la pertinente demanda, por tanto aquella goza de las presunciones de legitimidad y legalidad, en consecuencia con validez jurídica, C) No obstante lo indicado en la letra precedente, el Juez de primera instancia revisa y analiza la resolución de visto bueno y concluye que el bono de responsabilidad se cancelaba mensualmente a la trabajadora conformaba parte de la remuneración y por tanto era intangible, sin embargo el recurrente cuestiona dicha decisión ya que a su criterio de autos no consta prueba alguna que sustente dicha aseveración, argumento sin fundamento ya que este Tribunal encuentra que en el proceso si obran medios probatorios que justifican la decisión del Juez A quo, así se desprende de las siguientes: i) de la propia contestación a la demanda (a confesión de parte relevo de prueba) en la que el demandado corrobora lo dicho por la actora, esto es que se le disminuyó la remuneración mensual que venía percibiendo, así lo dice expresamente: "(...)El último cargo que ostentó fue el de Asistente de Cobranzas en la sucursal de la institución en la ciudad de Quito, percibiendo un sueldo nominal al mes de abril del 2010 de USD 1.772,01. Adicionalmente al valor en referencia, la actora percibía por voluntad del empleador un bono de responsabilidad (USD 234,40), este valor se cancelaba por el buen desempeño en las funciones encomendadas. Posteriormente en el mes de mayo del mismo año se decidió dejar de cancelar los bonos VOLUNTARIOS que otorgaba la institución, esto es, el bono de responsabilidad (USD 234,40), y con ello lógicamente el valor final que percibía la actora en el mes de abril (USD 2.006,41) disminuyó a la suma de USD 1.772,01 en el mes de mayo...". Aquella afirmación es corroborada con lo declarado por el Jefe de la Agencia Quito de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, señor Vicente Fabián Parra Guevara, quien ante la pregunta del señor Inspector del Trabajo en la diligencia de investigación (fs. 18) "Indique la parte accionada si el bono de responsabilidad manifestado en su exposición era cancelado a la trabajadora en forma mensual", responde afirmativamente. Vale decir, a pesar de que el demandado para justificar su actuación de disminuir la remuneración mensual alega en su contestación a la demanda que dicho bono de responsabilidad era voluntario, voluntario o no, se trata de un beneficio que se pagaba regularmente y mensualmente a la trabajadora y que desde el mes de mayo dejó de pagarse. Beneficio que conforme lo ordena el inciso quinto del art. 328 de la Constitución de la República, y art.

95 del Código del Trabajo, formaba parte de la remuneración mensual de la ex trabajadora. Dicha decisión patronal es proscrita por nuestro ordenamiento jurídico en el inciso tercero del artículo constitucional invocado, y en el art. 87 de la norma secundaria mencionada. Así mismo se encuentra probado el cambio de funciones de la actora, con la propia contestación a la demanda, y con los roles de pago que obran de fs. 7 y 8 de los meses de abril y mayo de 2010 constan el cargo de "coordinadora de operaciones" mientras que en el rol de pagos de junio de 2010 (fs. 6) consta el cargo de "asistente de cobranzas", lo que se corrobora con lo declarado por el Jefe de la Agencia Quito de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Limitada, quien sostiene en la diligencia de investigación que el último cargo de la actora fue el de asistente de cobranzas. Además se evidencia el cambio de funciones con el memorando que obra de fs. 21 del proceso, en el que además de la amonestación por escrito dirigida a la ex trabajadora, se le comunica que su empleadora ha procedido a cambiarle a usted de las funciones que venía desempeñando en la oficina operativa Quito - en calidad de coordinadora de captaciones. Por otro lado, en cuanto al último cuestionamiento que el recurrente señala en su apelación, esto es, de que de autos no consta que se haya analizado la prueba actuada por él, entre ellas la renuncia de la actora al cargo que ostentaba la actora, dicha argumentación carece de sustento, toda vez que el Juez de primera instancia si analiza todos los medios probatorios aportados por las partes, y específicamente a la renuncia de la actora que dice el demandado no ha sido considerada, este Tribunal observa que del proceso no consta documento alguno que justifique lo argüido por el demandado, por lo que bien hace el Juez de origen en decidir que del documento protocolizado ante el Notario Dr. Ítalo Beltrán Ramos, el 26 de mayo de 2010, no se encuentra que haya existido tal renuncia. E) Sobre la base de lo expuesto, se llega a la certeza que la petición de visto bueno estuvo debidamente fundamentada en los artículos 2 y 3 del art. 173 del Código del Trabajo, y en consecuencia la resolución de visto bueno emitida por el Inspector del Trabajo fue procedente y sustentada, y por lo tanto la actora tiene derecho al pago de las indemnizaciones previstas en el art. 191 del Código del Trabajo. En tal virtud, este Tribunal ratifica la disposición de pago del Juez A quo de todos los rubros que se refieren en el considerando octavo de la sentencia recurrida. **SEXTO.-** Respecto a la apelación de la actora y que consiste en la refutación de la negativa de pago de la devolución de los valores retenidos arbitrariamente por el demandado por concepto de ahorros propios, del supuesto préstamo hipotecario, así como de los descuentos por fondos o ahorros de cesantía que mantiene en su cuenta de ahorros y que se encuentra probado con el estado de cuenta de cesantía de la Cooperativa Riobamba Ltda., que al 31 de julio de 2010 asciende al valor de US$ 11.996.27, valores que le fueron retenidos y bloqueados, este Tribunal ratifica la decisión del Juez de primera instancia de negar dicha pretensión por falta de prueba conforme lo analizó el Juez en la letra b) del considerando décimo de la sentencia recurrida. **SÉPTIMO.-** Los demás rubros ordenados a pagar por el Juez de primera instancia, el tiempo de servicio, así como su liquidación son correctas por lo que se las ratifica. Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** este Tribunal desestima los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales y confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia que acepta parcialmente la demanda. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Actúa en este proceso en calidad de Secretario encargado el Dr. Manuel Ramos Aroca, en reemplazo de su titular la abogada Consuelo Portilla se desprende de la acción de personal nro. 4158-DP-UPTH de 19 de junio de 2014. **Notifíquese.**

f) Dr. Freddy Macías Navarrete, Juez; Dra. María Cristina Narváez Q., Jueza; Dra. María Gabriela Mier Ortiz, Jueza.

RECURSO DE CASACIÓN

Conjuez Ponente: Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, jueves 11 de junio del 2015, las 10h36.

VISTOS: En el juicio laboral seguido por **PATRICIA ALEXANDRA NOVILLO PAZMIÑO** en contra de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA Y SEGUNDO PEDRO MORALES MOROCHO,** en calidad de representante legal y por sus propios derechos, la Sala laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dicta sentencia confirmando en todas sus partes la sentencia que acepta parcialmente la demanda. Inconforme con esta decisión la parte demandada interpone recurso de casación, el mismo que al ser remitido a esta Corte Nacional, por reunir los requisitos del artículo 6 de la Ley de casación es aceptado por el Tribunal de Conjueces en auto de 6 de octubre de 2014, las 09h37, por lo que el proceso llega a conocimiento de este Tribunal integrado por los señores Dr. Roberto Guzmán Castañeda, según oficio nro. 724-SG-CNJ-MB, de 01 de junio de 2015, en remplazo del Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional, la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional, y Dr. el Efraín Duque Ruiz, Conjuez Nacional Ponente en este caso. Encontrándose el recurso en estado de resolver por ser el momento procesal se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Corresponde el conocimiento de esta causa a este Tribunal constituido por Resolución N° 1-2015 de 28 de enero de 2015 y oficio nro. 137-56, CNJ, del 02 de febrero de 2015, y en mérito al sorteo cuya razón obra a fojas 7 del cuaderno de casación, realizado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo.

SEGUNDO.- NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS Y CAUSALES EN QUE SE FUNDA: El casacionista acusa infringidas las normas contenidas en los artículos 173 numerales 2 y 3, artículos 191 y 195 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurso de casación es un medio impugnatorio de vital importancia dentro de la esfera del Derecho Procesal, debido a los fines que persigue: **Nomofiláctico** (proteger el ordenamiento jurídico en las resoluciones judiciales), **Unificador** (establecer la correcta aplicación e interpretación de la ley) y **Dikelógico** (alcanzar la justicia y que las decisiones judiciales no causen perjuicio a las partes). Este recurso por principio de legalidad, conforme al artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la Ley, esto es, por causales *in iudicando* (vicios de juicio del tribunal o infracción en el fondo), por causales *in procedendo* (vicios de la actividad o infracción en las formas). De ahí que es un medio de impugnación que tiene por finalidad, obtener que las resoluciones judiciales emitidas en instancias definitivas puedan ser revisadas por la Corte Nacional de Justicia, para evitar que, como consecuencia del equívoco que existiera en aquellas, se genere agravio a una de las partes por errores en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada; siendo su tarea *"...la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esta función acentúa el carácter constitucional del recurso..."* (Enrique Véscovi, La Casación Civil, Edic. Idea, Montevideo, 1979, p. 25). La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia nro. 364 del 17 de enero del 2011, p. 53 expresó 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..."*. La casación constituye entonces un recurso especial, cuyo objetivo persigue la anulación o corrección de una resolución inferior, hallándose regulada por la Ley, que establece el trámite y los requisitos de forma que debe reunir para ser aceptada; siendo un medio de impugnación de una resolución, por

la cual el recurrente trata de demostrar al Tribunal de Casación que el juez o tribunal de apelación que dictó la sentencia o auto recurrido, se equivocó al dejar de aplicar o aplicar indebida o erróneamente las normas de derecho sustanciales o procesales. En este lineamiento, por mandato del 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..."; y en el artículo 76 señala que "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."; por lo que corresponde a este Tribunal, establecer si en la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada no se han producido transgresiones a la normativa jurídica vigente, que pudieran afectar los derechos de la parte actora. Para ello, es requisito de la impugnación que exista concordancia entre el motivo de la casación y el agravio o lesión que la sentencia en cuestión ha provocado al recurrente, por lo que debemos entrar al análisis para determinar si existe relación entre lo que se reclama y lo que decidió el Tribunal de alzada en la sentencia impugnada; considerando que los juzgadores deben pronunciarse cuidando que su actuación o análisis no se exceda del pedido del casacionista, ni que éste sea inferior a su requerimiento, o que lo que se manifieste en sentencia esté fuera de la Ley, cumpliendo para ello, con el deber de motivación, como una garantía establecida en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

CUARTO.- 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 subsunción1 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 'a 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 (...)"* (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación nro. 00175-250403-00559-00492, Leopoldo Márquez Áñez. Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en el Casación Civil Venezolana, p.40). 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:

QUINTO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES FORMULADAS: El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, donde la materia a analizar se delimita exclusivamente a las acusaciones que en contra de la sentencia de última instancia formula el casacionista en su escrito de interposición y fundamentación; por tanto, no puede entrar a conocer de oficio otro aspecto, ya que el ámbito de competencia dentro del cual se puede actuar en casación es limitado. En el ejercicio efectivo de esta facultad se sustenta la seguridad jurídica, de acuerdo con el artículo 82 de la Constitución, en concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, fundamentándola en el respeto a la norma suprema, los convenios internacionales y las normas jurídicas vigentes. Pilar fundamental de esta seguridad jurídica es el ejercicio de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, garantía del debido proceso, que obliga al juez sujetarse a reglas mínimas con el fin de proteger derechos garantizados por la Constitución, mediante la aplicación de los principios de la administración de justicia enunciados en el artículo

168 de nuestra carta fundamental. Habiendo sido aceptado a trámite el recurso de casación, este Tribunal observa que el ataque formulado se subsume a lo siguiente: **a)** El casacionista manifiesta que la sentencia objeto del presente recurso confirma en todas sus partes la de primera instancia, en la cual no se efectuó un ejercicio de aplicación adecuado tendiente a valorar las pruebas que se presentaron en el juicio, tales como copias certificadas de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en el juicio seguido en contra de la actora de este proceso, copias certificadas de la Resolución emitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros que contiene la certificación de que Patricia Alexandra Novillo Pazmiño ha sido sancionada por dicho organismo de control, la confesión judicial de la actora y la copia certificada de la protocolización realizada ante el Notario Público Dr. Ítalo Bedrán Riofrío, la cual contiene la renuncia de la actora al cargo de Jefe de Operaciones de la sucursal Quito, así como el pedido de cambio de ocupación dentro de la misma institución; arguye el recurrente que las pruebas detalladas, no han sido objeto de un ejercicio lógico de valoración, lo que ha impedido establecer la eficacia conviccional de dichos elementos de prueba que han sido puestos en conocimiento de los jueces de instancia; expone que tanto la sanción administrativa por parte del ente de control y sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, fue la justificación que tuvo la Cooperativa Riobamba Ltda. para dejar de pagar el bono de responsabilidad a la accionante, quien aduce que es rebaja de sueldo, cuando es todo lo contrario, aclara que este acto obedeció a la total falta de probidad e irresponsabilidad cometida por Patricia Novillo Pazmiño; señala que la falta de aplicación de los preceptos relativos a la valoración de la prueba, esto es sanción administrativa y sentencia penal, ha dado como resultado la indebida aplicación del artículo 173 numeral 2 del Código del Trabajo; que constituyen prueba plena si cumple con los requisitos contenidos en el artículo 123 del Código Procesal Civil; dice el casacionista que la falta de aplicación de los preceptos relativos a la valoración de la confesión judicial y documento de la Notaria, dio como resultado la indebida aplicación el artículo 173 numeral 3 del Código del Trabajo; concluye que la Corte Provincial en la sentencia pronunciada aplicó indebidamente los artículos 173 numerales 2 y 3 y 191 , 195 del Código del Trabajo, así como el artículo 115 del Código Procesal Civil. **b)** Previo al análisis de estas imputaciones, debemos razonar sobre el contenido de esta causal, que en doctrina se la conoce también como violación indirecta, por cuanto la transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, conduce a la equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho; por lo que quien recurre debe determinar y especificar de manera clara: 1) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos. 2) La forma como se cometió el vicio, señalando si fue por aplicación indebida, por falta de aplicación, o por errónea interpretación; cabe recordar que no se pueden invocar los tres modos a la vez, porque son excluyentes, autónomos, diferentes, independientes. 3) Determinar qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. 4) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. En esta causal la parte recurrente *"...debe indicar cual norma sobre la prueba ha errado el juez y como dicho error ha sido medio para producir error en la aplicación de la norma sustantiva..."* (Tama Manuel, El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional, t. I, edic. Edilex, 2003, p. 286), debiendo señalar la segunda imputación para que el recurso prospere por la causal citada. **c)** En la especie, el casacionista alega ***la aplicación indebida del artículo 115*** del Código de Procedimiento Civil, siendo imperativo para este Tribunal explicar el alcance de este vicio: así, el tratadista Manuel Tama explica: *"el vicio de aplicación indebida de normas de derecho, se comete por el juez en el proceso intelectivo de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal -sustantiva, general, impersonal y abstracta- que regula una situación jurídica sustancial, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debió emplear "*(El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional, Tomo I Edit. Edilex S.A. Guayaquil 2003 pág. 116), es decir, entraña un error de selección, que ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance

y significado más se la ha utilizado para un caso que no el que ella contempla; por su parte, el artículo 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"*; al relacionar el vicio acusado (aplicación indebida de la sana crítica) con la norma transcrita, se entendería que los jueces de instancia han apreciado en su momento el acervo probatorio y analizado a la luz de la sana crítica y luego, su decisión, está basada en otras normas y formas de valoración de las prueba contrarias a derecho que no debía emplearse; la doctrina de la Casación, lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición, porque lejos de contener preceptos sobre valoración de la prueba, faculta a los tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la sana crítica, que no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y por tanto tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado. En el caso que nos ocupa, el tribunal de alzada examina y considera de forma metódica y cuidadosa los elementos que sirven de base para sus conclusiones conforme a derecho, sin que se advierta que se han quebrantado alguno de ellos, en cuanto a la acusación de la demandada respecto de la apreciación de las copias certificadas de una sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, y de la copia certificada de la resolución emitida por la Superintendencia de Bancos; el tribunal *ad quem* en el literal **c)** de la sentencia, al referirse a la controversia de falta de análisis de la prueba presentada –denunciada también en el recurso de apelación– expone: *"...Por otro lado en cuanto al último cuestionamiento que el recurrente señala en su apelación, esto es, de que de autos no consta que se haya analizado la prueba actuada por él, entre ellas la renuncia de la actora al cargo que ostentaba la actora, dicha argumentación carece de sustento, toda vez que el juez de primera instancia si analiza todos los medios probatorios aportados por las partes"*; es decir, la sentencia en cuestión examina la prueba actuada y ratifica el análisis efectuado por el juez de primer nivel, concentrando su análisis en los otros aspectos que ameritan a criterio de la sala sentenciadora mayor explicación, por lo que este Tribunal no advierte el quebranto de ninguna norma procesal; el mismo autor Manuel Tama al respecto razona: *"la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación indica que habría error en la interpretación de normas jurídicas referentes a la valoración de la prueba, siempre que el juez otorgue a un medio de prueba un valor que la ley niega o no se le de valor al medio de prueba cuando la ley si lo otorga. Son estos errores los que abren paso al recurso de casación y jamás por distinta apreciación de los hechos"* (El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional, t. I, edit. Edilex S.A., Guayaquil, 2003, p. 287). De otra parte, en la sentencia examinada se advierte un razonamiento lógico y coherente que a claras luces destaca la observación a las reglas de la sana crítica, sin que este Tribunal casacional note la ausencia de estos elementos; cabe anotar que a través de la causal invocada por el casacionista y la forma en la que ha sido planteada la impugnación, lo que se persigue es que este Tribunal revalorice la prueba, lo que no incumbe a la sala casacional, pues le está vedado reconstruir o renovar el conjunto probatorio y así lo ha manifestado la jurisprudencia y la doctrina, probanzas que como se deja indicado, ya han sido examinadas en las instancias pertinentes; además, respecto de las transgresiones de los artículos 173 numerales 2 y 3, artículos 191 y 195 del Código del Trabajo, por aplicación indebida, no se ha demostrado de qué manera se produjo esta infracción, por cuanto su alegación se remite analizar la conducta de la accionante que está sujeta al conocimiento de otra autoridad, más no a los hechos que dieron lugar al visto bueno y las consecuencias de la resolución administrativa de trabajo que, como indica los sentenciadores, no fue objetada ni impugnada por la accionada en el momento procesal oportuno, citando inclusive para mayor ilustración de la sentencia, jurisprudencia y doctrina que abaliza tal decisión, consecuentemente al no haber sido trasgredida las normas de la valoración de la prueba, tampoco es objetable la aplicación de las normas sustantivas que sostienen la decisión de los jueces. Por lo expresado el tribunal ad quem no ha incurrido en errores de hecho ni de derecho por infracción de ley o doctrina legal, pues ha apreciado la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica.

SEXTO.- DECISIÓN EN SENTENCIA. Por lo expuesto este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia integrado para resolver este caso **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO**

DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA", no casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 24 de junio de 2014 a las 09h11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese a la actora el valor de la caución rendida por la demandada - **Notifíquese y Devuélvase.**

f) Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suarez, JUEZA NACIONAL; Dr. H. Roberto Guzmán, CONJUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juez Ponente: Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, jueves 16 de julio del 2015, las 12h21.

VISTOS: Incorpórese al proceso el escrito presentado por la actora. En lo principal, en el juicio laboral seguido por PATRICIA ALEXANDRA NOVILLO PAZMIÑO en contra de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO RIOBAMBA LIMITADA Y SEGUNDO PEDRO MORALES MOROCHO, la accionada interpone recurso horizontal de aclaración de la sentencia dictada en la presente causa, requiriendo que este tribunal se pronuncie si procesalmente existió un correcto método de valoración de la prueba por parte del juez para establecer la existencia de la remuneración de la actora y, la existencia del cambio de ocupación de la actora. Al respecto este tribunal observa: **PRIMERO.-** El art. 282 del Código de Procedimiento Civil, dispone que la aclaración procederá cuando la sentencia fuere obscura, es decir, que su texto sea ambiguo o confuso, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. **SEGUNDO.-** En la especie, la sentencia es clara e inteligible, y no se observa obscuridad o ambigüedad en lo resuelto; advirtiéndose que la pretensión de la demandada de que cambie el sentido de lo resuelto no procede, en atención al principio de inmutabilidad de la sentencia que impide revocar, añadir o enmendar en parte alguna al juez o tribunal que lo dictó, por lo que se rechaza la petición formulada por la parte accionada.- **Notifique y Devuélvase.**

f) Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suarez, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL, (Voto Salvado).

VOTO SALVADO

Juez: Dr. Merck Benavides

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, jueves 16 de julio del 2015, las 12h21.

VISTOS: Por cuanto no formé parte del Tribunal de Casación que dictó sentencia el 11 de junio de 2015, las 10h36; no me corresponde pronunciarme sobre la petición de aclaración, propuesta por Franklin Polivio Trávez Pérez, en su calidad de Procurador Judicial del Señor Segundo Pedro Morales Morocho, por sus propios y personales derechos y en calidad de gerente general y representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Riobamba Ltda. **Notifíquese.**

f) Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

VII

Resolución nro. 391-2015
Juicio nro. 1656- 2013

Juicio laboral por conflicto colectivo de trabajo propuesto por Sebastián Martín Pulgarín Tandazo, contra de Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A.

SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral que por reclamaciones laborales propone Sebastián Martín Pulgarín Tandazo en contra de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A., que la entidad demandada le despidió a él y 120 compañeros más, solicita en su demanda, que se les pague las indemnizaciones, bonificaciones y derechos adquiridos con el triple de recargo. Sin embargo existe una sentencia dictada por el Órgano Jurisdiccional competente que es el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, ha pasado por autoridad de cosa juzgada, por lo que resulta imposible reabrir otro proceso, toda vez que se estaría quebrantando el proceso de carácter fundamental que se refiere a la seguridad jurídica, por lo que el Juzgado Segundo del Azuay aplicando en especial el principio de la verdad procesal que no es otra cosa sino la aplicación de los operadores de justicia deben fallar en virtud de lo aportado por las partes, aceptando la excepción formulada por los demandados de cosa juzgada, resuelve declarar sin lugar la presente demanda sin honorarios que regular. Inconforme con esta resolución el actor interpone Recurso de Apelación, en el que de acuerdo a las consideraciones ya realizadas y tomando exclusivamente la litis entre la acción y excepción en estricta aplicación a la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia en base al Art. 115 del Código de Procedimiento Civil este Tribunal rechaza el recurso de apelación planteado por el actor y confirma en su integridad el fallo recurrido. Inconforme con esta resolución el actor interpone recurso de casación, quien argumenta que el Tribunal de Conciliación y Arbitraje en primera instancia y por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en segunda y definitiva instancia, tribunales estos que tienen rango constitucional y que por tanto de una parte gozan de la fuerza normativa que tiene la Constitución de la República; y, de otra, por los elementos que definen el principio de constitucionalidad, lo que hace que la forma de composición de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje estén por cualquier otra norma de orden legal que podría estar en contradicción con aquella. Todo lo cual pone en evidencia que no se constata de autos que la presente causa se haya producido transgresión alguna de normas constitucionales del modo que indica el recurrente sin realizar con precisión es de ninguna naturaleza, en virtud de lo cual este Tribunal en los términos de este falo no casa la sentencia.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 40-13

JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO DEL AZUAY. Cuenca, a 22 de julio del 2013; las 8h50. **VISTOS:** A fojas 2 de los autos comparece Sebastián Martín Pulgarín Tandazo, quien dice que desde el veinte y nueve de octubre de dos mil uno prestó sus servicios lícitos y personales para la compañía Ecuatoriana del Caucho S.A. hasta el veinte y nueve de septiembre del año dos mil diez fecha en que mi empleadora en forma arbitraria, prepotente e ilegal le despide intempestivamente de su trabajo. A consecuencia del despido intempestivo del que fue víctima con muchos otros trabajadores,

el Comité de los Trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., presentó un pliego de peticiones el 2 de octubre del 2010, reclamando en el numeral primero del mismo lo siguiente "Demandamos a nuestra empleadora que en cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal 4 de la cláusula 2 del acta transaccional, celebrada el 23 de septiembre de 2010, reintegre y reingrese a sus puestos habituales de trabajo a los 120 compañeros trabajadores despedidos los días 29 y 30 de septiembre del 2010, cuya nómina se acompaña a este escrito o subsidiariamente se les pague las indemnizaciones, bonificaciones y derechos adquiridos con el triple de recargo", evidentemente en la referida nomina constó como uno más de los trabajadores despedidos. Posteriormente y luego del trámite de ley, el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en fallo de mayoría de fecha 18 de enero del 2011 a las 10h10 en la parte pertinente resuelve lo siguiente, "UNO. Respecto al primer punto del pliego si bien la estabilidad laboral en tanto y en cuanto es un derecho del trabajador en general, no es menos cierto que el Código de Trabajo reconoce la facultad del empleador de terminar la relación laboral de manera unilateral, cuya penalidad es indemnizar pecuniariamente al trabajador despedido de conformidad con el art. 188 del mismo cuerpo legal, que textualmente dice: "indemnización por despido intempestivo. El empleador que despidiere intempestivamente al empleado, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala…" y el inciso octavo del mismo artículo señala que las indemnizaciones por despido intempestivo podrán ser mejoradas en el contrato colectivo, además debemos referirnos que la Dirección Regional de Trabajo del Austro emitió su criterio en oficio 307-DRTA-10, de fecha 12 de octubre del 2010, y constante a fojas 495 de autos. En el que considera que no se ajusta a derecho el criterio para la base de cálculo que se ha aplicado en las liquidaciones de aproximadamente de 120 trabajadores despedidos, puesto que debe realizarse en base a la última remuneración completa del trabajador, esto es incluyendo el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo, ya que como es de conocimiento el mes de agosto del 2010 todavía se mantenía la huelga declarada por el Comité de Empresa. "Se deja a salvo los derechos que les asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos en la vía judicial. Por lo que, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje dispone a la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente, para lo cual se deberá considerar como ultima remuneración la recibida en el mes de mayo de 2010 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador y que incluye el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto. En el caso que los ex trabajadores hayan recibido pagos parciales por estos conceptos, por parte de la empleadora mediante finiquito u otro documento, estos valores se imputaran al pago del monto que determine el perito designado", adicionalmente en la sentencia se indica a que trabajadores se debe realizar el pago, dentro de los cuales está el compareciente. Una vez realizada la liquidación por parte del perito, se le entregó la cantidad de $37.148.89 que corresponde a los siguientes conceptos: 1. Bonificación por desahucio art. 185 del Código de Trabajo; 2. Indemnización por despido intempestivo de acuerdo al art. 188 del Código de Trabajo; 3. Indemnización contrato colectivo; 4. Indemnización art. 233 C. T. y estabilidad por huelga, y en el caso de los dirigentes sindicales se les pagó indemnización del art. 187 del Código de Trabajo. Indica que en la liquidación de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, que le pagó su ex empleadora, no se me ha cancelado todos los valores que le corresponden de acuerdo a la ley y la contratación colectiva, esto se evidencia en los siguientes aspectos. 1. En relación a las indemnizaciones por despido intempestivo, de acuerdo a lo determinado en el art. 233 del Código de Trabajo y a la estabilidad por la huelga, de acuerdo al art. 503 del Código Obrero, si bien la empleadora le reconoce en derecho a las indicadas indemnizaciones de acuerdo a la Ley, solamente le cancela el 50% del monto total por cada una de ellas, adeudándole el restante 50% de acuerdo a las normas legales antes referidas. 2. En cuanto al monto de su remuneración del mes de mayo del 2010, que fue la última completa y en condiciones normales de trabajo, se calculó las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, con un valor menor al que le correspondía de acuerdo a la Ley y el contrato colectivo, esto es con el monto de $893,47 cuando su remuneración de acuerdo al art. 95 del Código de Trabajo era mayor, esto es de $1.241,92 ya que estaba integrada por varios componentes

que detallo a continuación: A. Sueldo o Salario Básico (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), B. Incentivos (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), C. Horas extraordinarias (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), D. Horas suplementarias (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), E. Subsidio de antigüedad (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), F. Subsidio familiar (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo), G. Recargos: Nocturnos, de modalidad 3 y de sábado y domingo (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo), H. Servicio de comedor que era pagado en un 80% por la compañía (cláusula 35 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), I. Comisariato que era pagado por la empresa en un 31% del cupo establecido (cláusula 36 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), J. Valor de la póliza de seguro establecido en la (cláusula 42 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), K. El monto de los aportes individuales al IESS que eran asumidos por la empleadora de acuerdo a la (cláusula 55 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo), L. El valor del incremento salarial que se dio a partir del 27 de marzo del 2010 de acuerdo a la (cláusula XIX contrato colectivo de trabajo), por cuanto se prorrogó la contratación colectiva con un incremento del 0.55 centavos diarios al salario básico que no consta en la remuneración de mayo del 2010, retroactivo que se ratifica con el acuerdo transaccional realizado el 23 de septiembre del 2010 ante la Directora Regional del Trabajo Dra. Michell Juárez. LL. El 10% del monto total de la remuneración que la empleadora aporta mensualmente para el fondo de cesantía (cláusula 46 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). M). El valor del transporte que cubre la empresa. Todos estos componentes forman parte de la remuneración para efectos del pago de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo en los términos de art. 95 del Código de Trabajo, esto es, todo lo recibido por el trabajador en dinero o en servicios, o en especies, en forma permanente y habitual, además se debe tener presente lo previsto en la cláusula 10 del XIX contrato colectivo de trabajo que incluyen beneficios de orden social como parte de la remuneración, mejorando obviamente los derechos establecidos en el Código de Trabajo, por lo que se debieron ser considerandos todos estos conceptos o rubros determinados en el Código de Trabajo y contratación colectiva como componentes de su remuneración para el cálculo indemnizatorio; sin embargo de lo cual, no se incluyó: a) El valor del servicio de comedor que era pagado en un 80% por la compañía; b) El valor de comisariato que era pagado por la empresa en un 31% del cupo establecido; c) El valor de la póliza de seguro; d) El monto de los aportes individuales al IESS que eran asumidos por la empleadora; y, e) El pago del retroactivo del incremento salarial ratificado posteriormente conforme consta del acta transaccional celebrada el 23 de septiembre del 2010, f) El 10% del monto total de la remuneración que la empleadora aporta mensualmente para el fondo de cesantía g) Todos los días de labor del mes de mayo del 2010, y h) Transporte. Con el objeto de despejar alguna duda, sobre los componentes de la remuneración de acuerdo al art. 95 del Código de Trabajo, se permito transcribir (sic) la parte pertinente de un fallo jurisprudencial de casación, que considera que rubros integran la remuneración y que excluye como beneficios de orden social, (los de los numerales 4, 5, 6, 19, 20 y 24, del artículo 42 del Código de Trabajo), debiendo considerarse que en el caso concreto de su ex empleadora, algunos de los beneficios de orden social, los incluye como parte de la remuneración por medio de la contratación colectiva, 4-VI-2009 (Resolución nro. 1136-2006, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, E.E.82,30-X-2010). "Es oportuno exponer nuestro criterio en torno a lo que debe considerarse como ´beneficios' que representan los servicios de orden social", que estimamos son los siguientes, entre los principales: los de los numerales 4, 5, 6, 19, 20 y 24, del artículo 42 del Código de Trabajo; el agasajo o canasta navideña, si un empleador acostumbra a darlos; bonos o beneficios que se otorguen: por onomástico del trabajador, del empleador, por aniversario de fundación de la asociación, de la ciudad o provincia; por ayuda mortuoria etc.; y cualquier otro beneficio ocasional que se otorgue; los cuales obviamente no forman parte de la remuneración por tener la característica de ocasionales. En lo relativo al seguro de vida, accidentes y gastos médicos contratados mediante una póliza, esta es una prestación que al amparo de las disposiciones legales transcritas, constituyen un servicio, un servicio de salud (sic) y, por lo tanto, es parte de la remuneración; pero para que se tome en cuenta

en la liquidación el actor debía comprobar los gastos efectuados y pagos realizados, según lo que estipula es el acápite "Gastos Médicos", del documento de fs. 2, lo cual no lo ha hecho, aunque se ha incorporado a los autos en certificado de fs. 201, que por sí solo no constituye la prueba. En lo concerniente a la afiliación al club social, esta no consta del proceso que se haya hecho efectiva y por ende no existen cuotas mensuales que podrían ser consideradas como parte de la remuneración. En virtud de lo cual, los cargos formulados en contra de la sentencia por estos conceptos no tienen sustento legal 3.4. La compensación del transporte es un beneficio que se debe pagar mensualmente; según así se estableció en el momento de su creación que data de 1978, por lo que forma parte de la remuneración según lo considera esta Sala, criterio que se cristalizó anteriormente en el fallo dictado en el juicio 323-03, por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia publicado en el R.O. 297 de 22 de marzo del 2004. Por consiguiente el Tribunal de alzada para negar lo reclamado en concepto de transporte, aplicó indebidamente la disposición de un Reglamento que se encontraba derogado, conforme consta del R.O. 652 de 30 de agosto 2002; afirmando erróneamente que esa reclamación, en último término, tendría que ser tenida como subsidio de transporte; sin considerar que el actor no demandó esa compensación o bonificación legal, sino la establecida en el documento de fs. 1 y 2 de los autos (mediante el que se concreta la relación de trabajo), esto es el rubro bajo epígrafe "VEHÍCULO", por el cual se le asigna un vehículo de la empresa al trabajador contratado, estipulándose que los gastos de funcionamiento y mantenimiento serán cubiertos por la Compañía previa presentación del respectivo Reporte de Gastos. Este beneficio en realidad constituye también un servicio con carácter normal, esto es mensual y permanente que, en aplicación estricta de las normas constitucionales y laborales ya citadas, debía ser considerado como parte de la remuneración. Según la demanda, fs. 13, estos gastos consisten en: "Costos de mantenimiento y funcionamiento del carro, por $2.620 y 'consumo de gasolina' por la suma de $112 mensuales; sin embargo estas sumas no han sido justificadas por el actor, y la certificación constante a fs. 200, no es prueba idónea ni pertinente por referirse al costo del alquiler de un vehículo. La única prueba válida para el efecto es la del documento de fs. 184, por la que se justifica que la suma que por estos conceptos pago la empresa era $1.777,50, cantidad que, como componente de la remuneración mensual, debe aplicarse para efectuar la liquidación respectiva 3.5. De lo anterior se desprende que la sentencia no se aplicó debidamente el art. 35 numeral 14 de la Constitución Política, ni el art. 95 del Código de Trabajo lo que condujo a la equivocada aplicación de las normas de derecho en la parte dispositiva de la sentencia. 3.6. Por otro lado, se anota que en el documento constante de fs. 3 a 5, no consta el pago de bono por resultado, por los 10 meses laborados del año 2002, el que se establece, a falta de datos, a base de lo pagado el año 2001, lo que arroja la suma de $14.751,30, que debe ser solucionado por la demandada. CUARTO: Luego del examen de los autos se establece que la remuneración mensual del trabajador, conforme al art. 95 del Código de Trabajo era de $12.465,63, valor integrado por el sueldo de $9.189,00, componente salarial de $24,00, bono de $1.475,13, por servicios de vehículo $1.777,50. Por tanto si por despido intempestivo, art. 188 ib., se le pago $114.329,90, debiéndosele pagar $124.656,30, la diferencia a pagar es de $10.263,40, por el art. 185 se le pagó $28.598,25, debiéndosele pagar $31.164,07, la diferencia a pagar es de $2.565,85: por el bono de los 10 meses laborados en el 2002, que no se le pagaron le corresponde: $14.751,30. En total $27.580,55. En merito a lo que se queda expuesto, esta Primera Sala de lo Laboral y Social. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptando parcialmente el recurso, casa la sentencia del Tribunal de segunda y última instancia dispone que la Empresa demandada pague al actor la suma de veinte y siete mil quinientos ochenta dólares, cincuenta y cinco centavos de los Estados Unidos de América, conforme se determina en el considerado Quinto de este fallo. Sin costas. Notifíquese y devuélvase. "Debe señalar de su parte, que toda retribución que sea permanente no ocasional, irrefutablemente e indiscutiblemente debe ser considerado como parte de la remuneración en los términos previstos en el art. 95 de Código de Trabajo, esto, para efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido intempestivo; por lo que se deberá tener en cuenta el carácter social y proteccionista del derecho del trabajo, como derecho tuitivo y de clase; y, aplicar los principios en que se sustenta el derecho del trabajo y que constan del

art. 326 de la Constitución de la República, en concreto el principio *indubio por operario o por operis,* (en caso de duda sobre las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral estas se aplicaran en el sentido más favorable a las personas trabajadoras), contenido en el numeral tercero. Además los derechos de los trabajadores son irrenunciables y los errores de cálculo pueden ser corregidos en cualquier momento. Además con el valor que se liquidó las indemnizaciones ni siquiera se incluyeron todos los días trabajados en el mes de mayo del 2010, ya que según los roles de pago y por el sistema numerativo que tiene la empleadora con pagos semanales, no se consideró el valor del trabajo de los días uno, dos y treinta y uno de mayo del año dos mil diez, conforme lo justificara, lo cual deberá reliquidarse en el monto de su remuneración. La liquidación que se realizó para el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, contradice lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que dispone a la empleadora proceda al pago inmediato de la indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme a lo dispuesto en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente lo cual no se da en su caso conforme lo señalo en líneas precedentes y que lo justificara en el momento procesal oportuno. Su exempleador consciente en absoluto del perjuicio que me generó, le hizo firmar una acta de finiquito y transacción, en la que reconoce que la empresa resolvió dar por terminado la relación de trabajo, es decir que lo despido intempestivamente de su labor, en dicho documento se dice expresamente en la parte pertinente: "…Las partes dan al presente acuerdo, el valor de finiquito pormenorizado aprobado por autoridad competente con el valor de sentencia ejecutoriada en última instancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución de la Republica", sobre dicho acuerdo debe señalar que la parte demandada, seguramente manifestará, como lo ha hecho ya en algunas ocasiones, que se me ha satisfecho la liquidación; que incluyó todas la indemnizaciones: que se extinguió definitivamente cualquier eventual y no admitido derecho que me corresponda: pretenderá hacer valer el acta transaccional o de finiquito con el valor de sentencia ejecutoriada de última instancia al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución. Sin embargo, dicho acuerdo transaccional es nulo y sin valor legal por lo siguiente: El numeral segundo del art. 326 de la Constitución de Estado, determina: "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario" en la especie, mi derecho a percibir el ciento por ciento de las indemnizaciones por despido intempestivo, de acuerdo al Código de Trabajo y la contratación colectiva vigente a la fecha de terminación de la relación laboral, calculado los términos del art. 95 del Código Obrero, es intangible e irrenunciable por lo que no podía ser materia de transacción. Existen Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios que establecen las irrenunciabilidad por parte del trabajador a las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, basta señalar lo manifestado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la resolución s/n (interpretación del art. 188 del Código de Trabajo). Que en la parte pertinente determina: "PRIMERO: que en la aplicación del artículo 35 numeral 12 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 que garantiza la contratación colectiva (artículo 326 numeral 13 de la Constitución de la República del 2008), se ha protegido el derecho de los trabajadores, considerados la parte más débil de la relación contractual de trabajo, a las indemnizaciones que les corresponde por despido intempestivo que son de cumplimiento obligatorio por parte del empleador e irrenunciable por parte del trabajador". Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en el salón de sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta días del mes de junio del año dos mil nueve (Registro Oficial 650,6-VIII-2009). "Es la esencia de la transacción que el objeto de ella constituya un derecho incierto y disputado. Implica recíprocas concesiones y mutuas renuncias sobre el derecho discutible", así se refiere a la transacción, Guillermo Guerrero Figueroa en su obra Manual de Derecho del Trabajo pág. 123, lo que ilustra perfectamente los hechos en esta causa, el despido intempestivo no es un derecho incierto y disputado, fue plenamente reconocido por mi empleadora, en consecuencia no podía ser materia de transacción y si se ha cancelado indebidamente, tenemos que bajo la premisa de los derechos irrenunciables del trabajador, debe ser reajustada la indemnización y pagada de acuerdo a la ley y la contratación colectiva. De lo indicado, no cabe duda entonces, que legal y constitucionalmente no es posible establecer transacción alguna, sobre el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, este derecho debe ser satisfecho en su totalidad y bajo los parámetros de cálculo determinados en el

Código de Trabajo y la contratación colectiva, incluso la propia norma contenida en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución para la validez de una transacción en materia laboral, exige que la transacción no implique renuncia de derecho. "Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos, y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente", por lo que la referida transacción y cualquier otra individual o colectiva conforme lo señalado y demostrado en líneas precedentes es nula sin ningún valor legal, ya que es intransigible el pago de indemnizaciones por despido de trabajo, porque conlleva renuncia de derechos. En relación al finiquito transaccional, al contener renuncia de derechos conforme lo indicado y justificado, pierde su valor liberatorio, al respecto me permito citar lo siguiente jurisprudencia en la parte pertinente establece. El finiquito pierde su valor liberatorio porque implica afectación a los derechos del trabajador que por garantía constitucional son intangibles e irrenunciables, y que por mandato legal (artículo 5 del Código Laboral) deben ser protegidos por los funcionarios judiciales y administrativos para alcanzar su eficiencia" 9-IV-2009 (Resolución n.o 977-2006, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 90, 25-XI-2010). Con estos antecedentes, impugnando el acta de finiquito transaccional, por contener renuncia de derechos y ser nula concurre ante juez laboral, en fundamento de lo dispuesto en los Arts. 36, 95, 185, 188, 233, 503 y 95 del Código de Trabajo, la contratación colectiva vigente a la fecha de terminación de las relaciones laborales y el art. 326 de la Constitución de la República, y al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia demanda en juicio oral a la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A., en la persona de su Presidente Ejecutivo Phillipp Von Hirschheydt y al economista Gustavo Malo Malo en su condición de vicepresidente de recursos humanos de la referida Empresa y a estos por sus propios derechos en los términos de art. 36 del Código de Trabajo, el pago de los rubros que detalla en su demanda mediante el sorteo de ley le corresponde a este Juzgado, conocer y resolver la presente causa y aceptada a trámite, se dispone la citación a los Demandados, en la forma solicitada, compareciendo estos a dar contestación a la presente acción, a fojas quince a la dieciséis inclusive de los autos, y deduciendo las siguientes excepciones: incompetencia del juez para observar, reliquidar, modificar o desconocer lo actuado por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje; incompetencia del juez para observar reliquidar, modificar, o desconocer una transacción colectiva avalada por autoridad de trabajo; y por fin subsidiariamente, cosa juzgada y transacción válidamente celebrada y falta del derecho del actor. La causa se encuentra en estado de resolver, y para hacerlo el Juzgado Segundo de Trabajo del Azuay, considera lo siguiente: **PRIMERO.-** El proceso se ha tramitado con todas las formalidades exigidas por la Ley, por lo que no hay nulidades que declarar y consecuentemente el proceso se lo declara como válido. **SEGUNDO.-** En la presente resolución se analizan pruebas que son fundamentales para este fallo. De conformidad con lo dispuesto en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que alega. **TERCERO.-** El presente se trata de un reclamo individual de trabajo sobre una relación laboral existente entre el autor de la causa y los demandados, por lo que la competencia del suscrito Juez está absolutamente fundamentada y no existe duda de la misma. **CUARTO.-** Los demandados se han excepcionado entre otras excepciones con la perentoria de cosa juzgada, por lo que amerita determinar la existencia o no de tal excepción. El mismo actor en la demanda presentada manifiesta que a consecuencia del despido intempestivo que ha sido víctima, el Comité de Empresa de los Trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., presentó un pliego de peticiones en el cual se demanda el reintegro a las funciones o el pago por el despido intempestivo, con todas las bonificaciones y derechos adquiridos. Así mismo el Actor nos informa que luego de un trámite de ley el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en fallo de mayoría de fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10 resuelve disponiendo a la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y en el contrato colectivo vigente, para lo cual se deberá tomar como última remuneración la recibida en el mes de mayo de 2010 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador —actor en esta causa—. Luego de esta sentencia de mayoría, y por lo tanto la que se debía cumplir y observar irrestrictamente, se nombra un perito liquidador para que liquide los valores que la empleadora debía cancelar a todos los extrabajadores que habían sido despedidos. Ante ese informe

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

presentado por el Perito la parte actora —Comité de Empresa de Trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho— no dice absolutamente nada. Luego de esto y gracias al auto de pago y a la orden de embargo de cuentas y bienes de la empleadora, esta cancela al Ministerio de Relaciones Laborales la cantidad que el Perito había determinado siguiendo los lineamientos de la sentencia que ha sido referida en líneas anteriores. Es decir con este pago se cumplió completamente con la sentencia, sin quedar nada que ejecutar, y de aquí que en este caso no tiene sustento legal alguno ni asidero lo establecido en el artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues en el caso que nos ocupa no queda nada pendiente que ejecutar y por el contrario esta todo pagado y ejecutado. Luego de este pago el Ministerio de Relaciones Laborales a través del departamento respectivo lo que hace es pagar a todos y cada uno de los extrabajadores en las cantidades que a cada uno de ellos le correspondía de acuerdo a la sentencia dictada y a la liquidación practicada. Estamos entonces sin lugar a ninguna duda frente a un proceso no solamente ejecutoriado sino ejecutado. No tiene cabida el argumento del actor de decir que el Comité de Empresa no le representaba, nos podríamos cuestionar entonces ¿por qué cobró dentro del trámite planteado por alguien que no le representaba? no se puede sostener que si le representaba en el conflicto colectivo de trabajo, y una vez que ha cobrado los dineros que le correspondía, decir que no le representaba y que la sentencia solo obliga a las partes procesales. En el presente caso ya ha precedido una sentencia dictada por el Órgano Jurisdiccional competente, el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje., por cuya razón y por lo establecido en los art. 488 y 489 del Código de Trabajo, no se puede ni suspender siquiera la ejecución de una sentencia o una transacción que ponga fin a un conflicto colectivo, en respecto al principio universal de procedimiento de plena justicia, que la cosa juzgada impide que se revea lo resuelto y lo ejecutoriado y ejecutado en el caso que nos ocupa, procediendo a consagrar ese otro principio de actuación justiciera que se refiere también a que no se puede litigar por el mismo asunto dos veces, que es lo que resultaría si se admitiese los reclamos del actor. La institución de cosa juzgada es una condición de los efectos procesales que el legislador la configuró en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. Para el Dr. Juan Isaac Lovato, en su Obra Programa Analítico del Derecho Procesal Ecuatoriano "la cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la Ley afirmada en la sentencia". "La cosa juzgada se presume verdadera y la Ley le da el carácter de irrevocable, no admitiendo a las partes a probar lo contrario porque de otro modo los pleitos no tendrían fin". "La cosa juzgada en la fuerza que el derecho atribuye a los resultados procesales, fuerza traducida en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso". En el caso de análisis y resolución y dicho por el mismo actor ya tuvo un trámite de ley, con todas la etapas, observando el trámite que la ley establece, hasta llegar a una sentencia de mayoría con dos votos salvados, sentencia que se debe respetar y observar tal como ocurrió por parte de la empleadora, proceso que terminó con el pago respectivo del monto global y los pagos individuales que se hicieron a cada uno de los extrabajadores. Es decir la sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje dictada el 18 de enero de 2011, las 10h10 ha pasado por autoridad de cosa juzgada por lo que resulta imposible que posteriormente se pueda reabrir un nuevo proceso toda vez que se estaría quebrantando el proceso de carácter fundamental que se refiere a la seguridad jurídica, que en nuestra legislación está plasmada en el artículo 82 de la Constitución de la República. Que textualmente reza, "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", si no fuera así, los procedimiento judiciales no tendrían fin. En otro orden y solo con el propósito de abundar jurídicamente, el asunto que es materia del elo (sic) inicial, atenta y lesiona el principio de la cosa juzgada, institución procesal que pertenece a la esfera del Derecho Público; pues de autos se aprecia sin esfuerzo que el derecho a la indemnización por despido intempestivo ya fue objeto de discusión y reconocimiento en un proceso anterior, lo que es argumentado por el mismo actor, y cualquier reclamación que pudiere haber existido en lo referente a la cuantía de dicho beneficio, debió ser discutida y resuelta en el. No se puede reliquidar en este proceso, una liquidación practicada en otro proceso diferente y anterior a este. Por lo demás es de generar conocimiento, que cuando se dicta sentencia en un proceso, ella contiene una verdad jurídica y cuando subsecuentemente se ejecutoria y se ejecuta en el proceso que precede a este, existe el instituto jurídico de la Cosa Juzgada (sic) que impide

promover un nuevo debate sobre el mismo asunto como equivocadamente pretende el actor, atentando así a la seguridad jurídica, piedra angular sobre la que descansa el convivir social. Como bien lo anota el doctor Bolívar Vergara Acosta, la cosa juzgada significa "juicio dado sobre la litis", siendo la resolución definitiva del Órgano jurisdiccional sobre el asunto litigioso que se ventila entre las partes procesales que no pueden ser discutida nuevamente dentro del mismo proceso ni en otro futuro". (4.a edición, pág. 31, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 1984). De allí, que en el antiguo Derecho Romano existía la "exeptio rei iudicatae in iudicium deducta" o excepción de cosa juzgada y deducida en juicio que se concedía al demandado que quería hacer valer frente al demandante la autoridad de cosa juzgada de una sentencia anterior en el proceso que contra él se sustente y al propio tiempo evitar que se alteren los términos del litigio, tal como habían quedado con anterioridad fijados en la formula en el momento de la litis contestatio (Diccionario de Derecho Romano Faustino Gutiérrez Alviz. Pág. 208 Madrid 1948). No se puede utilizar el argumento que en dicha resolución se deja a salvo los derechos que les asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos por la vía judicial, para intentar esta demanda, pues lo que se reclama en el libelo inicial de esta causa es el mismo objeto del proceso anterior que se ventiló y se resolvió por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, es decir, hay identidad subjetiva y objetiva, en consecuencia no podrá seguir nuevo juicio al tenor de lo prescripto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia laboral. Las diversas acepciones que recoge la enciclopedia jurídica OMEBA, en su tomo IV dice: "Cosa juzgada, que significa juicio dado sobre la *litis*, sentencia sobre una cosa determinada que pone fin a un controversia de derecho. No se puede volver a abrir entonces, lo que una controversia en derecho, (presentación del pliego de peticiones), ha tenido su fin mediante sentencia dictada el 18 de enero de 2011, las 10h00 por órgano competente. La cosa juzgada ampara lo que ha sido solución a un conflicto o litigio en que las partes accionaron sus pretensiones contradictorias y que el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje las conoció debidamente y a fondo a través de las pruebas y más medios de defensa que la ley franquea a los sujetos procesales. Jurídica y doctrinalmente la institución de cosa juzgada es aquella forma perfecta de haber llegado a determinar a través de un proceso legal, cuál de las partes se encuentra asistida en derecho de la razón, con el propósito de llegar a cumplir con una de las mayores metas hacia las que se encamina una sociedad determinada, vale decir, la justicia; hablamos entonces de que para que exista cosa juzgada, previamente debe haber un trámite legal perfecto iniciándose por la existencia de un juicio, litigio o controversia sometida a la decisión del juez competente, esto implica la concurrencia de dos partes en pugna de intereses que tendrá que demostrar cada uno sus asertos dentro de la contienda legal que culminará necesariamente con la decisión, fallo o sentencia que emita quien se halló investigando de jurisdicción y competencia, que en el presente caso ha sucedido con claridad meridiana y que consta de autos los documentos probatorios correspondientes. Es necesario mencionar que no cabe confundir la calidad de irrenunciables e imprescriptibles que tienen los derechos de los trabajadores con la continuación indefinida de procesos, ya que ello sería atentatorio al principio de seguridad y eficacia jurídica en el cumplimiento de la sentencia. **QUINTO.-** La confesión judicial del demandado y del actor en nada prueban sus respectivas tesis, pues se trata de un proceso de puro derecho. Por las consideraciones realizadas, y por lo que a la luz de la sana crítica concepto de que constituye una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, reglas de la sana crítica que son ante todo, reglas del correcto entendimiento humano y en las que intervienen la lógica, sin que sea necesario realizar otros análisis, el Juzgado Segundo del Trabajo del Azuay aplicando en especial el principio de la verdad procesal que no es otra cosa sino la aplicación que los operadores de justicia deben fallar en virtud de lo aportado por las partes, conectando la verdad con la justicia, aceptando la excepción formulada por los demandados de cosa juzgada, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve declarar sin lugar la presente demanda. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) Dr. Alfredo Aguilar Arízaga, Juez Temporal del Juzgado II Laboral.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 645-13

Juez Ponente: Dr. Guillermo Ochoa Andrade

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 31 de octubre del 2013. Las 12h10.

VISTOS. Se encuentra debidamente integrada la Sala con el doctor Kléber Puente Peña, Conjuez llamado a intervenir mediante oficio nro. FJA-UTM-2013-0127-0, por licencia concedida a su titular: Dr. Luis Urgilés Contreras. A fs. 232 de los autos comparece: Sebastián Pulgarín, presentado recurso de apelación, de la sentencia dictada en el juicio laboral por pago de valores número 40-2013, el 22 de julio del 2013 a las 8h50 por el Dr. Alfredo Aguilar Arízaga, Juez Temporal del Juzgado Segundo del Trabajo del Azuay; por la que resuelve: "...declarar sin lugar la presente demanda. Sin costas ni honorarios que regular..." Por el sorteo electrónico realizado, corresponde a esta Sala Especializada de lo Laboral Niñez y Adolescencia conocer y resolver, para lo que considera. **PRIMERO.-** Se declara la competencia de este Tribunal para resolver el recurso interpuesto. **SEGUNDO.-** El Proceso es válido al haberse dado el trámite de Ley, sin que exista omisión alguna de solemnidad o nulidad que declarar. **TERCERO.-** A fs. 2 del proceso comparece: Sebastián Martin Pulgarín Tandazo, presentando la demanda que, dice: "...desde el veinte y nueve de octubre del dos mil uno presté mis servicios lícitos y personales para la compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hasta el veinte y nueve de septiembre del año dos mil diez, fecha en que mi empleadora en forma arbitraria, prepotente e ilegal me despide intempestivamente de mi trabajo. A consecuencia del despido intempestivo del que fui víctima con muchos otros trabajadores, el Comité de Empresa de los Trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., presentó un pliego de peticiones el 2 de octubre del 2010, reclamando en el numeral primero del mismo lo siguiente: "Demandamos a nuestra empleadora, que en cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal 4 de la cláusula 2 del acta transaccional, celebrada el 23 de septiembre de 2010, reintegre y reingrese a sus puestos habituales de trabajo a los 120 compañeros trabajadores despedidos los días 29 y 30 de septiembre del 2010, cuya nómina se acompaña a este escrito o, subsidiariamente se les pague las indemnizaciones, bonificaciones y derechos adquiridos con el triple de recargo", evidentemente en la referida nómina consto como uno más de los trabajadores despedidos. Posteriormente y luego del trámite de ley, el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en fallo de mayoría de fecha 18 de enero de 2011 a las 10h10 en la parte pertinente resuelve lo siguiente "UNO. Respecto al primer punto del pliego, si bien la estabilidad laboral en tanto y en cuanto es un derecho del trabajador en general, no es menos cierto, que el Código de Trabajo reconoce la facultad del empleador de terminar la relación laboral de manera unilateral, cuya penalidad es indemnizar pecuniariamente al trabajador despedido de conformidad con el art. 188 del mismo cuerpo legal, que textualmente dice: "Indemnización por despido intempestivo. El empleador que despidiere intempestivamente al empleador **(sic),** será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala..." y el inciso octavo del mismo artículo señala que las indemnizaciones por despido intempestivo podrán ser mejoradas en el contrato colectivo, además debemos referirnos que la Dirección Regional de Trabajo del Austro emitió su criterio en oficio 307-DRTA-10, de fecha 12 de octubre del 2010, y constante a fojas 495 de autos. En el que considera que no se ajusta a derecho el criterio para la base de cálculo que se ha aplicado en las liquidaciones de aproximadamente 120 trabajadores despedidos, puesto que debe realizarse en base a la última remuneración completa del trabajador, esto es incluyendo el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo, ya que como es de conocimiento el mes de agosto del 2010 todavía se mantenía la huelga declarada por el Comité de Empresa." Se deja a salvo los derechos que les asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos en la vía judicial. Por lo que, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje dispone a la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y notificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto

en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente, para lo cual se deberá considerar como última remuneración la recibida en el mes de mayo de 2010 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador y que incluye el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto. En el caso de que los ex trabajadores hayan recibido pagos parciales por estos conceptos, por parte de la empleadora mediante finiquito u otro documento, estos valores se imputarán al pago del monto que determine el perito designado...", adicionalmente en la sentencia se indica a que trabajadores se debe realizar el pago, dentro de los cuales está el compareciente. Una vez realizada la liquidación por parte del perito, se me entregó la cantidad de $ 37.148,89 que corresponde a los siguientes conceptos: 1. Bonificación por desahucio art. 185 del Código de Trabajo; 2. Indemnización por despido intempestivo de acuerdo al art. 188 del Código de Trabajo; 3. Indemnización contrato colectivo; 4. Indemnización art. 233 C.T. y estabilidad por huelga; y (en el caso de los dirigentes sindicales, se les pagó la indemnización del art. 187 del Código de Trabajo). En la liquidación de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, que me pagó mi ex empleadora, no se me ha cancelado todos los valores que me corresponde de acuerdo a la ley y la contratación colectiva, esto se evidencia en los siguientes aspectos. 1. En relación a las indemnizaciones por despido intempestivo, de acuerdo a lo determinado en el art. 233 del Código de Trabajo y a la estabilidad por la huelga, de acuerdo al art. 503 del Código Obrero, si bien la empleadora me reconoce el derecho a las indicadas indemnizaciones de acuerdo a la ley, solamente me cancela el 50% del monto total por cada una de ellas, adeudándome el restante 50% de acuerdo a las normas legales antes referidas. 2. En cuanto al monto de mi remuneración del mes de mayo del 2010, que fue la última completa y en condiciones normales de trabajo, se calculó las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, con un valor menor al que me correspondía de acuerdo a la ley y el contrato colectivo, esto es con el monto de $ 893,47 cuando mi remuneración de acuerdo al art. 95 del Código de Trabajo era mayor, esto es de $ 1.241,92 ya que estaba integrada por varios componentes que detalla a continuación: A. Sueldo o Salario Básico (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). B. Incentivos (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo) C. Horas extraordinarias (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo) D. Horas suplementarias (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). E. Subsidio de antigüedad (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). F. Subsidio Familiar (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo). G.- Recargos: nocturno, de modalidad 3 y de sábado y domingo (cláusula 10 XIX contrato colectivo de trabajo). H. Servicio de comedor que era pagado en un 80% por la compañía (cláusula 35 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). I. Comisariato que era pagado por la empresa en un 31 % del cupo establecido (cláusula 36 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). J. Valor de la póliza de seguro establecido en la (cláusula 42 XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). K. El monto de los aportes individuales al IESS que eran asumidos por la empleadora de acuerdo a la (cláusula 55 del XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). L. El valor del incremento salarial que se dio a partir del 27 de marzo del 2010 de acuerdo a la (cláusula 54 del XIX contrato colectivo de (sic) se prorrogó la contratación colectiva con un incremento del 0.55 (sic) consta en la remuneración de mayo del 2010, (sic) el 23 de septiembre del 2010 ante la Directora Regional del Trabajo Dra. Michell Júarez, LL. El 10% del monto total de la remuneración que la empleadora aporta mensualmente para el fondo de cesantía (cláusula 46 del XIX contrato colectivo de trabajo y art. 95 del Código de Trabajo). M). El valor del transporte que cubre la empresa. Todos estos componentes forman parte de la remuneración para efectos del pago de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo en los términos del art. 95 del Código de Trabajo, esto es, todo lo recibido por el trabajador en dinero, o en servicios, o en especies, en forma permanente y habitual, además se debe tener presente lo previsto en la cláusula 10 del XIX contrato colectivo de trabajo que incluyen beneficios de orden social como parte de la remuneración, mejorando obviamente los derechos establecidos en el Código de Trabajo, por lo que debieron ser considerados todos estos conceptos o rubros determinados en el Código de Trabajo y contratación colectiva como componentes de su remuneración para el cálculo indemnizatorio; sin

embargo de lo cual, no se incluyó: a) El valor del servicio de comedor que era pagado en un 80% por la Compañía; b) El valor de comisariato que era pagado por la Empresa en un 31% del cupo establecido; c) El valor de la póliza de seguro; d) El monto de los aportes individuales al IESS que eran asumidos por la empleadora; y, e) El pago del retroactivo del incremento salarial ratificado posteriormente conforme consta del acta transaccional celebrada el 23 de septiembre del 2010, f) El 10% del monto total de la remuneración que la empleadora aporta mensualmente para el fondo de cesantía. g) Todos los días de labor del mes de mayo del 2010, y h) Transporte. Con el objeto de despejar alguna duda, sobre los componentes de la remuneración de acuerdo al art. 95 del Código de Trabajo, transcribe la parte pertinente de un fallo jurisprudencial de casación, que considera que rubros integran la remuneración y que excluye como beneficios de orden social, (los de los numerales 4, 5, 6, 19, 20 y 24, del artículo 42 del Código de Trabajo), debiendo considerarse que en el caso concreto de mi ex empleadora, algunos de los beneficios de orden social, los incluye como parte de la remuneración por medio de la contratación colectiva. 4-VI-2009 (Resolución nro. 1136-2006, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82, 30-X-2010). "Es oportuno exponer nuestro criterio en torno a lo que debe considerarse como 'beneficios que representan los servicios de orden social', que estimamos son los siguientes, entre los principales: los de los numerales 4, 5, 6, 19, 20 y 24, del artículo 42 del Código del Trabajo; el agasajo o canasta navideña, si un empleador acostumbra a darlos; bonos o beneficios que se otorguen: por onomástico del trabajador, del empleador, por aniversario de fundación de la asociación, de la ciudad o provincia; por ayuda mortuoria, etc., y cualquier otro beneficio ocasional que se otorgue; los cuales obviamente no forman parte de la remuneración. Por tener la característica de ocasionales. En lo relativo al seguro de vida, accidente y gastos médicos contratados mediante una póliza, esta es una prestación que al amparo de las disposiciones legales transcritas, constituyen un servicio, un servicio de salud y, por lo tanto, es parte de la remuneración; pero para que se tome en cuenta en la liquidación el actor debía comprobar los gastos efectuados y pagos realizados, según lo que se estipula en el acápite 'Gastos Médicos', del documento de fs. 2, lo cual no lo ha hecho, aunque se ha incorporado a los autos el certificado de fs. 201, que por sí solo no constituye prueba. En lo concerniente a la afiliación al club social, ésta no consta del proceso que se haya hecho efectiva y por ende no existen cuotas mensuales que podrían ser consideradas como parte de la remuneración. En virtud de lo cual, los cargos formulados en contra de la sentencia por estos conceptos no tienen sustento legal. 3.4. La compensación del transporte es un beneficio que se debe pagar mensualmente, según así se estableció en el momento de su creación que data de 1978, por lo que forma parte de la remuneración según lo considera esta Sala, criterio que se cristalizó anteriormente en el fallo dictado en el juicio 323-03, por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el R.O. 297 de 22 de marzo del 2004. Por consiguiente, el Tribunal de alzada, para negar lo reclamado en concepto de transporte, aplicó indebidamente la disposición de un Reglamento que se encontraba derogado, conforme consta del R.O. 652 de 30 agosto 2002; afirmando erróneamente que esa reclamación, en último término, tendría que ser tenida como subsidio de transporte; sin considerar que el actor no demandó esa compensación o bonificación legal, sino la establecida en el documento de fs. 1 y 2 de los autos (mediante el que se concreta la relación de trabajo), esto es el rubro bajo el epígrafe 'VEHÍCULO', por el cual se le asigna un vehículo de la empresa al trabajador contratado, estipulándose que los gastos de funcionamiento y mantenimiento serán cubiertos por la Compañía previa presentación del respectivo Reporte de Gastos. Este beneficio en realidad constituye también un servicio con carácter normal, esto es mensual y permanente que, en aplicación estricta de las normas constitucionales y laborales ya citadas, debía ser considerado como parte de la remuneración. Según la demanda, fs. 13, esos gastos consisten en: 'Costos de mantenimiento y funcionamiento del carro', por $ 2.620 y 'consumo de gasolina' por la suma de $ 112 mensuales; sin embargo estas sumas no han sido justificadas por el actor, y la certificación constante a fs. 200, no es prueba idónea ni pertinente por referirse al costo del alquiler de un vehículo. La única prueba válida para el efecto es la del documento de fs. 184, por la que se justifica que la suma que por estos conceptos pagó la empresa era $ 1.777,50, cantidad que, como componente de la remuneración mensual, debe aplicarse para efectuar la liquidación respectiva. 3.5. De lo anterior se desprende que en la sentencia no se aplicó debidamente el art. 35 numeral

14 de la Constitución Política, ni el art. 95 del Código del Trabajo, lo que condujo a la equivocada aplicación de las normas de derecho en la parte dispositiva de la sentencia. 3.6. Por otro lado, se anota que en el documento constante de fs. 3 a 5, no consta el pago de bono por resultado, por los 10 meses laborados, del año 2002, el que se establece, a falta de datos, a base de lo pagado el año 2001, lo que arroja la suma de $ 14.751,30, que debe ser solucionada por la demandada. CUARTO. Luego del examen de los autos, se establece que la remuneración mensual del trabajador, conforme al art. 95 del Código del Trabajo era de $ 12.465,63, valor integrado por el sueldo de $ 9.189,00, componente salarial de $ 24,00, bono de 1.475,13, por servicio de vehículo $ 1.777,50, por tanto si por despido intempestivo, art. 188 ib., se le pagó $ 114.329,90, debiéndosele pagar $ 124.656,30, la diferencia a pagar es de $ 10.263,40, por el art. 185 se le pagó $28.598,25, debiéndosele pagar $ 31.164,07, la diferencia a pagar es de $ 2.565,85: por el bono en los diez meses laborados en el 2002, que no se le pagaron, le corresponde: $ 14.751,30. En total $ 27.580,55. En mérito a lo que queda expuesto, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO S SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptando parcialmente el recurso, casa la sentencia del Tribunal de segunda y última instancia y dispone que la Empresa demandada pague al actor la suma de veinte y siete mil quinientos ochenta dólares, cincuenta y cinco centavos de los Estados Unidos de América, conforme se determina en el considerando Quinto de este fallo. Sin costas. Notifíquese y devuélvase". Se señala que toda retribución que sea permanente y no ocasional, irrefutable e indiscutiblemente debe ser considerado como parte de la remuneración en los términos previstos en el art. 95 del Código de Trabajo, esto, para efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido intempestivo; se deberá tener en cuenta el carácter social y proteccionista del derecho del trabajo, como derecho tuitivo y de clase; y, aplicar los principios en que se sustenta el derecho del trabajo y que constan del art 326 de la Constitución de la República, en concreto el principio *indubio pro operario o por operis,* (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), contenido en el numeral tercero. Además los derechos de los trabajadores son irrenunciables y los errores de cálculo pueden ser corregidos en cualquier momento. Además, con el valor que se liquidó las indemnizaciones ni siquiera se incluyeron todos los días trabajados en el mes de mayo del 2010, ya que según los roles de pago y por el sistema remunerativo que tiene la empleadora con pagos semanales, no se consideró el valor del trabajo de los días uno, dos y treinta y uno de mayo del año dos mil diez, conforme lo justificará, lo cual deberá reliquidarse en el monto de su remuneración. La liquidación que se realizó para el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, contradice lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que dispone a la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme a lo dispuesto en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente, lo cual no se dado en su caso, conforme lo señala en líneas precedentes y que lo justificara en el momento procesal oportuno. Su ex empleador, consciente en absoluto del perjuicio que le género, le hizo firmar una acta de finiquito y transacción, en la que reconoce que la Empresa resolvió dar por terminada la relación de trabajo, es decir que le despidió intempestivamente de su labor, en dicho documento se dice expresamente en la parte pertinente lo siguiente: «…Las partes dan al presente acuerdo, el valor de finiquito pormenorizado aprobado por autoridad competente con el valor de sentencia ejecutoriada en última instancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución de la República», sobre dicho acuerdo señala que la parte demandada, seguramente manifestará como lo ha hecho ya en algunas ocasiones, que se le ha satisfecho la liquidación; que incluyó todas las indemnizaciones; que se extinguió definitivamente cualquier eventual y no admitido derecho que le corresponda; pretenderá hacer valer el acta transaccional o de finiquito con el valor de sentencia ejecutoriada de última instancia al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución. Sin embargo, dicho acuerdo transaccional es nulo y sin valor legal por lo siguiente: El numeral segundo del art. 326 de la Constitución del Estado, determina: "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario" en la especie, su derecho a percibir el ciento por ciento de las indemnizaciones por despido intempestivo, de

acuerdo al Código de Trabajo y la contratación colectiva vigente a la fecha de terminación de la relación laboral, calculado en los términos del art. 95 del Código Obrero, es intangible e irrenunciable, por lo que no podía ser materia de transacción. Existe Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios que establecen la irrenunciabilidad por parte del trabajador a las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, basta señalar lo manifestado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la resolución s/n (interpretación del art. 188 del Código del Trabajo) Que en la parte pertinente determina: "PRIMERO: Que 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 numeral 13 de la Constitución de la República del 2008), se ha protegido el derecho de los trabajadores, considerados la parte más débil de la relación contractual de trabajo, a las indemnizaciones que les corresponde por despido intempestivo que son de cumplimiento obligatorio por parte del empleador e irrenunciable por parte del trabajador". Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en el salón de sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta días del mes de junio del año dos mil nueve (Registro Oficial 650, 6-VIII-2009). "Es de la esencia de la transacción que el objeto de ella constituya un derecho incierto y disputado. Implica recíprocas concesiones y mutuas renuncias sobre el derecho discutible", así se refiere a la transacción, Guillermo Guerrero Figueroa en su obra Manual de Derecho del Trabajo pág. 123, lo que ilustra perfectamente los hechos en esta causa, el despido intempestivo no es un derecho incierto y disputado, fue plenamente reconocido por mi empleadora, en consecuencia no podía ser materia de transacción y si se ha cancelado indebidamente, tenemos que bajo la premisa de los derechos irrenunciables del trabajador, debe ser reajustada la indemnización y pagada de acuerdo a la ley y la contratación colectiva. De lo indicado, no cabe duda entonces, que legal y constitucionalmente no es posible establecer transacción alguna sobre el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, este derecho debe ser satisfecho en su totalidad y bajo los parámetros de cálculo determinados en el Código de Trabajo y la contratación colectiva, incluso la propia norma contenida en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución para la validez de una transacción en materia laboral, exige que la transacción no implique renuncia de derechos «Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos, y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente», por lo que la referida transacción y cualquier otra individual o colectiva, conforme lo señalado y demostrado en líneas precedentes es nula sin ningún valor legal, ya que es intransigible el pago de indemnizaciones por despido de trabajo, porque conlleva renuncia de derechos. En relación al finiquito transaccional, al contener renuncia de derechos conforme lo indicado y justificado, pierde su valor liberatorio, al respecto se permito (sic) citar la siguiente jurisprudencia que en la parte pertinente establece. «El finiquito pierde su valor liberatorio porque implica afectación a los derechos del trabajador que por garantía constitucional son intangibles e irrenunciables, y que por mandato legal (artículo 5 del Código Laboral) deben ser protegidos por los funcionarios judiciales y administrativos para alcanzar su eficiencia». 9 IV 2009 (Resolución nro. 977-2006, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 90, 25-XI-2010). Con estos antecedentes, impugnando el acta de finiquito transaccional, por contener renuncia de derechos y ser nula, concurro ante vuestra autoridad, en fundamento de lo dispuesto en los arts. 36, 95, 185, 188, 233, 503 y 595 del Código de Trabajo, la contratación colectiva vigente a la fecha de terminación de las relaciones laborales y el art. 326 de la Constitución de la República, y al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, demando en juicio oral a la Compañía Ecuatoriana del Caucho S .A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A. en la persona de su Presidente Ejecutivo Phillpp Van Hirschheydt y al Economista Gustavo Malo Malo en su condición de vicepresidente de recursos humanos de la referida Empresa y a estos por sus propios derechos en los términos del art. 36 del Código de Trabajo...". Seguidamente determina en cinco puntos los derechos y los valores que reclama. Comparece a (fs. 14) Dr. Julio E. Aguilar V. en calidad de procurador judicial de Phillpp Von Hirschheydet, Presidente Ejecutivo de Continental Tire Andina S .A., señalando casilla judicial, y autorizando a sus abogados defensores. A (fs. 15) dan contestación a la demanda, Dr. Julio E. Aguilar V. en calidad de procurador judicial de Phillpp Von Hirschheydet, presidente ejecutivo de Continental Tire Andina S.A. y Gustavo Malo Malo, vicepresidente de recurso humanos planteando las excepciones de: Respecto de las

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

indemnizaciones por despido intempestivo: Incompetencia del Juez de Trabajo para observar, reliquidar, modificar o desconocer lo actuado por un Tribunal de conciliación y arbitraje y más concretamente lo ejecutado, liquidado mandado a pagar y pagado dentro del conflicto, subsidiariamente se excepciona con el pago y cosa juzgada. Respecto de la liquidación de haberes pendientes y de Ley, plantea la incompetencia del Juez para observar, reliquidar, modificar o desconocer una transacción (colectiva) avalada por Autoridad del Trabajo, pormenorizada suscrita en los términos del numeral 11 del art. 326 de la Constitución, y ratificado individualmente por cada trabajador beneficiario del acuerdo colectivo. Subsidiariamente plantea el pago en los términos acordados y aprobados por Autoridad del trabajo. Cosa juzgada y transacción válidamente celebrada y falta de derecho del actor. Se lleva a cabo la audiencia preliminar de conciliación contestación a la demanda y formulación de pruebas a (fs. 202) en la que se presenta la contestación por escrito trabándose la litis en los términos de acción y excepciones propuestas. Se realiza la audiencia definitiva a (fs. 204 y ss.), con la concurrencia de Sebastián Martin Pulgarín Tandazo, acompañado de su abogada defensora: Dra. María Verónica Aguirre; y, por la parte demandada comparece el Ing. Gustavo Malo Malo acompañado de su abogado defensora Dra. Mercedes Espinoza quién ofrece poder o ratificación del codemandado Phillpp Von Hirschheydt. Se recepta las confesiones judiciales del Ing. Gustavo Malo Malo y del actor. Acto seguido se recepta alegatos y se dicta sentencia. **CUARTO.-** Habiéndose trabado la litis en los términos de acción y excepción es pertinente considerar la excepción de pago y cosa juzgada. Al efecto, se debe precisar que es el actor quien establece en la demanda haber sido víctima de despido intempestivo juntamente con otros trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho, razón por la que, el comité de empresa de los trabajadores presentó un pliego de peticiones el 2 de octubre del 2010. Así mismo, se establece que el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje el 18 de enero del 2011 a las 10h10 dicta un fallo de mayoría disponiendo: "La empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente, para lo cual se deberá considerar como última remuneración la recibida en el mes de mayo del 2010 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador y que incluye el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto". (Fs. 17 y ss., y, 169 ss.). En esta resolución dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, como único organismo competente para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos colectivos del trabajo, el que dispone que el pago se realice a toda una nómina, más de cien trabajadores, entre los que consta el actor Sebastián Martin Pulgarín Tandazo, (fs. 20 vta.; y 172 vta.,). Las indemnizaciones se liquidan por medio de un perito quien determina los valores que ha pagado la Empresa a los trabajadores despedidos, según propia afirmación del actor en su demanda (fs. 2 vta.). La cantidad global, se deposita en el Ministerio de Relaciones Laborales para que, sea este Organismo el que proceda, como lo ha hecho, a acreditar en las cuentas individuales de cada uno de los trabajadores. Consecuentemente, el fallo emitido por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje se ejecutorió y se ejecutó. Se añade que en el presente caso, se ha celebrado además el acta de finiquito que presenta el actor acompañando a su demanda, a (fs. 1 y 200) en la que se pormenorizan los valores ante la Autoridad de Trabajo por la que, y dándole el valor de sentencia ejecutoriada en última instancia, las partes ejecutan este acuerdo con la entrega del cheque por la suma de $ 11.541,24**. QUINTO.-** Por lo expuesto en el considerando anterior, ninguna de las partes, jurídicamente hablando, podía proponer ante órgano judicial la revisión de lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje por encontrarse ejecutoriada y ejecutada la sentencia. Es preciso hacer hincapié que, ese Organismo Pluripersonal integrado por representantes de los trabajadores y empleadores, presididos por la Autoridad administrativa de trabajo tienen competencia privativa para conocer los conflictos colectivos de trabajo según lo dispuesto en el numeral 12 del art. 326 de la Constitución de la República que a su vez reconoce como principio del derecho de trabajo, la transacción, de conformidad al numeral 11 de la citada disposición que dice: "Sera válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente". En el caso, estos presupuestos constitucionales se han cumplido y han devenido de la sentencia emitida por el Tribunal Superior que conoció el conflicto colectivo de trabajo y que se ha

mencionado en líneas anteriores. Por tanto, deviene sin fundamento, no solo la impugnación del acta de finiquito sino también es improcedente por falta de derecho las pretensiones del accionante en el libelo de la demanda tal como lo ha conceptuado la Ex Corte Suprema de Justicia al elaborar el fallo de triple reiteración que, debe atenderse y aplicarse para el caso que nos ocupa (R.O. nro. 3 de 14 de agosto de 1996 pág. 2; R.O. nro. 986 de 11 de julio de 1996 pág. 41; y, R.O. nro. 989 de 16 de julio de 1996 pág. 23/gfoa). Y es que, la confianza legítima, en nuestro ordenamiento jurídico la "Seguridad Jurídica" plasmada en el art. 82 de la Constitución de la República no permite reabrir un proceso nuevo al existir sentencia ejecutoriada y ejecutada, como es el caso en análisis. El fallo del Juez *a-quo*, desmenuza el análisis procesal correcto en la Ley y la Doctrina con los que concuerda este juzgador que, además, lo ha venido manteniendo en múltiples pronunciamientos sobre casos similares, en los que, se ha aceptado la excepción propuesta; esto es la de pago y cosa juzgada (Juicios Laborales: 823-2011, 26-XII-2011-08H46; 859-2011, 26-XII-2011-16H06; 908-2011,9-I-2012-08H20). Por las consideraciones realizadas y tomando exclusivamente la litis entre acción y excepción en estricta aplicación de la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia en base al art. 115 del C. del P. Civil, esta Sala Especializada de lo Laboral Niñez y Adolescencia **"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 apelación planteado por: Sebastián Martin Pulgarín Tandazo,; y, confirma en su integridad el fallo recurrido. Sin costas ni honorarios que resolver en esta instancia. **Notifíquese.**

f) Dr. Guillermo Ochoa Andrade, Juez Provincial; Dra. Aurea Piedad Calderón Vintimilla, Jueza Provincial; Dr. Kléber Puente Peña, Conjuez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1656-2013

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, 17 de julio de 2015, las 13h18.

VISTOS: En el juicio oral de trabajo que sigue el señor Sebastián Martín Pulgarín Tandazo en contra de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A. hoy Compañía Continental Tire Andina S.A. en la persona de su Presidente Ejecutivo Phillip Von Hirschheydt y Gustavo Malo Malo, vicepresidente de recursos humanos, el 31 de octubre de 2013 las 12h10, la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dicta sentencia rechazando el recurso de apelación presentado por el actor y confirmando en su integridad el fallo de primer nivel que declaró sin lugar a la demanda; inconforme con esta resolución, el actor interpone recurso de casación. Encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Este Tribunal es competente para conocer y decidir el recurso de casación en razón de las Resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición nro. 004 de 25 de enero de 2012, que designó a juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, posesionados el 26 de enero del mismo año; y en virtud de la Resolución nro. 01-2015 relativa al cambio e integración de las Salas Especializadas. En calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, este Tribunal avoca conocimiento de la presente causa al amparo de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República; los artículos 184 y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; el art. 1 de la Ley de Casación; y el Art. 613 del Código del Trabajo, la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en auto de 21 de mayo de 2014 a las 12h25, analiza el recurso y lo admite a trámite por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia. **SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** El casacionista fundamenta su recurso en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación; indicando que ha existido falta de aplicación del Art. 114, 121, 165 del Código de Procedimiento Civil; y aplicación indebida del Art. 297 ibídem; y que en el desarrollo de la fundamentación del

recurso el recurrente sostiene que al haberse infringido las normas que precisa ha conducido a la vulneración indirecta de las normas sustantivas plasmadas en los artículos 185, 188, 233 y 503 del Código de Trabajo, que establecen las indemnizaciones por despido intempestivo, así como las de la contratación colectiva vigente a la época del despido, que sanciona la violación de la estabilidad laboral por el empleador, con pagos indemnizatorios. Expresa así mismo que la violación del art. 95 del Código de Trabajo y la cláusula 10 del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo, que determina los componentes de la remuneración para efectos del cálculo de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, que al no habérselo hecho le ha generado un serio gravamen económico. Que la norma del art. 326.2 de la Constitución del Estado, determina como principio esencial en el Derecho Laboral, la garantía de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, ya que cualquier acto en contrario es nulo, por lo que la norma del artículo 595 del Código de Trabajo permite la impugnación del acta de finiquito como documento liberatorio, más aún si contiene renuncia de derechos y violaciones a la ley. Que el art. 82 de la Constitución de la República determina la seguridad jurídica más aún en un Estado constitucional de derechos y justicia como es en el Estado ecuatoriano que todo ello le ha causado un enorme perjuicio que a su decir espera sea reparado con la casación de la sentencia dictada por la Sala referida. **TERCERO.- ASUNTOS MATERIA DE RESOLUCIÓN.** De lo expuesto se deduce que son dos las acusaciones que formula la parte actora: **1.** Que existe falta de aplicación de los arts. 114, 121 y 165 del Código de Procedimiento Civil; por aplicación indebida del art. 297 ibídem; y que en el desarrollo de la fundamentación del recurso el recurrente sostiene que al haberse infringido las normas que precisa ha conducido a la vulneración indirecta de las normas sustantivas plasmadas en los artículos 95, 185, 188, 233 y 503 del Código de Trabajo; así como de la Cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo. 2. Que, "La norma del art. 326 numeral 2 de la Constitución del Estado, que determina como principio esencial en el Derecho laboral, la garantía de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, ya que cualquier acto en contrario es nulo, la norma del art. 595 del Código de Trabajo que permite la impugnación del acta finiquito como documento liberatorio, más aún cuando contiene renuncia de derechos y violaciones a la ley, el art. 82 de la Constitución de la República que determina la seguridad jurídica más aún en estado constitucional de derechos y justicia corno es el Ecuatoriano. Todo ello me ha causado un enorme perjuicio, que espero sea reparado con la casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia que se ha hecho referencia en este recurso". **CUARTO.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.** 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 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 constituir 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 corno Nomofilaquía, 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 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 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". Por tanto, siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, por su naturaleza jurídica únicamente procede en casos excepcionales cuyos límites impone la ley y es así que a partir de esta conceptualización este recurso debe cumplir su ro l de control de legalidad de las sentencias de instancia y con ello precautelar, de una parte, la defensa del derecho objetivo; y de otra, propiciar la unificación de la jurisprudencia mediante el desarrollo de un sistema de precedentes jurisdiccionales fundamentados en fallos de triple reiteración.

QUINTO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO CON RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS. Del estudio realizado por este Tribunal del líbelo acusatorio, la sentencia del Tribunal de Alzada y los recaudos procesales en confrontación con el ordenamiento jurídico y la doctrina, al haberse fundamentado el recurso en la causal tercera se advierte: **PRIMERA ACUSACIÓN:** Con relación a que existe falta de aplicación de los arts. 114, 121 y 165 del Código de Procedimiento Civil; por aplicación indebida del art. 297 ibídem; y que en el desarrollo de la fundamentación del recurso el recurrente sostiene que al haberse infringido las normas que precisa ha conducido a la vulneración indirecta de las normas sustantivas plasmadas en los artículos 95, 185, 188, 233 y 503 del Código de Trabajo; así como en la Cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo, al respecto: La causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación a s u tenor expresa: "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 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 (...)». (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito- Ecuador, 2005, pp. 157-158). Piero Calamandrei, al referirse al recurso de casación por vicios de juicio esto es, por errores *in iudicando*, sostiene: "Una fundamental importancia tienen en el proceso las normas de derecho probatorio, esto es, las normas que regulan la carga, la admisibilidad, la asunción, la valoración de la prueba; es oportuno establecer si, en sede de casación, la violación (en sentido lato) de una de estas normas ha de considerarse como un error *in iudicando* o como un error *in procedendo,* ya que de considerarla de uno o de otro pueden derivar, como se ha visto importantes diferencias prácticas (...). La cuestión no es, sin embargo, tan simple cuando se trata no ya de normas que regulan el desarrollo externo del procedimiento probatorio, sino de normas que regulan la carga de la prueba o que ponen límites a la formación de la perención y de las convicciones del juez sobre los hechos controvertidos. Los procesalistas alemanes consideran también las violaciones de estas normas como simples errores *in procedendo;* mientras que la doctrina italiana, siguiendo las huellas de la francesa, ve en ellas verdaderos y propios errores *in iudicando,* denunciables en casación, como casos de errónea interpretación de la ley. Y, en verdad, este segundo modo de considerarlas se presenta como más racional; ya que todas las reglas que han subsistido en nuestro proceso como huellas del sistema de la prueba legal, encaminadas a limitar la libertad del juez al admitir los medios de prueba y a valorar la resultancia de las mismas, no están dirigidas a disciplinar la actividad externa del juez en el procedimiento, sino a guiarlo en aquel trabajo lógico a través del cual se forma en su pensamiento la sentencia (...)" (La Casación Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 306 y 307). En este sentido Humberto Murcia Ballén, al analizar la violación indirecta de la norma jurídica sustancial precisa que ello ocurre "(...), cuando la equivocada aplicación de la norma o su no aplicación es el resultado de los yerros en que incurre el fallador en el campo probatorio (...)" (Recurso de Casación Civil, cuarta edición actualizada, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio In Jus, Santa Fe de Bogotá, 1966, p. 337); de lo expuesto se advierte: **1.** El casacionista invocando la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación sostiene que en la sentencia objeto del presente recurso de casación existe falta de aplicación del art. 114 del Código de Procedimiento Civil en tanto, la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., hoy Compañía Continental Tire Andina S.A. en su contestación a la demanda, ha presentado como excepción el pago. Excepción que es aceptada en sentencia; sin embargo la parte demandada no ha justificado en autos absolutamente nada; no ha aportado prueba alguna en relación al pago de los valores reclamados en la demanda, que en ninguna parte ha demostrado que en su última remuneración en condiciones normales de trabajo que correspondía al mes de mayo del año 2010 se hayan incluido los siguientes rubros: el valor del servicio de comedor que era pagado en un 80 % por la compañía; el valor del comisariato pagado por la empresa en un 31% del cupo establecido; el valor de la póliza de seguro; el monto de los aportes individuales al IESS, que han sido asumidos por la empleadora; el pago del retroactivo del incremento salarial conforme consta del acta transaccional celebrada el 23 de septiembre del 2010; el 10% del monto total de la remuneración que la empleadora aporta mensualmente para el fondo de cesantía; todos los días de labor del mes de mayo de 2010; y, trasporte; que para efecto del cálculo de las indemnizaciones

por despido intempestivo de trabajo, del rol de pago de mayo del 2010 que se encuentra de autos se observa que no se han incluido dichos componentes en la remuneración, a causa de lo cual sostiene que no existe el pago alegado. Expresa así mismo que tampoco se ha justificado por la parte demandada el pago del ciento por ciento de las indemnizaciones que le correspondía al amparo de lo dispuesto en el art. 233 del Código de Trabajo y del 530 ibídem, lo que se desprende de la liquidación realizada dentro del Conflicto Colectivo de Trabajo cuya liquidación indica obra de autos. Que no se hace ningún análisis al respecto en la sentencia de segunda instancia ni en la de primer nivel que ha sido confirmada por la Sala Especializada de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en la que se ha aceptado la excepción, sin que se haya justificado por la parte demandada el pago de los reclamos constantes de libelo que era su obligación de acuerdo a la distribución de la carga de la prueba de conformidad al art. 114 del Código de Procedimiento Civil. **1.1.** El art. 114 del Código de Procedimiento Civil prescribe: "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario". **1.2.** Por la acusación que realiza el actor, y la necesidad de analizar el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, que se indica ha existido falta de aplicación de aquella y otras normas que se precisa en el recurso, se tiene en cuenta para el análisis respectivo de las normas invocadas, la regla primera del art. 18 del Código Civil que señala: "(...) 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento". A esta clase de interpretación judicial de la ley es lo que Javier Pérez Royo, entre otros, denomina interpretación gramatical al decir "...se basa en el texto de la norma, en su dicción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador" (Curso de Derecho Constitucional, octava edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid—Barcelona, 2002, p. 143). Así mismo Victoria Iturralde Sesma, al tratar sobre la interpretación literal sostiene que "(...) no es propia de la teoría o filosofía del Derecho, sino de la semántica o de la filosofía del lenguaje, donde no hay acuerdo acerca de qué es el significado literal, y donde se pone de manifiesto la discusión acerca de los límites entre semántica y pragmática". Más adelante la misma autora citando a Luzzati, señala que por interpretación literal entre otros aspectos se entiende: «1) la interpretación que se limita a repetir o reproducir fielmente determinadas fórmulas verbales: en este sentido "literal" es aquella interpretación que busca, muestra y colecciona textos jurídicos en respuesta ingenua a la pregunta del profano que pregunta ¿dónde está escrito? 2) Interpretación que atiende sólo al sentido de las expresiones lingüísticas aisladas del contexto verbal, cultural o situacional, dejando por tanto de lado cualquier tipo de factor pragmático. 3) Interpretación que entiende las palabras en su sentido ordinario (y no por ejemplo en el sentido técnico jurídico de los términos) 4) Interpretación de expresiones a las que se les puede atribuir un significado *prima facie* suficientemente claro e unívoco para resolver una determinada cuestión jurídica. Esta acepción está estrechamente ligada al brocardo *in claris non fit interpretatio* y a la distinción entre normas claras / normas oscuras y casos fáciles / casos difíciles. 5) Interpretación restrictiva y/o ligada al argumento a contrario. En este caso, la expresión "interpretación literal" va referida no tanto a un determinado sentido de los enunciados normativos como a un tipo de argumentación usada para justificar una determinada atribución de significado: aquélla que adopta el argumento a contrario o que trata de restringir los significados de los enunciados (interpretación restrictiva) (...)». (Sistema Jurídico, Validez y Razonamiento Judicial, nro. 10, ARA Editores, primera edición, Perú, pp. 238-240). Por lo que, haciendo uso de los principios que rigen la interpretación gramatical, que para el caso son válidos, se observa que la norma en referencia contiene tres presupuestos: UNO, el de que cada parte en un proceso tiene la obligación a probar los hechos que alega. DOS, que el presupuesto antes indicado tiene una excepción, relacionada con los casos en los cuales se presumen conforme a la ley; y, TRES, el derecho que tienen las partes para rendir pruebas y contradecir los hechos propuestos por su adversario. Por tanto, esta norma de orden procesal regula la carga de la prueba ello explica que en la parte inicial de esta norma se refiere a la **"Obligación de probar lo alegado"**. Según Eduardo J. Couture "(...) abordar el tema de la carga supone un paso más adelante, teniente a saber quién prueba (sic)

cuál de los sujetos que actúan en el juicio (el actor, el demandado, el juez) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia debate (...) Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de lo hechos enunciados por ellos (...) La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino, un imperativo del propio interés de cada litigante (...)" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial De palma, Buenos Aires—Argentina, tercera edición, 1958, pp. 240-244). En ese sentido la norma en referencia tiene una excepción relacionada cuando existe presunción de los hechos conforme a la ley, dado que es en estos casos la norma jurídica genera una valoración de la prueba a través de la norma y en este sentido el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial al desarrollar el principio de la verdad procesal señala: "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". Por ello debe tenerse en cuenta que la presunción según el art. 32 de 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. 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. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias"; y, el otro presupuesto se enmarca en el derecho de cada una de las partes para rendir prueba contra los hechos propuestos por su adversario; esto es lo que se conoce como el principio de contradicción en el ámbito del derecho procesal y en el ámbito del derecho constitucional como el legítimo derecho a la defensa, que de conformidad con el art. 76.7 letra a) de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las garantías básicas del debido proceso, esto es, el derecho de las personas a la defensa y por tanto el de que nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

De lo expuesto se desprende que el art. 114 del Código de Procedimiento Civil regula la carga de la prueba u *onus probandi,* en cada proceso estableciendo la obligación que tiene cada parte de producir las pruebas sobre los hechos que alega mismas que al momento de dictar sentencia la o el juzgador las valora de acuerdo a las reglas de la sana crítica y toma la decisión jurisdiccional que corresponda; por tanto esta norma procesal no se halla en el ámbito de una norma que esté relacionada con la valoración de la prueba, como de manera equivocada sostiene el recurrente. **2.** En relación a que ha existido falta de aplicación del art. 121 del Código de Procedimiento Civil, es necesario precisar que esta norma señala los medios de prueba de los cuáles las partes pueden valerse para probar sus afirmaciones, referentes a los hechos que se discuten en el proceso y son admitidos en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este aspecto S. Sentís Melendo, distingue entre fuentes y medios de prueba y al respecto señala: "(...) haciendo sencillas, o asequibles Ahora bien: si queremos tener un concepto exacto de esa realidad que para nosotros es la fuente de prueba, independientemente de que origine o no una actividad procesal representada por un medio, hemos de admitir que fuente es, como hemos señalado, un concepto metajurídíco, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las fuentes; y, cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso. Por eso, cuando en preceptos de los códigos procesales se dispone que las partes con la demanda y con la contestación ofrezcan la prueba de que intentan valerse, lo que se está diciendo es que manifiesten de que fuentes disponen, para que el juez acuerde los medios de traerlas a los autos" (La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio, Ediciones Jurídicas Europa—América, Buenos Aires—Argentina, 1979, pp. 151-152). De lo expuesto se desprende que las fuentes de prueba pueden convertirse en medios de prueba y solo estos serán valorados por juezas y jueces si se anuncian y son llevados al proceso del modo previsto en las normas procesales correspondientes, lo que en la doctrina se denomina actividad probatoria y que a

decir de Eduardo J. Couture, se conforma de tres instantes "el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit., p. 249). Por lo que, la norma en análisis contiene el catálogo de los diferentes medios de prueba admisibles, según la materia, que para que alcancen esa condición, esto es, medios de prueba, deben las partes sujetarse a los presupuestos procesales regulatorios en cada materia en observancia a lo previsto en el art. 117 del Código de Procedimiento Civil que contempla: "Sólo la prueba debidamente actuada, es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hacen fe en juicio"; de tal manera que si el anuncio de una fuente de prueba no observa los presupuestos procesales referidos, se estaría en el caso previsto en el art. 76.4 de la Constitución que expresa: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". Por lo indicado esta norma de orden procesal no es una norma de valoración de la prueba, su infracción puede producirse por otras razones, como el caso de que una jueza, juez o tribunal admita primero como fuente de prueba y luego como medio de prueba aquellos que no han sido reconocidos en el artículo procesal en referencia y a pesar de ello le concede valor probatorio mediante el cual fundamenta su decisión jurisdiccional, utilizando así su potestad jurisdiccional y resolviendo los asuntos materia de la litis en base a un medio de prueba que no consta en el catálogo de aquellos que son reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico; o el caso contrario cuando por cualquier razón la o el juzgador desestime un medio de prueba que el ordenamiento procesal lo admite como tal, esto es contrariando lo previsto en el art. 121 del Código de Procedimiento Civil; circunstancias estas que no se han producido en la sentencia emitida por el Tribunal Ad quem y que lleven a determinar que en la presente causa ha existido falta de aplicación de la indicada norma de orden procesal. **3.** En cuanto a que en la sentencia pronunciada en segunda instancia ha existido falta de aplicación del art. 165 del Código de Procedimiento Civil, no existe discusión que esta norma se halla entre aquellas que se relacionan con la valoración probatoria, lo cual se extrae del contenido de la misma que a su tenor dice: "Art. 165. Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes. 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". Debiéndose tener presente que según la normativa procesal vigente si bien lo dispuesto en el art. 165 del Código de Procedimiento Civil como quedó indicado, constituye una noma (sic) de valoración probatoria relacionada con instrumentos públicos; para que éstos sean considerados válidos como prueba debe reunir los requisitos que de manera expresa exige el art. 167 del mismo cuerpo legal procesal que prescribe: "Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario: 1.- Que no estén diminutos; 2.- Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y, 3.- Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar". En este contexto corresponde al juzgador determinar si el instrumento público al cual hace referencia el recurrente es o no una prueba en relación con los hechos controvertidos, esto es si es pertinente al caso que se juzga y la fuerza probatoria que contiene el mismo. Al respecto el casacionista en el recurso de casación alega que el Tribunal Ad quem no ha valorado los medios de prueba aportados por el compareciente "(...) como fue el acta de finiquito presentada, que constituye instrumento público, de la que se desprende que mi ex empleador, consciente en absoluto del perjuicio que me generó, me hizo firmar dicha acta de finiquito y transacción, en la que reconoce que la Empresa resolvió dar por terminada la relación de trabajo, es decir que me despidió intempestivamente de mi labor, en dicho documento se dice expresamente en la parte pertinente: **«...Las partes dan al**

presente acuerdo, el valor de finiquito pormenorizado aprobado por autoridad competente con el valor de sentencia ejecutoriada en última instancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del art. 326 de la Constitución de la República", sin embargo dicho acuerdo transaccional es nulo y sin valor legal, por lo cual es plenamente impugnable de acuerdo a lo previsto en el art. 595 del Código del Trabajo, en el fondo por lo siguiente: El numeral segundo del art. 326 de la Constitución del Estado, determina: **"Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario"** en la especie, mi derecho a percibir el ciento por ciento de las indemnizaciones por despido intempestivo, de acuerdo al Código del Trabajo y la Contratación Colectiva vigente a la fecha de terminación de la relación laboral, calculado en los términos del art. 95 del Código Obrero, es intangible e irrenunciable, por lo que no podía ser materia de transacción». Con relación a la impugnación que realiza el recurrente del acta de finiquito y transacción que menciona y la alegación correspondiente, este Tribunal observa Jo siguiente: **3.1.** En la doctrina española el documento de finiquito cumple dos funciones, de una parte, mediante este documento las partes pueden manifestar de forma escrita que su relación de trabajo ha quedado extinguida; y de otra, a través de este documento las partes pueden acordar la liquidación o saldo de las cantidades devengadas durante la relación laboral; al primero de los documentos lo denominan "El finiquito-extinción" y al segundo "El finiquito-liquidación". (María Amparo García Rubio, El recibo de finiquito y sus garantías legales, Tirant lo blanch, Colección Laboral, nro. 25, Valencia - España, 1995, págs. 13-15). **3.2.** En nuestra legislación, el art. 595 del Código del Trabajo al referirse a la impugnación de documento de finiquito indica: "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", de modo que, la institución de impugnación del documento de finiquito es una de las garantías de tutela de los derechos de la o el trabajador cuando la relación laboral concluye entre otros aspectos por acuerdo de las partes mediante la suscripción del acta de finiquito, en tanto y en cuanto el indicado documento inobservando la norma en referencia no se haya practicado ante el Inspector del Trabajo o que al hacerlo ante esa autoridad no se pormenoricen los rubros que se reconocen en el documento de finiquito, autoridad administrativa del trabajo que por disposición del art. 75 de la Constitución y lo constante en el art. 5 del Código del Trabajo, está obligado a prestar a las y los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos, precautelando que el indicado documento por ninguna razón o motivo pueda producirse afectación alguna a los derechos que en cada caso corresponden, ya que éstos se rigen por los principios con rango constitucional de irrenunciables e intangibles y cuya transgresión generaría la nulidad y por tanto, ante una impugnación en el ámbito judicial y aporte de las pruebas correspondientes su efecto jurídico causa la revisión respectiva y la reparación que corresponda en cada caso. **3.3.** En el presente caso, el Tribunal de alzada en el considerando Cuarto de la sentencia indica: «Habiéndose trabado la litis en los términos de acción y excepción, es pertinente considerar la excepción de pago y cosa juzgada. Al efecto, se debe precisar que es el actor quien establece en la demanda haber sido víctima de despido intempestivo juntamente con otros trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho, razón por la que, el comité de empresa de los trabajadores presentó un pliego de peticiones el 2 de octubre del 2010. Así mismo, se establece que el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje el 18 de enero del 2011 a las 10h10 dicta un fallo de mayoría disponiendo: "La empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y contrato colectivo vigente, para lo cual se deberá considerar como última remuneración la recibida en el mes de mayo del 2011 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador y que incluye el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto" (fs. 17 y ss., y, 169 ss.). En esta resolución dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, como único organismo competente para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos colectivos del trabajo, el que dispone que el pago se realice a toda una nómina, más de cien trabajadores, entre los que consta el actor SEBASTIÁN MARTIN PULGARÍN TANDAZO, (fs. 20 vta.; y 172 vta.). Las indemnizaciones se liquidan por medio de un perito quien determina los valores que ha pagado la empresa a los trabajadores

despedidos, según propia afirmación del actor en su demanda (fs. 2 vta.). La cantidad global, se deposita en el Ministerio de Relaciones Laborales para que, sea este Organismo el que proceda, como lo ha hecho, a acreditar en las cuentas individuales de cada uno de los trabajadores. Consecuentemente, el fallo emitido por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje se ejecutorió y se ejecutó». Del análisis que precede se pone en evidencia que el Tribunal *Ad quem*, por e l modo como realiza su argumentación, no incurre en falta de aplicación del art. 165 del Código de Procedimiento Civil como sostiene el casacionista; poniéndose en evidencia por los méritos del proceso que el Tribunal plural ha valorado el Acta de Finiquito en estricta correspondencia con las pretensiones del accionante entre las cuales no existe evidencia procesal que en ese instrumento público se haya fijado rubros indemnizatorios por despido intempestivo; valoración de esta prueba, de una parte, que no es arbitraria y de otra, que no se halla alejada de la realidad procesal; en tanto la mencionada acta de finiquito cumple con los presupuestos jurídicos que exige el art. 595 del Código del Trabajo; al ser practicada ante el Inspector del Trabajo del Azuay, pormenorizada y sin que se haya determinado la existencia de afectación a los principios de irrenunciabilidad y de intangibilidad de derechos; más aún cuando, del libelo inicial se desprende que el actor no hace referencia ni reclamo alguno sobre los valores que en concepto de haberes se liquidan en el acta de finiquito impugnada y que su reclamación que es materia de la litis se contrae a las indemnizaciones por despido intempestivo que indica en la demanda; y si en el acta en mención consta que la relación laboral ha concluido por decisión unilateral del empleador y en ella no se ha practicado la liquidación de indemnizaciones; éstas, como señala la Sala de alzada y se desprende de las constancias procesales que obran de autos han sido canceladas al trabajador en el proceso de ejecución de la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje de fecha 18 de enero de 2011 (fs. 17-21 vta.), y que en el caso del actor han sido cuantificadas por medio de un perito quien ha determinado los valores que ha pagado la empresa a los trabajadores despedidos, entre los que consta el actor PULGARÍN TANDAZO SEBASTIÁN MARTÍN (fs. 20 vta.), correspondiéndole al actor el valor antes indicado que según propia afirmación en la demanda y de acuerdo al documento de fs. 187, la cantidad global se ha depositado en el Ministerio de Relaciones Laborales para que proceda como lo ha hecho, a acreditar en las cuentas individuales de cada uno de los trabajadores, valor que el recurrente reconoce habérsele entregado en la cantidad antes indicada. **4.** Así mismo, el casacionista sostiene en su recurso que en la sentencia de segunda instancia se ha incurrido en aplicación indebida del art. 297 del Código de Procedimiento Civil y sobre este aspecto expresa: Que los reclamos constantes en la demanda, de ninguna manera pretenden se altere la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje de fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10, o se dicte una sentencia declarando el derecho a las indemnizaciones por despido intempestivo que ya fue declarado por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje. Que lo que plantea en la reclamación constante de la demanda es que se cumpla con la resolución del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje y se pague lo dejado de pagar por la parte demandada, a consecuencia de una ilegal liquidación; sin embargo los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, han entendido que con esta demanda se pretende alterar lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, o volver a juzgar lo juzgado. Que la sentencia de mayoría del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, de fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10, en la parte resolutiva señala **"...Se deja a salvo los derechos que les asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos en la vía judicial..."**, es decir, deja a salvo el derecho de cada uno de los trabajadores despedidos para realizar su reclamo en la vía judicial, obviamente de existir conflicto en la ejecución de lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, por lo que en ningún caso se ha puesto fin a una posible litis futura, ya que obviamente una sentencia dictada por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje se ejecuta en forma individual, cada trabajador tiene diferentes condiciones laborales, tiempo de trabajado, clase de trabajo, remuneraciones distintas y que algunos trabajadores han estado enfermos al momento del despido. Que la Sala de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en la sentencia que impugna, ha aplicado en forma indebida el art. 297 del Código de Procedimiento y establece que existe cosa juzgada, a pesar de que se dejó a salvo su derecho en la sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y

Arbitraje a reclamar sus derechos en la vía judicial, que además no existe identidad ni subjetiva ni objetiva entre lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje y lo reclamado en la demanda, exigencia esencial que se determina en el art. 297 ibídem. Que el art. 297 del Código de Procedimiento Civil, es plenamente aplicable en el campo civil en donde se mira el interés de los particulares en igualdad de condiciones, no así en el campo laboral, que está marcado por la limitación a la autonomía de la voluntad, al tratarse el derecho de los trabajadores de un derecho social, tuitivo y de clase, en el cual, se establecen como principios fundamentales la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, por lo que ninguna sentencia puede limitar el ejercicio de los mismos. Que toda obligación en el campo laboral se satisface con el cumplimiento total de la misma, lo que no significa atentar al principio de seguridad jurídica sino más bien el reconocimiento del mismo. Al respecto, el art. 297 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *"La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consisten te en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma".* Poniéndose en evidencia del texto que conforma la norma referida, ésta no se relaciona con la valoración de la prueba, por tanto, en el caso de considerarse que existe infracción de la indicada norma, en un recurso de casación, no corresponde su acusación a través de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, como en forma contraria a derecho ha realizado el recurrente; sin embargo al haberse admitido el recurso, se determina lo siguiente: **4.1.** Hernando Devis Echandía al analizar la cosa juzgada y su naturaleza, sostiene: *"No es la cosa juzgada un efecto general de toda sentencia, sino uno especial o mejor dicho, una calidad especial, que la ley les asigna a ciertas sentencias, en virtud del poder de jurisdicción del Estado (...). En toda sentencia ejecutoriada se contiene un mandato singular y concreto que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad el juez, sino por voluntad de la ley. Pero a cosa juzgada le agrega una calidad especial: la inmutabilidad y la definitividad que son los efectos propios de ella. Cuando a la sentencia se le o torga el valor de cosa juzgada, no será posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del nuevo proceso civil laboral, o contencioso-administrativo, debe abstenerse de fallar en el fondo, si encuentra que hay identidad entre lo pretendido en la nueva demanda o en las impugnaciones penales formuladas al proceso y lo resuelto en esa sentencia (...). Tiene, pues, la cosa juzgada una naturaleza estrictamente procesa l, porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifiesta en la ley procesal. Pero sus efectos jurídicos se extienden también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que en su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquellas. Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada; directo y procesal la inmutabilidad de la decisión; indirecto y sustancial la definitividad de la certeza jurídica del derecho sustancial declarado o de su rechazo o negociación. Se trata de una institución de derecho público y de orden público (...). La voluntad de las partes y del juez no influye para nada en la formación de la cosa juzgada ni en sus efectos. Es la voluntad del Estado, median te la regulación legal, la que crea e impone la cosa juzgada como una calidad de ciertas sentencias, generalmente las proferidas en procesos contenciosos (...)".* (Compendio de Derecho Procesal, tomo I, Teoría General del Proceso, novena edición, Editorial ABC, Bogotá - Colombia, 1983, p.p. 502-503). Miguel Ángel Pirolo, Cecilia M. Murray y Ana María Otero, al referirse a la cosa juzgada manifiestan: *"Esta excepción impide al accionante (o, en su caso, al reconviniente) entablar un nuevo proceso con relación a una pretensión anteriormente sustanciada entre las mismas partes y respecto de la cual ya ha recaído sentencia firme. No se exige la existencia de una coincidencia absoluta entre los sujetos y el objeto de ambas causas (...)".* (Manual de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, ciudad de Buenos Aires, 2004, p. 196). Así mismo, Julio César Trujillo, al abordar sobre la solución de los conflictos colectivos, sostiene que el fallo ejecutoriado conforme al art. 477 del Código del Trabajo (actual 483) *"Si no se interpusiera el recurso dentro del término legal el fallo queda ejecutoriado. Que el fallo queda ejecutoriado significa que no admite reclamo ni recurso alguno, que nadie*

puede cambiar su texto, y que comienza a surtir los efectos deseados por la parte vencedora y prescritos en el mismo fallo (...)"; y, al analizar la cosa juzgada expresa: "Al tratar del fallo ejecutoriado decíamos que uno de sus defectos es la imposibilidad jurídica de continuar discutiendo sobre el asunto o asuntos resueltos en dicho fallo y agregábamos que cuan do la prohibición es que se vuelva a discutir en el mismo proceso pero que no impide se lo haga en otro proceso independiente se trata de la cosa juzgada formal y es cosa juzgada sustancial si es que no se puede hacerlo ni en el mismo ni en ningún otro proceso. Para que exista cosa juzgada formal es suficiente que se haya producido el acto jurídico por el cual legalmente termina el conflicto y por lo mismo, se da también esta especie de cosa juzgada en los conflictos colectivos desde que ellos terminan por alguna de las causas ya estudiadas ella son las sentencia de segunda instancia o la de primera si es que no se ha interpuesto oportunamente el recurso de apelación sólo o conjuntamente con el de nulidad y el convenio de las partes en cualquier estado de la causa y en cualquiera de las formas previstas en la Ley. La cosa juzgada sustancial, a su vez, exige varios requisitos que al tenor del art. 318 del Código de Procedimiento Civil (actual 297) se reducen a dos, el primero es la identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, y el segundo es la identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho". (Derecho del Trabajo, segunda edición, tomo II, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, p.p. 406 y 413). En el ordenamiento jurídico de España al regularse sobre el proceso de conflictos colectivos, el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, prescribe: *"La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto"*. De lo expuesto, y dado que en el caso en análisis, si como alega el actor que en el mes de octubre de 2010 el Comité de Empresa de Trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., ha presentado el pliego de peticiones a consecuencia de lo cual se dicta la sentencia de fecha 18 de enero de 2011 y que a esa fecha ha sido despedido ya del trabajo el recurrente y que por tanto en el punto 1) de dicho pliego se ha solicitado el reintegro o subsidiariamente el pago de indemnizaciones de 120 trabajadores despedidos entre los cuales ha constado el nombre del actor MARTIN PULGARÍN TANDAZO y que en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje de fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10 se ha ordenado el pago de indemnizaciones a varios trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A., actualmente Compañía Continental Tire Andina S.A., incluido el actor y al haberse ejecutoriado y ejecutado la indicada sentencia, por tales hechos con la emisión de la sentencia referida ha surtido según doctrina los efectos de cosa juzgada sustancial. **4.2.** En cuanto a que los reclamos que constan en la demanda de ninguna manera pretenden se altere la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, de 18 de enero de 2011, a las 10h10, o se dicte una nueva sentencia declarando el derecho a las indemnizaciones por despido intempestivo que ya han sido declaradas por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje referido; por tanto precisa que lo que se ha planteado en la reclamación constante de la demanda, es que se cumpla con la resolución del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje y se pague lo dejado de pagar por la parte demandada, a consecuencia de una ilegal liquidación; expone en relación a este cargo que los señores jueces de la Sala Especializada de lo Laboral Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay han entendido que la demanda presentada pretende alterar lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, o volver a juzgar lo juzgado; cargo que del análisis que corresponde se establece lo siguiente: **4.2.1.** Del contenido de la acusación queda por deliberarse si este Tribunal tiene facultad para disponer se cumpla con la resolución emitida por un Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje y ordenar pagos que a criterio del recurrente se ha dejado de hacerlo por la parte demandada a consecuencia de una ilegal liquidación, por lo que al respecto se manifiesta: **4.2.1.1.** Consta del proceso (fs. 17 a 21 vta. del cuaderno de primer nivel) el fallo de mayoría del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, dictado e n la ciudad de Cuenca con fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10, mismo que en su parte resolutiva, revoca el fallo de primera instancia y en el punto UNO, dispone «Respecto al primer punto del pliego, si bien la Estabilidad laboral en tanto y en cuanto es un derecho del trabajador en general, no es menos cierto que el Código de Trabajo reconoce la facultad del empleador de terminar la relación laboral de manera unilateral, cuya penalidad es indemnizar pecuniariamente al trabajador despedido de conformidad con el art. 188 del mismo

cuerpo legal (...), por lo que, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje dispone a la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y Contrato Colectivo vigente para lo cual se deberá considerar como última remuneración la recibida en el mes de mayo de 2010 (...). Dicho pago se deberá realizar a los señores: (...) PULGARÍN TANDAZO SEBASTIÁN MARTIN (...) ». **4.2.1.2.** El actor en la demanda fs. 2-7 del cuaderno de primer nivel entre otros asuntos indica que a consecuencia del despido intempestivo del que ha sido víctima con otros trabajadores, el Comité de Empresa de los trabajadores de la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A. ha presentado un pliego de peticiones el 2 de octubre del 2010, reclamando en el numeral primero que la demandada en cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal 4 de la Cláusula 2 del Acta Transaccional celebrada el 23 de septiembre de 2010, reintegre y reingrese a sus puestos habituales de trabajo a 120 trabajadores despedidos los días 29 y 30 de septiembre de 2010 o subsidiariamente se pague las indemnizaciones, bonificaciones y derechos adquiridos con el triple de recargo. Que posteriormente el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en fallo de mayoría de fecha 18 de enero de 2011 a las 10h10 ha resuelto con respecto al punto uno del modo que quedó indicado y por tanto ha dispuesto que la empleadora proceda al pago inmediato de las indemnizaciones y bonificación que correspondan por despido intempestivo según el Código de Trabajo y Contrato Colectivo vigente considerando como última remuneración la recibida en el mes de mayo del 2010; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto. El actor así mismo precisa en el libelo inicial que una vez realizada la liquidación por parte del perito se le ha entregado la cantidad de $37.148,89 por los conceptos de bonificación por desahucio, indemnización por despido intempestivo, indemnización por contrato colectivo, indemnización según el art. 233 del Código de Trabajo y estabilidad por huelga, haciendo constar entre paréntesis el siguiente texto "(en el caso de los dirigentes sindicales, se les pago la indemnización del art. 187 del Código de Trabajo)". En forma seguida expresa que "en la liquidación de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, que le ha pagado su ex empleadora, no se le ha cancelado todos los valores que le corresponde de acuerdo a la ley, y la contratación colectiva; para más delante expresar que la liquidación realizada para el pago de indemnizaciones por despido intempestivo de trabajo, contradice lo resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, y sobre esa y otras afirmaciones constantes en la demanda impugna el acta de finiquito- transaccional por contener renuncia de derechos y ser nula y demanda en juicio oral a la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A. hoy Compañía Continental Tire Andina S.A. el pago de los rubros que precisa. **4.2.2.** Desde la promulgación del primer Código del Trabajo de 1938, este contempló las instituciones del contrato individual de trabajo, del contrato colectivo de trabajo, y de las asociaciones de trabajadores y conflictos colectivos; por tanto, el derecho laboral en el Ecuador ha regulado de modos diferentes el derecho individual del trabajo así como el derecho colectivo de trabajo y dentro de este el de los conflictos colectivos. Para el caso del derecho individual de trabajo de conformidad con el art. 568 del Código Laboral la jurisdicción y competencia en los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo la ejercen las juezas y los jueces de trabajo conforme a lo previsto en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código del Trabajo. **4.2.3.** En cuanto al derecho colectivo y dentro de él a los conflictos colectivos en el art. 380 del Código de Trabajo de 1938, se dispuso: "La Autoridad que reciba el pliego de peticiones a que se refiere el art. 376 procederá inmediatamente a organizar el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que estará formado por cinco vocales: el inspector o subinspector del trabajo, quien lo presidirá, dos designados por el patrono y dos por los trabajadores. El Tribunal nombrara: ADA Secretario. El patrón o y los trabajadores harán la designación de los dos vocales principales y dos suplentes, el término de 48 horas, contadas desde la notificación que les hará el Inspector o Sub inspector para que hagan tales nombramientos. El Tribunal no podrá sesionar y tomar resoluciones sino con la totalidad de sus miembros principales o suplentes". Disposición de orden laboral colectivo que mantuvo concordancia con el inciso cuarto del numeral 24 del art. 151 de la Constitución de 1929, vigente a la época de la publicación del primer Código de Trabajo. Con el paso del tiempo el concepto de que la solución de los conflictos colectivos de trabajo se resuelvan a través de la constitución de Tribunales de Conciliación y Arbitraje compuestos por representantes

de trabajadores y empleadores presididos por la autoridad administrativa de trabajo, por disposición constitucional y legal ha sido una práctica permanente sin interrupciones. Debiendo reiterarse que tanto el primer Código de Trabajo de 1938 como la Constitución de 1929 que establecen la obligación constitucional y legal de constituir Tribunales de Conciliación y Arbitraje para la sustanciación de los pliegos de peticiones cuando se suscitan conflictos colectivos, surgen en el ámbito de la vigencia del Estado de derecho y con el desarrollo democrático de aquel, persisten en el Estado social y democrático de derecho, en el cual se genera un avance cualitativo del derecho constitucional, en tanto la Constitución a decir de la doctrina constitucional, adquiere fuerza normativa y por tanto el principio de legalidad que rigió durante la vigencia del Estado de derecho, es reemplazado por el principio de constitucionalidad, que adquiere mayor vigor en el Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Desarrollo constitucional que en ningún momento ha dado muestras de confundir en la forma de solución de los conflictos individuales y de los conflictos colectivos de trabajo. Lo que es más con la expedición de la Constitución Política del Ecuador de 1998 en la concepción no solo del Estado de derecho sino del Estado social y democrático de derecho y del principio de constitucionalidad el art. 35 numerales 9, 10, 12 y 13, establece como normas fundamentales del derecho del trabajo, al derecho de organización de trabajadores y emplea dores, el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, el derecho a la contratación colectiva y el de que los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a Tribunales de Conciliación y Arbitraje integrados por representantes de los emplea dores y trabajadores, presididos por un funcionario de trabajo, Constitución de 1998 que además establece corno norma fundamental, en el art. 35 numeral 13: "Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos"; y en la Constitución de 2008 se reitera sobre este principio en el art. 326.12, al señalar: "Los conflictos colectivos de trabajo en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación arbitraje, cuya integración se dispone en el art. 474 de Código de Trabajo". Por lo expuesto tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos de trabajo tienen su propio procedimiento; los primeros según lo previsto en el Título VI, Capítulo Tercero arts. 568-6 2 6 del Código del Trabajo; y los segundos al tenor de lo previsto en el Título V Capítulo II, arts. 467- 537 Ibídem. **4.2.3.1.** Ante esta realidad procesal es necesario referirse al alcance jurídico que prevé la disposición contenida en el art. 191.2 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento nro. 544 de fecha 9 de marzo de 2009 que dice: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 2. Los recursos de casación en juicios por ejecución de convenios acerca de conflictos colectivos de trabajo, que sean motivo de reclamación por el trabajador o empleador en cuanto a sus derechos individuales o particulares".* Como antecedente a esta norma, es necesario recordar que en el ámbito laboral, en épocas anteriores, fue muy frecuente recurrir a la suscripción de actas transaccionales, lo cual tomó fuerza constitucional al momento que se publicó el Tercer Bloque de Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador, en el Registro Oficial nro. 863 de 16 de enero de 1996, en el que se reformó el art. 31 de la Constitución publicada en el Registro Oficial nro. 183 de 5 de mayo de 1993, y en el que a continuación del literal ch) se añadió otro literal que decía: "Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente", reforma que clarificó la institución de la transacción y que posteriormente fue complementada en el art. 191 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial del modo antes indicado. Norma ésta que determina uno de los casos en los cuales la Sala Especializada de lo Laboral es competente para resolverlos y que teniendo en cuenta la literalidad de este numeral para que la Sala de lo Laboral conozca tales asuntos debe tener presente que para definir la competencia en esos casos deben concurrir los siguientes presupuestos de orden legal, esto es: **a)** Que el recurso de casación para el caso de esta norma debe estar relacionado con un juicio de ejecución de convenio en conflictos colectivos de trabajo, **b)** Que quien lo reclame sea el trabajador o empleador y lo haga en cuanto a sus derechos individuales o particulares. Por tanto, por lo expuesto e n el primer literal antes referido se trata de ejecución de "...**convenios** en conflictos colectivos de trabajo" (las negrillas corresponde al Tribunal). La norma no hace referencia a ejecución de sentencias dictadas por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje o por el tribunal superior de Conciliación y

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Arbitraje, y n o podría hacerlo por cuanto estos Tribunales al dictar sentencia en los conflictos colectivos de trabajo, lo hacen por estar investidos de potestad jurisdiccional para conocer y resolver las indicadas controversias, que nace en la actualidad de lo previsto en el art. 326 numeral 12 de la Constitución y es en ese sentido que el art. 491 del Código de Trabajo de manera expresa señala: "Corresponde al Ministerio de Trabajo y Empleo, por intermedio de ejecución, por lo expresado en la norma en referencia la ejecución de sentencia en los conflictos colectivos de trabajo corresponde al Inspector de Trabajo que es quien desempeña en cada caso las funciones de Presidente del Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Por lo que el alcance jurídico en el que se le asigna competencia a la Sala Laboral de la Corte Nacional prevista en el art. 191.2 del Código Orgánico de la Función Judicial está dirigido y limitado como se indicó a los "... convenios acerca de conflictos colectivos de trabajo...", presentados por trabajadores o empleadores en relación a sus derechos individuales; esto es, aquellos que surgen en conflictos colectivos que tengan relación con distintos convenios, como en los casos de asuntos relaciona dos con contratos colectivos, actas transaccionales que se ha de entender son producto de acuerdos entre empleadores y trabajadores en donde incluso puede haber un conflicto colectivo pero que no concluye por sentencia sino por cualquier forma de acuerdo entre las partes, es en esa dimensión es que si un recurso de casación se presenta en juicios por ejecución de convenios surgidos en conflictos colectivos de trabajo por reclamaciones de empleadores o de trabajadores en cuanto a sus derechos individuales, la Sala de lo Laboral en su oportunidad es competente para conocer recursos de casación en esa clase de juicios y no en otros; situación de orden jurídico que no corresponde al presente caso. **4.2.3.2** En el presente caso a decir del propio recurrente en la demanda expresa haber sido víctima de despido intempestivo con muchos otros trabajadores, lo cual ha motivado la presentación de un pliego de peticiones con fecha 2 de octubre de 2010 siendo materia de dicha reclamación colectiva en el numeral primero que en cumplimiento a los dispuesto en el ordinal cuatro de la Cláusula 2 del Acta transaccional celebrada el 23 de septiembre de 2010 se reintegre y reingrese a sus puestos habituales de trabajo a 120 trabajadores despedidos los días 29 y 30 de septiembre del mismo año o subsidiariamente se les pague las indemnizaciones, bonificaciones y derechos adquiridos con el triple de recargo y que luego del trámite respectivo el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje "... en fallo de mayoría de fecha 18 de enero de 2011, a las 10h10..."; esto es, haciendo uso de la potestad jurisdiccional de la que ha estado investida, en sentencia ha dispuesto el pago **"...inmediato de las indemnizaciones y bonificaciones que correspondan por despido intempestivo conforme lo dispuesto en el Código de Trabajo y Contrato Colectivo vigente para lo cual se deberá considerar como última remuneración la recibida en el mes de mayo de 2010 en virtud de que esta es la última remuneración completa del trabajador y que incluye el incentivo por producción y en condiciones normales de trabajo; valores que deberán ser liquidados por el perito que se nombre para el efecto...".** Así mismo el recurrente expresa en el libelo inicial que una vez realizada la liquidación por parte del perito se le ha entregado la cantidad de $37.148,89 rubros relacionados con la terminación unilateral de la relación laboral que ha mantenido con la parte demandada. Por lo indicado por el mismo recurrente el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que ha dictado el fallo en segundo y definitivo nivel y de conformidad con el ordenamiento jurídico que rige las contiendas sujetas a los conflictos colectivos, la sentencia dictada por el indicado Tribunal Superior causó ejecutoria y por tanto autoridad de cosa juzgada en materia colectiva, que por lo que obra de autos además, ha sido ejecutada y por lo expuesto siendo que el punto de litigio s obre el reintegro o reingreso o subsidiariamente el pago de indemnizaciones y bonificaciones por la terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador con respecto al actor y habiéndose cumplido lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, no correspondía iniciar una nueva acción sobre puntos que causaron estado y por tanto cosa juzgada colectiva como en el presente caso. Por lo indicado, en la especie, no se trata de un recurso de casación que provenga de un juicio por ejecución de convenios acerca de conflictos colectivos de trabajo que provengan de reclamaciones por parte del trabajador o empleador en cuanto a sus derechos individuales o particulares, en cuyo caso la competencia está determinada por lo previsto en el art. 491 del Código de Trabajo a través de acciones individuales ante los jueces de trabajo en cuyo caso la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tendría

competencia para resolver el conflicto individual sometido a su conocimiento; sin que exista norma alguna en el ordenamiento laboral colectivo que permita a un Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional pronunciarse sobre los aspectos que han sido materia de ejecución de una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que por su naturaleza jurídica surte efectos de cosa juzgada sustancial; lo cual impide que en procesos posteriores se trate de alterar lo dispuesto y cumplido tanto en el fallo del indicado Tribunal como en la ejecución del mismo. De lo expuesto, queda en claro que de las normas procesales invocadas por el actor de falta de aplicación de los arts. 114, 121 y 165 del Código de Procedimiento Civil, y, por aplicación indebida del art. 297 ibídem, únicamente el art. 165 del Código de Procedimiento Civil es norma de valoración de la prueba; y al no haber constancia procesal de la transgresión de dicha norma del modo que este Tribunal analiza en líneas anteriores, se concluye que no se han vulnerado en forma indirecta las normas sustantivas a las que hace referencia el recurrente; esto es, arts. 95, 185, 188, 233 y 503 de Código del Trabajo; así como de la Cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo. **SEGUNDA ACUSACIÓN:** El recurrente acusa que: "La norma del art. 326 numeral 2 de la Constitución del Estado, que determina como principio esencial en el Derecho Laboral, la garantía de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, ya que cualquier acto en contrario es nulo, la norma del art. 595 del Código de Trabajo que permite la impugnación del acta finiquito como documento liberatorio, más aún cuando contiene renuncia de derechos y violaciones a la ley, el art. 82 de la Constitución de la República que determina la seguridad jurídica más aún en estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuatoriano. Todo ello me ha causado un enorme perjuicio, que espero sea reparado con la casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia que se ha hecho referencia en este recurso". Al respecto se hacen las siguientes observaciones: **3.1.** En relación a la acusación del art. 326.2 de la Constitución se realizan las siguientes puntualizaciones: 3.1.1 Sobre el principio de irrenunciabilidad América Plá Rodríguez considera que es: "(...) la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio". Y al tratar sobre el principio de intangibilidad, al momento de analizar el principio protector y dentro de éste la regla de la condición más beneficiosa sostiene que se trata de un: "Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador". (Los principios del derecho del trabajo, Edición Actualizada, Biblioteca de Derecho Laboral, p. 67 y 40). Principio de intangibilidad que a decir del Tratadista Julio César Trujillo: "...los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, no pueden ser desconocidos o desmejorados por otros convenios, reglamentos, contratos colectivos posteriores" (Derecho del Trabajo, tomo I, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2008, p. 52). Por tanto, para alegar la transgresión de los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos, éstos deben haber sido reconocidos o tratarse de derechos adquiridos, en el presente caso el accionante al haber sido beneficiario de una sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que le reconoce a su favor el pago de indemnizaciones por despido intempestivo, tal derecho es irrenunciable y por tanto siendo que la indicada sentencia ha sido sometida al proceso de ejecución por la autoridad competente para ello, esto es, el Presidente del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, correspondía en esa fase cualquier reclamación y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el derecho a la seguridad jurídica sobre el cual se analizará más adelante y el principio de cosa juzgada en los términos que se analizó con anterioridad. **3.1.2** En cuanto al principio de intangibilidad, el recurrente no realiza ninguna precisión de cómo se pudo haber transgredido este principio, tomando en cuenta los razonamientos que al respecto hace la doctrina, más aun cuando se remite al contenido del art. 595 del Código del Trabajo y no precisa a qué acta de finiquito se refiere el casacionista, lo cual imposibilita cualquier análisis sobre estos aspectos. **3.1.3** En lo relacionado con el derecho a la seguridad jurídica, el art. 82 de la Constitución de la República contempla: *"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":* Institución ésta que a decir de Osvaldo Alfredo Gozaíni, *"(...) se posiciona como garantía entendiendo en su dimensión una escala de valores relativa al orden y previsibilidad de*

situaciones pragmáticas (...) por tanto la seguridad jurídica está condicionada por la vigencia de un mínimo de orden (...) La seguridad jurídica obliga, en consecuencia a dar firmeza, constancia y anticipación de la contingencias de cualquier procedimiento sin exagerar la previsión por el riesgo del sacramentalismo estéril. Se pretende nada más dar permanencia a ciertas pautas relacionadas con el acceso a la justicia; el desarrollo interno del proceso, la celeridad de éste; y en definitiva, a la forma como se alcanza una sentencia con sus contenidos mínimos debidamente motivados" (La Justicia Constitucional, Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p.p. 282, 283". Sobre este derecho, la Corte Constitucional para el período de transición ha señalado: "La seguridad jurídica se relaciona con la idea del Estado de derecho; su relevancia jurídica se traduce en la necesidad social de contar y garantizar con claros y precisos modelos normativos de conducta destinados a otorgar una seguridad de realización de las previsiones normativas. La seguridad jurídica determina las condiciones que debe tener el poder para producir un sistema jurídico (validez y eficacia) capaz de alcanzar sus objetivos, evitando aquellos aspectos del poder que pueden dañar la seguridad del ordenamiento normativo. A través de la seguridad jurídica se garantiza a la persona la certeza y existencia de un operador jurídico competente para que lo defienda, proteja y tutele sus derechos. En este contexto, la seguridad jurídica es el imperio de la Constitución y la ley, el Estado de derechos, donde se regula y se racionaliza el uso de la fuerza por el poder (quien puede usarlo, con qué procedimientos, con qué contenidos, con qué límites); asegura, da certeza y previene en sus efectos". (R.O. Segundo Suplemento, cit p. 22). Por tanto este derecho está garantizado desde la vigencia del primer Código del Trabajo del año 1938 y de la Constitución de 1929 en el concepto de los elementos que caracterizan al Estado de derecho y que con el desarrollo normativo a nivel constitucional y legal se han ido solidificando y distinguiendo con autonomía normativa las instituciones de las reclamaciones laborales individuales de las colectivas con las características y particularidades que se precisó con anterioridad en las cuales existen para cada caso normas previas, claras y públicas que son aplicadas en el juicio individual de trabajo por los órganos jurisdiccionales que tienen competencia en materia laboral y en los conflictos colectivos de trabajo, por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje en primera instancia y por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje en segunda y definitiva instancia, tribunales estos que tienen rango constitucional y que por tanto de una parte gozan de la fuerza normativa que tiene la Constitución de la República; y, de otra, por los elementos que definen el principio de constitucionalidad, lo que hace que la forma de composición de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje estén por sobre cualquier otra norma de orden legal que podría estar en contradicción con aquella. Todo lo cual pone en evidencia que no se constata de autos que en la presente causa se haya producido transgresión alguna de normas constitucionales del modo que indica el recurrente sin realizar precisión es de ninguna naturaleza. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral 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,** en los términos de este fallo no casa la sentencia dictada el 31 de octubre de 2013 las 12h10, por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

VIII

Resolución nro. 378-2015
Juicio nro. 0774-2010

Despido intempestivo propuesto por Yesenia Verónica González Celi, contra de "Empresa Comercial ETATEX CIA. LTDA".

SÍNTESIS

En el juicio por reclamaciones laborales que sigue Yesenia Verónica González Celi, en contra de la Empresa "Comercial ETATEX CIA LTDA", la actora presenta la demanda y manifiesta que ingresó laborando como empleada de mostrador y luego pasó a ser asistente administrativo para la entidad demandada, que su empleadora la despidió, el juez de primera instancia acepta parcialmente la demanda y ordena que se le pague a la actora los valores que ascienden por las indemnizaciones por despido intempestivo, por bonificación por desahucio, proporcional de décimo tercer y cuarto sueldo, proporcional de vacaciones, pago a la remuneración correspondiente a 10 días de trabajo del mes de diciembre del 2010. La entidad demandada inconforme con sentencia de primera instancia, interpone recurso de apelación, el Tribunal de Alzada resuelve en mérito al proceso reformar la sentencia venida en grado y condena al demandado al pago de las remuneraciones que obran en el reporte de sueldos del IESS. Remuneración impaga, Art. 94 del Código del Trabajo, Décimo tercer sueldo, Décima cuarta remuneración, vacaciones, despido y desahucio, rechazando el recurso de apelación por parte de la empresa demandada y ordenando que se cancele los valores antes indicados a la actora más los intereses legales determinados en el Art. 614 del Código del Trabajo, que serán liquidados por el Juez de instancia. Con costas, en el 5% de la liquidación total, se fija el honorario del abogado defensor. Inconforme con esta resolución la entidad demandada interpone Recurso de Casación, en el que manda a reformar la sentencia por una errónea interpretación que incurre el Tribunal de instancia que si bien aplica la norma pertinente al caso, le ha dado un sentido diferente, al ordenar el pago de la fracción del último año que no corresponde para el caso de la bonificación por desahucio consecuentemente procede el caso alegado, por lo que amerita realizar su corrección en casación aplicando como corresponde la norma del caso concreto, por lo tanto casa parcialmente la sentencia impugnada.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DE TRABAJO DE PICHINCHA. Quito, martes 30 de octubre del 2012, las 08h00.

VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa en mi calidad de Juez Primero de Trabajo Encargado mediante Acción de Personal No. 4603 DP-DPP de 05 de octubre del 2012. La señora YESENIA VERÓNICA GONZÁLEZ CELI compare a fs. 1 y 2, y manifiesta que ingresó a laborar en Quito desde el mes de marzo del 2002 en calidad de empleada de mostrador en uno de los locales de Etafashion bajo las órdenes de "COMERCIAL ETATEX CÍA. LTDA.", representada por su dueño, Gerente General y representante legal, el señor WILLIAM MARCOVICI LONGEVER, y la señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA, Gerente de Talento Humano, quien es la persona encargada de la colocación y administración del personal de trabajo de la empresa. Su horario de labores era de 09h00 a 21h30 de lunes a sábado, y los domingos de 10h00 a 20h00, trabajando inclusive los días feriados, que no eran pagados, y las horas extras calculadas a su conveniencia. Su remuneración era de USD 223.00. Luego de 6 años en noviembre del 2008 de forma verbal la señora BOLIVIA ELIZABETH

CAICEDO ARRIETA le manifestó que dejaba de ser empleada de mostrador y pasaba a ser asistente de administración y con esa denominación hasta la actualidad, incrementándosele el salario a USD 270.00, con lo que sumando las horas extras llegaba a percibir USD 500.00 mensuales. El día 08 de diciembre el Jefe de Tiendas, José Luis Puente, le indicó que por orden de la señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA vaya a trabajar a las oficinas, y así lo hizo hasta el viernes 10 de diciembre del 2010 las 15h30, en que la señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA le dijo que no continuara como asistente de administración sino como vendedora en otro lugar del sur, a sabiendas de que se encuentra en período de lactancia y que vive en Calderón, en el sector norte de Quito. Manifiesta que rogó aduciendo que ha trabajado por 8 años en la empresa, que se la estaba degradando a vendedora, pero esto alteró a la señora Caicedo quien le dijo que ya no requería de sus servicios y en forma descomedida le manifestó que estaba despedida, y que era decisión directa de ella y del dueño de la empresa el no permitirle seguir laborando, o si es que quiere, vaya al almacén del Outlet a ver si la reciben, despidiéndole intempestivamente de esta manera. No obstante esto, el día siguiente, sábado, se presentó en el Outlet, donde permaneció hasta el 14 de diciembre del 2010, a donde le llegó una disposición en la cual se le ratificó que estaba despedida y que se vaya de la empresa, y que además no se le iban a reconocer estos días de trabajo. Este hecho, dice, fue constatado por varias personas. Con estos antecedentes demanda al señor WILLIAM MARCOVICI LONGEVER en su calidad de dueño, Gerente y Representante Legal de la empresa "COMERCIAL ETATEX CÍA. LTDA.", y solidariamente a la señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA, Gerente de Talento Humano, por sus propios derechos y en las calidades invocadas, a fin de que en sentencia se les ordene el pago de lo que en 10 literales reclama, fijando la cuantía en USD 11,000.00. Luego del sorteo de ley, correspondió a este juzgado la resolución de la presente causa. Se citó legalmente a los demandados, como consta a fs. 8 y vta., y se llevó a cabo la Audiencia Preliminar el día 31 de enero del 2012 (fs. 9), diligencia a la que concurrieron: la actora YESENIA VERÓNICA GONZÁLEZ CELI acompañada de su defensor el Dr. Marco Endara González, y por la parte demandada la Dra. Evelin Garófalo, Procuradora Judicial del Dr. Luis Iván Nolivos, Procurador Judicial de COMERCIAL ETATEX CÍA. LTDA. El juzgado invita a las partes a conciliar, lo que no es acogido, por lo que se prosigue con la contestación a la demanda, en la que la parte demandada se excepciona negando el despido intempestivo (fs. 24), con lo que se traba la litis. A continuación las partes formulan y solicitan pruebas. Con posterioridad, el 24 de abril del 2012 se lleva a cabo la Audiencia Definitiva (fs. 94 a 97), a la que concurren la actora YESENIA VERÓNICA GONZÁLEZ CELI acompañada de su defensor el Dr. Marco Endara González, y por la parte demandada la Dra. Ana Lucía Rasero, Procuradora Judicial del Apoderado General Dr. Luis Iván Nolivos". Procurador Judicial de COMERCIAL ETATEX CIA. LTDA., y ésta representada por el señor WILLIAM MARCOVICI LONGAVER, No concurre la otra demandada señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO. En esta diligencia se recibe la declaración de los testigos de la parte actora: Robert Lenin Ortega Naranjo, Mónica Fernanda Troya Pachacama y Cecilia Esperanza Tibanta Legna, así como la Confesión Judicial y el Juramento Deferido de la actora. No es posible recibir la Confesión Judicial de los demandados, por lo que al ser requeridos y debido a su ausencia, a solicitud de parte, se declara confesos a los señores: WILLIAM MARCOVICI LONGAVER y BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO, al tenor de los pliegos de preguntas que son calificadas y constan a fs. 100 y 101 del expediente, con fundamento en el art. 131 del Código de Procedimiento Civil (fs. 95). Las partes presentes alegan en derecho de manera verbal y lo hacen además por escrito. 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, 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.-** Es obligación de las partes de conformidad con lo que determinan los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, probar sus afirmaciones.- **TERCERO.-** En la presente causa hay dos puntos esenciales a dilucidar y estos se refieren a la existencia o no del Despido Intempestivo, y en segundo lugar al cumplimiento de las obligaciones laborales consecuentes del empleador. No se ha cuestionado la relación laboral. Consta a fs. 30 copia certificada del Carnet del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS en donde aparece que ingresó a trabajar para ONLI S. A. el 16 de marzo del 2002 y así

lo certifica el IESS a fs. 93, que concluyó el 30 de abril del 2008. Luego, como consta a fs. 104 figura el contrato de trabajo que con fecha 01 de mayo del 2008 que firmaron COMERCIAL ETATEX C.A. con la trabajadora, constando en los antecedentes la regularización de la relación contractual de intermediada a directa, en aplicación del Mandato Constituyente No. 8 con la continuidad detallada a fs. 87 respecto de los aportes patronales, en este caso de ONLI S. A. a COMERCIAL ETATEX C.A.- **CUARTO.-** Respecto del Despido Intempestivo la trabajadora manifiesta que el día viernes 10 de diciembre del 2010 a eso de las 15h30 aproximadamente, la señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA, quien figura como administradora de ONLI S. A. (fs. 84), y ejercía las funciones de Gerente de Talento Humano de COMERCIAL ETATEX C.A., hecho que no lo ha negado en el proceso, le manifestó (fs. 1 vta.) que: "estaba despedida y que era decisión directa de ella y del dueño de la empresa el no permitirle seguir laborando", y que luego al ir a laborar en el Outlet, de allí le enviaron a ventas en donde se le ratificó que estaba despedida. Este particular es refrendado por dos de los testigos que estuvieron presentes en dichas circunstancias. Al contestar la pregunta 6 que inquiere: "Diga el declarante cómo es verdad que el día viernes 10 de diciembre del 2010, a eso de las 15h30, entre gritos e insultos, fui despedida intempestivamente por la señora Bolivia Caicedo, Gerente de Talento Humano", el señor Robert Lenin Ortega Naranjo responde: "Sí, yo trabajaba cerca de la oficina de la señora y escuché". La señora Cecilia Esperanza Tibana Legna responde: "Sí, ella le gritó en forma grosera y déspota, sí es verdad lo que se me pregunta, me constó, yo estuve ese momento". No obstante esto y de manera decisiva, cabe señalar que los demandados señores: WILLIAM MARCOVICI LONGAVER y BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA, fueron citados a confesar judicialmente y se resistieron a hacerlo, por lo que la actora cuenta a su favor con la Confesión Ficta de los demandados. El valor de esta prueba es indudable y respecto a ella el tratadista Hugo Alsina en su obra: "Derecho Procesal Civil. Parte Procedimental", México, mayo 2001, página 107, dice que: "ha sido considerada en todos los tiempos como la prueba más completa, suficiente por sí sola para tener acreditados los hechos sin requerir otros elementos de juicio. En el Derecho Romano, cuando se confesaba ante el magistrado, este no remitía a las partes ante la presencia del Juez, porque según el aforismo *"confessus pro indicato habetur"* no era necesaria la sentencia, ya que la confesión producía los efectos de esta", de manera que el aporte que da al proceso la confesión de parte, no solo que permite obtener a reproducción de los hechos como sucede en una declaración testimonial, sino que tiene el mayor valor probatorio, porque es el testimonio que rinde una persona sobre los hechos que conoce, y además han sido ejecutados por sí mismo, de ahí que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece que si no asiste a contestar las preguntas que corresponda, será tenido por confeso, anotando que en materia laboral existe un solo señalamiento bajo prevenciones de ley. La no comparecencia a declarar de los demandados en este caso, evidencia su reticencia a cumplir las disposiciones del Juzgado, lo que provoca la declaratoria de confesos, que se produce porque: a) existe la petición del actor para que se los llame a confesar; b) se les ha citado bajo apercibimiento de declararlos confesos; c) no hay justificación de la inasistencia; y, d) obra la declaratoria de confesos a fs. 95 del expediente. En la especie, esta prueba obra en contra de la demandada señora BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO, a quien en la pregunta 6 (fs. 100) se le inquiere: "Diga la confesante cómo es verdad que usted el 10 de diciembre del 2010 en su oficina me dijo que ya no requería de mis servicios, que era decisión suya y del dueño de la empresa y que estaba despedida", lo que implica que habiendo sido declarada confesa, la respuesta se toma afirmativamente en favor de la actora, hecho que llega a constituir aceptación del despido, probándose de esta manera que éste se produjo el día 10 de diciembre del 2010 a las 15h30 de manera irrefutable, por lo que probado el Despido Intempestivo, debe el empleador asumir su responsabilidad inherente a las indemnizaciones consecuentes.- **QUINTO.-** Respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales reclamadas por la trabajadora es menester precisar que en la audiencia preliminar la parte actora solicitó la exhibición de determinada documentación por parte de los demandados. Consta a fs. 9 que el juzgado dispuso: "Señálase para el día 06 de marzo de 2012 a las 08h45 para que la parte demandada exhiba (pedidos 13 a 18)". Consta a fs. 73 vta., una razón del secretario en la que en esa fecha certifica: "Presentado el día de hoy, seis de marzo de dos mil doce, a las ocho horas con quince minutos, conjuntamente con dos copias de ley. Adjunta documentos en treinta y tres fojas.-

Certifico". Efectivamente de fs. 35 a 67 constan las 33 fojas, evidenciándose que el Secretario recibió dicha documentación sobre la que preparó una providencia para el juez en la que el día 19 de marzo se dispone agregarla al proceso. Esta actuación ilegal del secretario a fs. 74 ha sido impugnada por la parte actora con entera razón, máxime si el secretario incluso, no sienta razón alguna de la diligencia de exhibición de documentos que el juzgado había dispuesto para las 08h45, pese a que el actor le solicita sentar razón de la inasistencia de la parte demandada a la diligencia dispuesta en fechas y hora determinadas. Esta actuación indebida del secretario, como de la parte demandada, vician la calidad probatoria de la documentación presentada por extemporánea, pues tanto la defensa de la parte demandada como el secretario son conocedores del derecho y no ignoran que la prueba debió presentarse con la demanda, o la audiencia preliminar, o en la exhibición dispuesta por el juzgado, actuar de manera diferente, evadiendo lo señalado, solo acarrea su nulidad, pues el art. 117 del Código de Procedimiento Civil es claro al disponer que: "Art. 117.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio", por lo que el juzgador desecha la prueba presentada por la parte demandada y que consta en el expediente de fs. 35 a 67.- **SEXTO.-** La parte demandada a fs. 24 se excepciona expresando que niega el despido intempestivo que alega la actora. Este hecho se analiza en el considerando cuarto, y por las razones allí expresadas se rechaza la excepción propuesta. 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 traba]ador. La Constitución de la Republica en los Arts. 325, 326, 327 consagra los principios de derecho social que rigen las relaciones entre empleadores trabajadores, a quienes las autoridades están obligadas a tutelarlos. Esto se ratifica en los Arts. 5 y 7 del Código del Trabajo. Establecida la relación laboral y de conformidad a lo prescrito en el numeral 1 del art. 42 del mismo Código, como la parte demandada no ha demostrado el pago de los derechos y beneficios que correspondían a la trabajadora, a falta de prueba de pago o solución, está obligada a satisfacer las reclamaciones efectuadas en el libelo inicial. Se tendrá en cuenta la relación laboral desde el 16 de marzo del 2002 al 10 de diciembre del 2010 y la última remuneración de USD 270.00 del Juramento Deferido. Por lo expuesto, se liquida la pretensión de la demanda, ordenando lo siguiente: a) Se ordena el pago de la indemnización por Despido Intempestivo de acuerdo al art. 188 del Código del Trabajo: 270.00x9: USD 2,430.00.- b) Se acepta el pago de la bonificación por falta de desahucio prevista en el art. 185: 67.50 x 8: USD 540.00; c) Se acepta el pago de proporcionales de décimo tercer sueldo: USD 7.30: décimo cuarto sueldo: USD 80.50, subtotal: USD 87.80; d) Se acepta el pago del proporcional de vacaciones no gozadas en el último año de trabajo: USD 105.75; f) Se niega el pago de utilidades por no haberlo probado en el proceso y ser imprecisa la pretensión; g) Se acepta el pago de la remuneración correspondiente a 10 días de trabajo del mes de diciembre del 2010, por no haberlo probado el demandado en el proceso: 90.00 + 270.00 = USD 360.00; h) Se niega el pago de horas extraordinarias y suplementarias por no haberlo probado en el proceso y ser imprecisa la pretensión; i) La liquidación de Fondos de Reserva deberá reclamarla por cuerda separada al IESS, habida cuenta que la trabajadora sí estuvo afiliada y no hay evidencia de su uso. Total a pagar: USD 3,523.55. Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta parcialmente la demanda y se ordena que la empresa COMERCIAL ETATEX CÍA. LTDA., a través de su Gerente General y Representante Legal WILLIAM MARCOVICI LONGEVER y BOLIVIA ELIZABETH CAICEDO ARRIETA, y esta por sus propios derechos, solidariamente, paguen a la señora YESENIA VERÓNICA GONZÁLEZ CELI los valores que ascienden a USD 3,523.55 (TRES MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS 55/100 DOLARES) por las indemnizaciones y derechos laborales reconocidos en el considerando Sexto de esta sentencia, con los intereses legales contemplados en el art. 614 del Código del Trabajo en los rubros que corresponda, que se liquidarán al momento de la ejecución de la sentencia. Con costas, se regula en el 5% los honorarios de la defensa de la actora.- **Notifíquese.**

f) Dr. Jose Rafael Núñez Rodas, Juez Primero de Trabajo Encargado.

RECURSO DE APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Julio Arrieta Escobar

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, viernes 19 de abril del 2013, las 10h00.
VISTOS. En el juicio oral de trabajo que sigue Yesenia Verónica González Celi en contra de William Marcovici Longever, Representante Legal de "COMERCIAL ETATEX" CIA. LTDA. (Etafashion) y solidariamente a Bolivia Caicedo Arrieta, a quienes también demanda por sus propios derechos, la COMPAÑÍA accionada, inconforme con la sentencia dictada por el Juez Primero de Trabajo Encargado de Pichincha, que acepta parcialmente la demanda, interpone recurso de apelación y se adhiere la demandada, adhesión que ha sido indebidamente interpuesta e ilegalmente concedida por contrariar lo dispuesto en el art. 609 del Código del Trabajo, porque se la niega. Radicada la competencia en la Sala por el sorteo de Ley, para resolver se considera: **PRIMERO.-** Se ha dado a este juicio el trámite de Ley y no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, por lo que se declara la validez procesal. **SEGUNDO.-** Yesenia Verónica González Celi, comparece a fs. 1 - 2 y manifiesta que, desde el mes de marzo de 2002, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales, primero en calidad de empleada de mostrador por el lapso de unos seis años, en uno de los locales de Etafashion, en esta ciudad de Quito, bajo las órdenes y dependencia de "COMERCIAL ETATEX" CIA. LTDA., representada por su dueño, Gerente General y representante legal señor William Marcovici Longever y la señora Bolivia Caicedo Arrieta, Gerente de Talento Humano, que es la encargada de la colocación y administración del personal de trabajo de dicho empresa. Que el horario y su remuneración son las que detalla en su demanda. Que en noviembre del 2008, Bolivia Caicedo le dispuso ser asistente de administración, desempeñándose hasta la actualidad como Asistente de Administración. Que el 8 de diciembre, el Jefe de tiendas José Luis Puente, le ha manifestado que por orden directa de Bolivia Caicedo, vaya· a las oficinas porque ahí tenía que trabajar, desconociendo el puesto donde iba a laborar. Que en todo caso trabajó hasta el viernes 10 de diciembre del 2010 a eso de las 15h30, fecha en que Bolivia Caicedo, le ha dispuesto que vaya a trabajar de vendedora en un almacén del Quicentro Sur, que al indicarle que vivía en Calderón y que reconsidere esta decisión, le ha dicho que ya no requiere de sus servicios, además manifestándole que "estaba despedida y que era decisión directa de ella y del dueño de la Empresa el no permitirme seguir laborando", porque según dijo "usted es una chica problema y no le quieren en ninguna sucursal de Etafashion, nadie quiere trabajar con usted porque divide al grupo, así es que váyase que ya no le quiero ver en las oficinas, ni en la empresa, o si es que quiere vaya al almacén de Oulet a ver si le reciben", despidiéndole de esta manera intempestivamente, que al solicitarle le pague la liquidación, le ha indicado que le pagaría cuando ella quiera y que este pendiente que en algún momento se ha de acordar de pagarle. Que en el Oulet se ha presentado el sábado, permaneciendo hasta del 14 de diciembre del 2010, donde ha llegado una disposición, ratificando que esta despedida y que se vaya de la empresa.- Con estos antecedentes, demanda el pago de prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral. Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, esta se realiza el 31 de enero del 2012, (fs. 9), acto seguido la empresa demandada a través de su procurador judicial contesta la demanda, no así la demandada Bolivia Caicedo Arrieta, quien no asiste a la audiencia, actitud procesal que se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el art. 580 del Código del Trabajo, acto seguido los comparecientes formulan las pruebas pertinentes y el señor Juez Adjunto de Instancia, señala día y hora para la audiencia definitiva, la que se efectúa el 24 de abril del 2012 (fs. 94-97), concluida la diligencia, se ha dictado la resolución recurrida. **TERCERO.-** Presupuesto fundamental en esta clase de juicios es la existencia del contrato de trabajo en los términos del art. 8 del Código de la Materia, pues de él nacen los derechos y obligaciones entre las partes, nexo que ha sido admitido expresamente por la procuradora judicial de la empresa demandada y corroborada con los instrumentos agregados a los autos. **CUARTO.-** En materia Laboral evidenciado el nexo obrero patronal, se invierte la carga de la prueba y le corresponde al empleador según el art. 42 No.1 del Código de la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Materia, demostrar el cumplimiento de las obligaciones, por lo que a falta de prueba de pago se ordena se cancele lo siguiente: 1.- La remuneración de los diez días de diciembre de 2010, más el triple de recargo previsto en el art. 94 del Código Obrero; 2.- El décimo tercer sueldo, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2009 al 10 de diciembre de 2010, ya que del informe empresarial de la décima tercera remuneración, se desprende que la trabajadora no cobro ese rubro; 3.- La décima cuarta remuneración, desde agosto de 2010 al 10 de diciembre de este año; y, 4.- Las vacaciones, por el último año de trabajo. **QUINTO.-** En lo referente al despido intempestivo, se advierte: 1.- La demandante en su primer escrito afirma que, fue despedida intempestivamente el 10 de diciembre de 2010 a eso de las 15h30m, por la Gerente de Talento Humano, Sra. Bolivia Caicedo. 2.- 2.- 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.- El tratadista América 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). 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). En tanto que, 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 Techos (Grupo Amazonas; S.A.), 2000, Madrid, pp. 461 y 462). A su vez 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, por medio del cual el empleador pone fin a la relación laboral. 3).- En la especie, la actora a fin de justificar su aserto solicita la confesión de los demandados, a quienes se les declara confesos por no asistir a rendir sus declaraciones, por lo que en virtud de lo dispuesto en el inciso final del art. 581 del Código del Trabajo, se dan por afirmativas la respuestas a las preguntas 6 y 7 del escrito de fs. 100, y 1pregunta 3 del pliego de absoluciones solicitadas al señor William Marcovici, que tienen relación con el despido del que fue objeto la trabajadora. De otro lado, consta en autos el aviso de salida del IESS, donde se hace constar en lo referente a "Causa" y "Observación": "Renuncia voluntaria", sin que obre en autos tal renuncia. En consecuencia se produjo el despido intempestivo, por lo que, procede el pago de la indemnización y bonificación previstas en los Arts. 188 y; 185 del Código del Trabajo. **SEXTO.-** Toda vez que la demandante se conformó con el fallo de primer nivel no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre los pedidos que le fueron negados. **SÉPTIMO.-** Para el cálculo de las obligaciones e indemnización se tendrá como tiempo de servicio el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 2002 al 10 de diciembre de 2010, según el informe de crédito de fs. 25 y como remuneraciones las que obran en el reporte de sueldos del IESS, siendo su ultima la del mes de noviembre de 2010 que es de USD $ 319.50 **LIQUIDACIÓN:** 1.- Remuneración impaga: USD $ 100; 2.- Art. 94 del Código del Trabajo: USD $ 300; 3.- Décimo tercer sueldo: USD $ 453,20; 4.- Decima cuarta remuneración USD $ 80.50; 4.- Vacaciones: USD $ 226,60; 5.- Art. 188 Ibídem: USD $ 2.875,50; 6.- Art. 185 ibídem: USD $ 710. TOTAL: USD $ 4.745,80. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, **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 apelación y en virtud del principio constitucional previsto en el art. 326 numeral 2 de la Constitución de la República de que "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles.", y art. 5 del Código del Trabajo, se ordena que la parte demandada en la forma que ha sido requerida pague a Yesenia Verónica González Celi, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS. Con intereses, en conformidad con el art. 614 del Código del Trabajo, que serán liquidados por el Juez de Instancia al momento de la ejecución de la sentencia. Con costas, en el 5 % de la liquidación total, se fija el honorario del abogado defensor del actor. En estos términos se confirma la resolución subida en grado. **Notifíquese.**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, Jueza Presidenta; Dr. Julio Arrieta Escobar, Juez; Dr. Oscar Chamorro, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0999-2013

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LABORAL. Quito, viernes 17 de julio del 2015, las 14h03.-

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES

En el juicio laboral seguido por Yessenia Verónica González Celi en contra de William Marcovici Longever en su calidad de dueño, gerente general y representante legal de la empresa Comercial Etatex Cía. Ltda., y subsidiaria y solidariamente responsable a la ciudadana Bolivia Caicedo Arrieta Gerente de Talento Humano, por sus propios derechos y en las calidades invocadas, la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictó sentencia el 19 de abril de 2013, a las l0h00, en la que rechaza el recurso de apelación y ordena que la parte demandada pague a la trabajadora USD $ 4.745.80. Inconforme con dicha resolución la demandada interpuso recurso de casación, una vez admitido a trámite en auto de fecha 2 de julio de 2014, a las 10h30, emitido por la Sala de Conjueces, pasó previo sorteo a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional.

Siendo el estado procesal el de resolver, al hacerlo se considera:

2.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por jueces nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el pleno para actuar en esta Sala de lo Laboral, por resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013, relativo al cambio en la integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia; así como por la Resolución No. 1-2015 de 28 de enero de 2015, y en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra de fojas 5 del último cuaderno, realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ). 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 adelante CRE), 191.1 del COFJ, 1 de la Ley de Casación (en adelante LC) y 613 del Código del Trabajo (en adelante CT).

3.- NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS, CAUSALES ALEGADAS POR LA CASACIONISTA, Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En el caso sub júdice, la recurrente impugna la sentencia dictada por el tribunal de alzada por las causales 1 y 4 del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación de la norma de derecho contenida en el art. 185 CT y precedentes jurisprudenciales; y porque la sentencia resuelve lo que no fue materia del litigio. La fundamentación se contrae a los siguientes puntos:

3.1.- Por causal primera acusa: Que existe errónea interpretación de la norma de derecho contenida en el art. 185 CT, toda vez que, si la última remuneración como establece el fallo es de USD $ $ 319.50, el veinticinco por ciento es USD $ 79.87, si ese valor se multiplica por 8 años, da el total de USD $ 638.96 y no de los USD $710 fijados por el Tribunal ad quem; recalca que se trata de un error en la interpretación de la norma, por cuanto se debió ordenar el pago de cada año completo trabajado, y no de meses ni días. En este sentido se erró en la interpretación de esta norma de derecho al ordenar el pago de la bonificación por desahucio considerando los meses y los días, cuando solo debieron considerar los años.

3.2.- Por causal cuarta: Manifiesta que la actora en su demanda solicita el pago de tres remuneraciones por concepto de indemnización por despido intempestivo, sin embargo el Tribunal ad quem le concede ocho remuneraciones, incurriendo de esta manera en la causal cuarta del art. 3 LC por el vicio de ultra petita, pues los cinco años restantes salen de la órbita de lo pedido, lo que implica que hay exceso, porque se resolvió más de lo pedido, sin que se pueda escudar en el principio in dubio pro operario como se pretende .

4.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1 En materia laboral, este recurso tiene una particularidad especial, pues al tratarse de una rama del Derecho Social, el derecho al trabajo goza de protección especial, a través de reglas y principios consagrados en la Constitución y en la Ley a los que, si es el caso, hay que recurrir al momento de interpretar y aplicar las normas positivas.

De acuerdo con nuestra Constitución, el trabajo es un derecho y un deber social, fuente de realización personal y base de la economía, derecho que se sustenta en principios fundamentales como los de irrenunciabilidad e intangibilidad, sancionando con la nulidad toda estipulación que contravenga el sentido y espíritu que guía a estos principios.

En este contexto, el recurso de casación esta precedido de un interés social y público que se refleja en un interés privado posterior, además de perseguir la defensa de la ley sustantiva, y salvaguardia del derecho aplicado en cada caso en particular y en los diferentes procesos, propende a la unificación de la jurisprudencia para garantizar la seguridad jurídica, enmienda los daños causados a las partes provenientes de la sentencia materia del recurso, restableciendo el o los derechos violados, pues su misión primordial es enmendar el arbitrio, abuso, exceso, o agravio inferido por la sentencia al ordenamiento jurídico del Estado.

4.2 Por el principio dispositivo, el recurrente es quien fija los límites de desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional del tribunal de casación, en la labor de control de constitucionalidad y legalidad del fallo a él asignada, proceso que se verifica mediante un cotejamiento riguroso y técnico, que el juez/a hace entre el fallo impugnado y el ordenamiento jurídico vigente, fundamentalmente la constitucionalidad o conformidad del sistema normativo, en virtud del principio de supremacía constitucional previsto en el art. 11 numerales 3 y siguientes, en relación con los arts. 424 y 425 CRE.

5. ANÁLISIS MOTIVADO DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES FORMULADAS

5.1. Sobre la causal cuarta del art. 3 LC alegada por la casacionista: esta causal configura los vicios de disonancia o incongruencia en la sentencia, en los puede incurrir el juez/a al resolver el asunto controvertido, y se expresa a través de la siguiente regla:- 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-. Estos vicios improcedendo por violación directa, se producen según la doctrina por: Resolución en la sentencia o auto de lo que no fue materia del litigio, que a su vez comprende: i) Más allá de lo pedido (ultra petita) o, ii) Lo que no fue pedido (extra petita); y, iii) La omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis (infra o citra petita). En cualquiera de estos supuestos, se ha de señalar con precisión y claridad en que consiste el error cometido.

5.2.- Ahora bien, el principio de congruencia que rige en toda sentencia, consiste en que ésta debe dictarse en concordancia con el libelo inicial y la contestación a la demanda -formulación de la litis-; y que no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. Al primero lo llamamos congruencia externa que da lugar a los errores previstos en la causal cuarta; y al segundo, la congruencia interna, que da lugar a los errores previstos en la causal quinta.

5.3 En la especie, la incongruencia reclamada corresponde a la llamada externa (el juez/a ha concedido más de lo pedido), toda vez que la recurrente manifiesta en lo sustancial que, habiendo la actora solicitado en su libelo inicial tres remuneraciones por concepto de indemnización por despido intempestivo, el Tribunal ad quem le concede ocho remuneraciones. Lo que implica según dice, un exceso por cuanto se resolvió más de lo pedido.

5.4 Teniendo en cuenta estos lineamientos, le corresponde al Tribunal de la Sala establecer, si el juzgador de instancia incurrió en el yerro de actividad que imputa la recurrente, es decir de "ultra petita", cargo a la sentencia que la recurrente acusa al amparo de esta causal.

Al efecto este Tribunal considera:

5.4.1.- La doctrina ius laboralista, en relación a la característica tutelar del Derecho del Trabajo, ha establecido un conjunto de derechos y principios que son indisponibles, y que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no puede haber contradicción entre estos y los preceptos legales. Al respecto, ha señalado que: [El Derecho del Trabajo como derecho imperativo y garantía constitucional, al regular las relaciones entre el capital y el trabajo, se dirige, por una parte, a cada patrón y a cada trabajador, en ocasión de las relaciones que establezcan y, por otra, al Estado, en cuanto le obliga a vigilar que las relaciones se formen y gobiernen por los principios contenidos en la Ley y en las normas que le son supletorias, (…) Sin este carácter imperativo que se manifiesta en esta doble dirección de la norma, no sería el Derecho del Trabajo un mínimo de garantías ni llenaría su función; pues si la idea de garantía, sea individual o social, hace referencia a aquellas normas, cuya observancia se considera esencial para la realización de la justicia; dejarlas encomendadas a la voluntad de trabajadores y patronos equivale a destruir su concepto, como principio de cuya observación está encargado el Estado.]

Es decir, que debido al carácter esencialmente tuitivo de la normativa laboral, al inspirarse en el principio de igualdad, responde al objetivo de instaurar un amparo preferente al trabajador frente a los eventuales abusos de que pueda ser objeto, lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de garantizarle un mínimo de bienestar individual y familiar con el propósito de que prevalezca su dignidad humana.

La efectividad de estos derechos no es un asunto que únicamente concierne al trabajador, sino que también compromete a los empleadores, al legislador y demás autoridades, incluyendo las encargadas de impartir justicia en materia laboral.

5.4.2 Los principios jurídicos del Derecho Laboral deben entenderse como, [Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos ...].

Estos principios son construcciones teóricas que no se inducen de la aplicación del ordenamiento jurídico, al contrario, se deducen de la razón y de las exigencias de la justicia; su aplicación permite distinguir lo justo en el caso concreto.

5.4.3 Sentados estos presupuestos, se comprenderá que la irrenunciabilidad implica, "[...] la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio [...]. La irrenunciabilidad es pues el medio que el legislador emplea, para resguardar al trabajador contra sí mismo, pues el estado de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

necesidad puede colocarle en situación de vulnerabilidad y riesgo frente al ejercicio de sus derechos. De ahí la naturaleza imperativa de las normas laborales pues responden a este propósito, esto es, que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de los destinatarios.

Resulta importante citar lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana en reiterados fallos, respecto a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador:

[Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo.

5.4.4.- Otro de los pilares en los que sustenta el derecho del trabajo es el principio protector, que sirve de guía en la aplicación de estas normas. El fundamento de este principio radica en lo siguiente, [… si el legislador se ha propuesto establecer por medio de la ley un sistema de protección del trabajador, el intérprete de ese derecho se debe colocar en la misma orientación del legislador, buscando cumplir el mismo propósito...].

En la doctrina se considera que este principio en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, lo que busca establecer, es un amparo preferente en favor de una de las partes, el trabajador; [… atenuar los rigores excesivos del derecho individual, en consideración al interés social...].

Principio que en cuanto a las formas de aplicación, esto es las maneras en que se expresa y concreta, la opinión generalmente aceptada por la doctrina se inclina por tres reglas a saber: a) La indubio prooperario, criterio según el cual el juez o el intérprete entre varios sentidos posibles de interpretación de una norma, debe optar por aquel que sea más favorable al trabajador; b) La regla de la norma más favorable; y, c) La regla de condición más beneficiosa.

5.4.5.- En nuestro ordenamiento Jurídico, la Constitución de la República del Ecuador consagra al trabajo como un derecho. Entre los principios en los que se sustenta, tenemos que, -los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario-, en concordancia con lo estatuido en el código de la materia; la norma suprema también previene, que las autoridades administrativas y judiciales, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En armonía con estos postulados, por el derecho a la -Tutela judicial efectiva- y el principio en el que se inspira, el juez/a tiene el deber fundamental de garantizar la protección de estos derechos, cuando sean reclamados por sus titulares, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y los méritos del proceso; en cumplimiento además del deber de protección que los funcionarios judiciales deben al trabajador, para la garantía y eficacia de sus derechos.

De este primer análisis podemos concluir que en materia de derecho social, las normas deben aplicarse con cierta flexibilidad, a la luz de estos principios, de tal suerte no afecten derechos sustanciales.

5.5.- Análisis del caso concreto, en relación a la causal 4 de la Ley de Casación:

La recurrente en lo sustancial al formular este cargo a la sentencia alega, que habiendo la actora solicitado en su libelo inicial tres remuneraciones por concepto de indemnización por despido intempestivo, el Tribunal *ad quem* le concede ocho remuneraciones, por lo que hay error en la sentencia al resolver más de lo pedido.

5.5.1.- En el marco de este análisis, para verificar la acusación, debemos confrontar la pretensión y excepciones con la sentencia. Así tenemos, que la litis se trabó sobre los siguientes puntos a saber: La actora en su libelo inicial en los fundamentos de hecho expresa: "Desde el mes de marzo del 2002, ingresé a laborar y a prestar mis servicios lícitos y personales, primero en calidad de empleada de mostrador por el lapso de unos seis años, en uno de los locales de Etafashion, en la ciudad de Quito, bajo las órdenes y dependencia de "Comercial Etatex" Cía Ltda. (Etafashion);" más adelante señala: "[…] posteriormente a estos 6 años, en noviembre del 2008, de forma verbal la señora Bolivia

Caicedo me manifestó que dejo de ser empleada de mostrador y paso a ser asistente de administración [...]." Tras señalar la forma en que fue despedida indica: "[...] prácticamente rogándole le pedí que reconsidere esta decisión ya que todos estos 8 años he venido trabajando en la empresa y que no era justo que se me degrade a vendedora [...] después de ser ascendida a trabajos de oficina" y agrega: "[...] al solicitarle que me pague mi liquidación y mis haberes por todo el tiempo de trabajo, (esto es por aproximadamente 9 años tomando en cuenta mi última remuneración (500 USD) [...]".

Con estos antecedentes según sostiene, habiéndose configurado el despido intempestivo, fundamentada en los arts. 181, 188 y 189 CT, demanda entre otros rubros: "a) El pago de la Indemnización por Despido Intempestivo, conforme lo dispuesto en el art. 188 CT, equivalente a tres remuneraciones". Al contestar la demanda las accionadas en el escrito contentivo de las excepciones presentadas manifestaron: [Niego el despido intempestivo que alega la actora.], sin objetar el tiempo de duración de la relación laboral.

5.5.2.- Los señores Jueces de instancia luego de valorar la prueba presentada y fijar los hechos que han sido probados, en la parte final del considerando "QUINTO.-" de la sentencia, concluyen: [En consecuencia se produjo el despido intempestivo, por lo que, procede el pago de la indemnización y bonificación previstas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo.]; y luego en el considerando "SEPTIMO.-" establecen, [Para el cálculo de las obligaciones e indemnización se tendrá como tiempo de servicio el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 2002 al 10 de diciembre de 2010, según el informe de crédito de fs. 25 y como remuneraciones las que obran en el reporte de sueldos del IESS, siendo su última la del mes de noviembre de 2010 que es de USD $ 319.50...]; sobre esta base proceden a liquidar los valores que se manda a pagar, incluida la indemnización por despido intempestivo prevista en el art. 188 CT, por todo el tiempo de la relación laboral.

Interpuesto por la parte demandada el recurso horizontal de aclaración de la sentencia -y la corrección de los errores de cálculo-, alegando que se ha mandado a pagar más de lo pedido por concepto de esta indemnización, el Tribunal responde que lo ha hecho en virtud del principio indubio pro-operario del Derecho Procesal, cita como fundamento la declaratoria del Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre la inconstitucionalidad de la norma que prohibía al juez fallar ultra petita, esto es a favor del trabajador, -concediéndole derechos mayores a los reclamados en la demanda, -siempre que de ellos aparecieren del proceso"; criterio que según refieren, ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia en dos fallos que traen a colación, citando así mismo un extracto que dice: [...Admitido el despido intempestivo por los fallos de primera y segunda instancia, es obligación del juez reconocer a favor del trabajador todas las consecuencias jurídicas de dicho despido, una de las cuales por derecho es la jubilación patronal prescrita en el art. 221 del Código del Trabajo, aunque no haya sido expresamente reclamadas en la demanda, porque la Constitución invoca los principios del Derecho Social como parámetro necesario para aplicación de las leyes laborales.]

5.5.3.- De lo expuesto se advierte, que el Tribunal de alzada al resolver el recurso, no ha incurrido en el yerro de ultra petita alegado, pues en la motivación del fallo se apela a principios que rigen en esta materia, como el de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, el de la interpretación más favorable de las normas, que se expresan en los criterios vertidos en las sentencias expedidas tanto por la justicia constitucional como por la ordinaria, que en lo sustancial lo que propugnan en base a estos principios es que, -probado en juicio el hecho del despido intempestivo-, salvando en este caso, el error en el que incurre la defensa técnica al limitar esta reclamación a un tiempo menor al que aparece de los hechos probados y que se desprende del contexto de la demanda, los señores Jueces han considerado, que no hay razón que justifique negar a la trabajadora, el reconocimiento de todas las consecuencias jurídicas que derivan de él, siendo imperativo para el juez/a este reconocimiento.

Refiriéndose a esta facultad del juzgador, la doctrina del Derecho Procesal Laboral sostiene: [Por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección de los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el Derecho Procesal del Trabajo admite pues, la posibilidad de un fallo que, despojándose de ataduras formales excesivas, desborde lo demandado.]

Pronunciamientos a los que se adhiere este Tribunal, pues representan un avance en la interpretación y aplicación de las normas del derecho, social, a la luz de los rectores en los que se inspiran, que lo buscan como habíamos visto, es la protección de derechos laborales en base a una interpretación

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

eficaz y adecuada de las normas, de manera que al salvar las omisiones insustanciales, permita su realización efectiva, respetando por cierto el ordenamiento jurídico instituido, que en este caso, de ninguna manera ha sido vulnerado, pues el fallo de los señores Jueces y Jueza del Tribunal, cuenta con la motivación y justificación necesarias para sostener este criterio, que en las circunstancias del caso concreto es acertado, pues al aplicar la norma que corresponde a los hechos probados (art. 188 CT, indemnización por despido) y conceder este derecho, no se exceden en la pretensión demandada, simplemente al reconocer las consecuencias jurídicas que derivan del despido, lo que se ha hecho, es cuantificar la indemnización por el tiempo que efectivamente le corresponde a la trabajadora; tanto más que la pretensión es precisamente que se ordene el pago de la indemnización prevista en el art. 188 CT.

5.5.4.- Adicionalmente y en la misma línea de análisis, este Tribunal de la Sala considera oportuno precisar y dejar sentado su criterio a través del siguiente pronunciamiento: Si partimos del hecho que el cargo formulado a la sentencia no ataca el derecho de la trabajadora, sino la cuantificación de la indemnización por despido, consideramos que esta cuestión es distinta y ajena al control de legalidad asignada a este Tribunal de casación, pues el punto de discusión si bien alude a un supuesto exceso en la sentencia porque según la recurrente, [… se resolvió más de lo pedido y ese exceso no puede escudarse en el principio in dubio prooperario como pretende la Sala.], este hecho deviene de la aplicación de normas y principios de carácter sustantivo o material que emanan de la Constitución y la ley, en las que a criterio de los juzgadores de instancia se subsumen los hechos probados; dicho de otra manera, si no está en discusión la existencia del despido intempestivo, ni el tiempo de duración de la relación laboral, sino el monto de la indemnización, que según la casacionista debía limitarse a lo demandado (tres años), a diferencia de los demás rubros que se liquidan tomando como base el tiempo de servicios fijado en la sentencia por el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 2002 al 10 de diciembre de 2010, y sobre los cuales no hay objeción. En consecuencia y en virtud de todo lo expuesto, no se configura el vicio de incongruencia que se acusa a la sentencia, pues no se ha decidido lo que no fue materia del litigio, simplemente el pago de esta indemnización se practica como corresponde, por el tiempo de servicio establecido. Por lo que se declina este cargo a la sentencia.

5.6.- Análisis sobre los cargos formulados por la casacionista, al amparo de la causal 1. del art. 3 de la Ley de Casación.

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 a 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 produce por tres diferentes tipos de infracción, esto es, por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente.

5.6.1.- En el caso sub lite, en relación a este cargo a la sentencia, la recurrente alega errónea interpretación del art. 185 CT, en virtud de que el Tribunal Ad quem, ha ordenado el pago proporcional en relación a la fracción del último año de trabajo. Así las cosas, para verificar esta impugnación nos remitimos al texto de la norma legal que dice: [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 el 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.].

De la simple lectura de este artículo se observa, que el empleador deberá bonificar al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados, esto es, años completos, pues no se hace mención a la fracción del último de trabajo, como sucede en el caso del art. 188 ibídem, cuando se trata del pago de indemnizaciones por despido intempestivo.

5.6.2.- Sentado este presupuesto, el Tribunal de la Sala, procede a verificar si tiene lugar el yerro alegado por la recurrente. Conforme quedó establecido en la sentencia, la trabajadora laboró 8 años completos, percibiendo como última remuneración USD $ 319.50, el veinticinco por ciento corresponde a: USD $ 79.87, multiplicado por 8 años de servicio, da un total de USD $ 639.00.

Por lo tanto, al haber ordenado el pago de USD $ 710,00 por este concepto, el Tribunal de instancia

incurre en el yerro de errónea interpretación alegado, toda vez que, si bien aplica la norma pertinente al caso, le ha dado un sentido diferente, al ordenar el pago de la fracción del último año que no corresponde para el caso de la bonificación por desahucio, consecuentemente procede el cargo alegado, por lo que amerita realizar su corrección en casación aplicando como corresponde la norma al caso concreto.

6.- DECISIÓN: Por la motivación expuesta, este Tribunal de la Sala Especializada 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 parcialmente la sentencia impugnada dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 19 de abril de 2013, a las 10h00, conforme lo analizado en este fallo, en el sentido de que, por bonificación por desahucio la parte demandada cancelará a la trabajadora, el valor de USD $ 639.00, y no de USD $710.00 que se ha ordenado; en lo demás, se estará a lo resuelto por el Tribunal ad quem. En cumplimiento del art. 12 LC, entréguese el 50% de la caución rendida por la recurrente a la parte perjudicada por la demora, y el otro 50%, devuélvase el a la parte recurrente. Sin costas, ni honorarios que regular. **Notifíquese y devuélvase** con el ejecutorial, al Tribunal de origen.

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suarez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IX
Resolución nro. 591-2015
Juicio nro. 0782-2014

Juicio laboral por pago de rubros: proporcionales décimo tercera, décimo cuarta, horas suplementarias, extraordinarias, fondos de reserva, propuesto por Claudia Dalila Torres Galarza, contra de la COMPAÑÍA BANCO PARA LA ASISTENCIA COMUNITARIA FINCA SOCIEDAD ANÓNIMA.

SÍNTESIS

En el juicio de procedimiento oral que por reclamaciones laborales sigue CLAUDIA DALILA TORRES GALARZA en contra de la COMPAÑÍA BANCO PARA LA ASISTENCIA COMUNITARIA FINCA SOCIEDAD ANÓNIMA, manifiesta que prestó sus servicios como analista de crédito, que se limitaba a analizar las solicitudes de crédito y que su ex empleadora le asignó otras funciones como servicio al cliente, recuperación de cartera, entre otras, que por los muchos hostigamientos, persecuciones y acoso sexual y laboral renunció a su trabajo, por lo que al no haberle cancelado su liquidación solicita se le liquide los proporcionales de décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones, fondos de reserva y pago de horas suplementarias y extraordinarias, por lo que el juez acepta parcialmente la demanda y dispone que la Compañía demandada pague inmediatamente a la actora la cantidad detallada en el considerando sexto del fallo con costas, como son Proporcional de la decimotercera remuneración, proporcional de la decimocuarta, vacaciones no gozadas durante el último año, pago de 5 horas suplementarias, más intereses legales en los rubros que contempla el Art. 614 del Código del Trabajo que serán liquidados en su oportunidad. En lo equivalente al 05% de lo que asciende esta liquidación se fijan los honorarios del abogado patrocinador. No procede el pago de los fondos de reserva porque la actora se encuentra afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, no procede el pago de horas suplementarias.- La parte demandada inconforme con la resolución del Juez de Primer Nivel interpone Recurso de Apelación en el que se corrige el error de cálculo y corresponde el pago de rubros de horas suplementarias, por lo que se acepta la demanda y se reforma la sentencia venida en grado en los términos expuestos en el Considerando Octavo de esta sentencia; y, se confirma en lo demás la sentencia del Juzgado Primero de Trabajo. Inconforme con esta resolución la entidad demandada interpone Recurso de Casación, aplicando el análisis de líneas precedentes, para efectos de realizar el cálculo de las horas suplementarias, a razón de cinco horas diarias durante toda la relación laboral, cuestión que no ha sido objetada, en base al sueldo básico, corresponde por dicho rubro cancelar a favor de la actora lo dispuesto por el Tribunal de Mérito, esto es por el proporcional de la décima tercera remuneración, proporcional de la décimo cuarta remuneración, y por las vacaciones no gozadas del último período a lo que se debe añadir el valor correspondiente a horas suplementarias; por lo que este Tribunal de casación casa parcialmente la sentencia en su lugar la parte demandada pagará a la actora por los rubros que se exponen en la demanda más los intereses conforme al Art. 614 del Código del Trabajo costas y honorarios fijados, que serán calculados para la ejecución de la sentencia .

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DE TRABAJO DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS. Santo Domingo, martes 14 de mayo del 2013, las 11h16.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito anterior presentado por la parte demandada proveyendo el cual, por cuanto no han variado los fundamentos que motivaron el auto que impugna, se niega la revocatoria solicitada. En lo principal, a fojas 3 comparece la señora Claudia Dalila Torres Galarza, dentro de la Causa nro. 051-2011, manifestando que fue contratada para prestar sus servicios lícitos y personales como analista de crédito, desde el 01 de diciembre del 2007 hasta el 11 de marzo del 2010, en la Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA Sociedad Anónima, sucursal en esta ciudad Santo Domingo de los Tsáchilas, ubicada en la intersección de las calles Tulcán y Machala, bajo las ordenes y dependencia del señor Leonardo Polit Delgado (único nombre que conoce) Gerente General de dicha empresa financiera. Desde el inicio su horario de trabajo fue de 07h30 a 21h30 con una hora de receso al medio día (de 12h30 a 13h30) para el almuerzo; de decir trabajaba a 3 horas diarias de lunes a viernes; y, los días sábados de 08h00 a 12h00. Inicialmente su función, como analista de crédito, se limitaba a analizar las solicitudes de crédito de los clientes, pero posteriormente, su ex empleadora le asignó otras funciones como: servicio al cliente, recuperación de cartera, promotora o impulsadora de créditos en el campo, rectificaciones de domicilios y verificaciones (estas últimas actividades realizaba fuera de la oficina). Inicialmente su remuneración mensual fue de $480 (cuatrocientos ochenta dólares americanos), y al momento de retirarse fue de $520 (quinientos dólares americanos) (sic). Su ex empleador a través de su representante y gerente en esta ciudad de Santo Domingo, el señor Oscar Mauricio Viñiachi Proaño, sin mediar motivo alguno de su parte, empezó a realizarle hostigamientos, persecuciones y una (sic) continua acoso sexual y laboral al tiempo de tener la osadía de decirle que si no accedía a sus pretensiones la botaría del trabajo. Sus acosos era permanentes tanto personal como telefónicamente, incluso lo gravó en su celular, toda esa actitud descomedida e irrespetuosa puso en conocimiento de su supervisor el señor Carlos Benítez Mejía y del señor Franklin Pérez de la matriz en la ciudad de Quito, quienes a su vez comunicaron a los directivos principales; pero estos, en actitud de permisibilidad y alcahuetería no tomaron ninguna sanción disciplinaria con este sujeto, pese a tener otras denuncias ya que, el acosador de carácter vertical, también hostigaba y seducía laboral y sexualmente a otras compañeras de trabajo. Todo este ambiente de hostilidad laboral le generó malestares y consecuencias psicológicas y fisiológicas, su rendimiento laboral ya no era el mismo, y en vista de que es madre soltera afectó también a su familia y a su hijo menor de edad; lo que finalmente le hizo tomar la decisión de retirarse como trabajadora el día 11 de marzo del 2010. Desde dicha fecha; y, al quedarse sin trabajo, ha venido solicitando se le cancele, mediante liquidación, los proporcionales de sus beneficios económicos sociales tales como: décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones, fondos de reserva, y sobre todo el pago de horas suplementarias y extraordinarias trabajadas durante de (sic) los 2 años y 4 meses laborados para esta Empresa; pero la empleadora a través de sus representantes locales solo le han dado largas y pese a haberlos citado a la Inspectoría Provincial de Trabajo, no le han entregado ninguna liquidación sin embargo de haber trascurrido 10 meses desde que se retiró. Con estos antecedentes y al amparo de lo dispuesto en los arts. 575 y siguientes del Código de Trabajo vigente, acude ante esta Autoridad y demanda en juicio laboral proceso oral, a su ex empleadora la Compañía Banco Para la Asistencia Comunitaria FINCA Sociedad Anónima, a través de su representante legal o el señor Leonardo Polit Delgado, (único nombre que conoce) en calidad de gerente general de dicha Institución financiera, para que en sentencia se le condene al pago de los siguientes valores: 1. Proporcional de la decimotercera remuneración o bono navideño, de conformidad al art. 111 del Código de Trabajo, que asciende aproximadamente a la cantidad de ciento setenta y nueve dólares americanos ($179.00); 2. Proporcional de la decimocuarta remuneración, de conformidad al art. 113 inciso 3 del Código de Trabajo, y que equivale aproximadamente a un total de veinte dólares americanos ($20.00); 3. Conforme a lo estipulado en los arts. 69 y 71 del Código de Trabajo, vacaciones no gozadas y canceladas durante el último año de trabajo, cuyo monto asciende

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

aproximadamente a trescientos setenta dólares americanos 80/100 ($370.80); 4. Conforme al art. 202 del Código de Trabajo; pago directo al trabajador de los fondos de reserva por encontrarse en mora su ex empleador pese a estar debidamente afiliada al IESS, cuyo monto asciende aproximadamente a veintiocho dólares americanos ($28.00); 5. Al tenor del art .55 núm. 2 del Código de Trabajo, pago de horas suplementarias diurnas y nocturnas trabajadas, 5 horas diarias (de 16h30 a 21h30) y multiplicando por 365 días = 1825 horas c/año y esto multiplicado por 2 años y 4 meses = 4,050 horas suplementarias diurnas y nocturnas trabajadas y este total multiplicada por el valor de $2,13 (incluido el recargo legal del 50%), y que asciende a un valor aproximado de ocho mil seis cientos veinte y seis dólares americanos 50/100 ($8.626,50); 6. Por así tipificarlo el artículo 55, pago de horas suplementarias por haber trabajado sábados, 52 sábados al año (cinco horas diarias), es decir, son 52 sábados anuales por dos años y fracción de cuatro meses = 120 sábados multiplicados por cinco horas igual 600 horas extras y multiplicado por $2,83 valor cada hora incluido el 100% de recargo que asciende a un total de mil seiscientos noventa y ocho dólares; 7. De conformidad al artículo 94 *ibídem*, a las indemnizaciones reclamadas se deberá recargar el triple del equivalente al monto total de todas las remuneraciones no pagadas al momento de su vigencia más los intereses legales en concordancia con el artículo 614 *ibídem* y con la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial número 412 de 6 abril 1990; 8. Las costas procesales y gastos judiciales en las que se incluirán los honorarios de mi abogado defensor; y, 9. En caso de oposición por parte de mi empleador al pago de los rubros demandados, se le aplicará el máximo de la multa determinada en el inciso primero del artículo 588 del cuerpo legal invocado; fija una cuantía de $12,922.23, señala el trámite oral e indica el lugar de citación al demandado y domicilio judicial para futuras notificaciones. Radicada la competencia en este Juzgado mediante auto de calificación de fojas 5, se dispuso aceptar la demanda al trámite contemplado en el art. 575 del Código del Trabajo; citar a la parte demandada, se fijó fecha para la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas y se consideró la casilla judicial señalada para sus notificaciones y la autorización dada a su defensor. De fojas 7 consta la diligencia de citación a la parte demandada; a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas de fojas 8, comparecen las partes sin ser posible un acuerdo dentro de la fase conciliatoria que, además la parte demandada por intermedio de su procurador judicial realiza una exposición oral indicando que no está de acuerdo en el horario que manifiesta la actora, pues desde el primer día, según la demanda ha trabajado más de 13 horas diarias, que el único punto donde no existe acuerdo en la liquidación respecto a las horas suplementarias, pues no se ha presentado ninguna documentación que determine que el registro de entradas y salidas de la jornada laboral, lo que es contraria a las planificaciones semanales que hacen todos los asesores de crédito, además plantea como excepción la negativa de la demanda planteada por cuanto no se ha presentado documentación que justifique el reclamo respecto a las horas suplementarias, rechaza además cualquier prueba que no se encuentre debidamente documentada y que se centre en la controversia de la demanda; además ambas partes procesales solicitan la práctica de varias diligencias para probar sus argumentos planteados; y siendo el estado del proceso resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Se ha dado a este juicio el trámite oral previsto en el art. 575 del Código del Trabajo, no habiendo omisión de solemnidad sustancial alguna ni violación de trámite, por ello se declara su validez procesal; **SEGUNDO.-** Conforme lo determina el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación de las partes probar los hechos que el actor ha propuesto afirmativamente en el juicio, y el demandado deberá probar su negativa ya que contiene una afirmación explícita sobre el hecho y el derecho; por tanto la carga de la prueba corresponde tanto al actor como a los demandados; **TERCERO.-** En una demanda de trabajo, el primer asunto que se debe resolver es el relacionado con la existencia del vínculo laboral cuando este ha sido expresa o tácitamente negado en razón que, de ello se originan las pretensiones del accionante. Al respecto, conforme lo estatuye el art. 8 del Código del Trabajo: "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 o la costumbre"; es decir que, los elementos esenciales que debe contener el contrato de trabajo son: a) El acuerdo entre las partes; b) La prestación de servicios lícitos y personales

por parte del trabajador; c) La relación de dependencia; y, d) El pago de una remuneración. Pues, si existen estos elementos, será considerado como contrato de trabajo aun cuando las partes hubieren adoptado otra denominación; más la falta de uno de estos elementos determinará que no haya un contrato de trabajo, y por ende no existe relación laboral. En el caso que nos ocupa, la relación laboral no ha sido negada por la parte demandada, y que el único punto donde no existe acuerdo es en la liquidación respecto a las horas suplementarias, relación laboral que se verifica desde el 01 de diciembre del 2007 hasta el 11 de marzo del 2010, conforme obra de las declaraciones de los testigos de la parte actora y juramento deferido de la actora, siendo su última remuneración la cantidad de 520 dólares conforme obra del juramento deferido y confesión judicial ficta del demandado; **CUARTO.-** Determinada la relación laboral y el tiempo de servicio prestado, era obligación de la parte demandada demostrar haber cubierto todas y cada una de las obligaciones reclamadas por la actora, sin embargo no lo ha hecho en tal virtud no se ha justificado que la parte demandada haya cumplido con sus obligaciones para con el actor en cuanto a los valores reclamados, cuanto más que la parte demandada no ha comparecido a la audiencia definitiva a cumplir con las diligencias citadas por la misma ni aquellas pedidas por la parte actora, es decir no ha logrado probar ni fundamentar sus excepciones presentadas en la contestación a la demanda; **QUINTO.-** Es necesario realizar unas reflexiones en cuanto a la valoración de la prueba que representa la columna vertebral de todo proceso, por lo que, en la sentencia el Juzgador de instancia, mediante una operación intelectual analiza cada uno de los medios de pruebas aportados por las partes y finalmente hace una valoración en conjunto, con sana critica, esto es aplicando los principios de la lógica, de la ciencia 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 la inexistencia de una cosa o la realidad de un hecho. Pero esta valoración no queda al arbitrio del Juzgador, puesto que la ley determina normas claras y precisas para el efecto, normas que le obligan al Juzgador a valorar con determinado alcance, conforme a expreso mandato legal. La motivación es en cambio una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos señalados en el art. 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para saber cuáles son, verdaderos o falsos; **SEXTO.-** Establecida la relación laboral entre las partes procesales, y en razón de que la parte demandada no ha justificado haberle cancelado los rubros solicitados a la actora, se encuentra adeudando los siguientes valores: a) Proporcional de la decimotercera remuneración conforme al valor solicitado por la actora en su demanda por 179,00 dólares; b) Proporcional de la decimocuarta remuneración conforme al valor solicitado por la actora en su demanda por 20,00 dólares; c) Vacaciones no gozadas durante el último año de trabajo por el valor de 260,00 dólares; d) Pago por 5 horas diarias suplementarias trabajadas de conformidad al horario de trabajo señalado por las testigos de la parte actora, así como la confesión judicial ficta del demandado, por el valor de 7.797,50 dólares; dando un total de ocho mil doscientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (8.256,50 USD) pendientes de pago. No procede el pago directo de fondos de reserva, por cuanto menciona la actora encontrarse afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de su ex-empleador, y en tal virtud de considerarlo necesario deberá realizar dicha reclamación al mencionado organismo, tampoco el rubro solicitado en el numeral 6, por cuanto se refiere a horas suplementarias durante los días sábados. Por las consideraciones anteriores y amparado en los artículos 1 y 568 del Código del Trabajo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta parcialmente la demanda planteada, disponiendo que la Compañía demandada Banco Para la Asistencia Comunitaria Finca S.A., por medio de su representante legal Klaus Michael Hesse, pague inmediatamente a la actora Claudia Dalila Torres Galarza, la cantidad detallada en considerando SEXTO de este fallo; con costas, más los intereses legales en los rubros que contempla el art. 614 del Código del Trabajo que serán liquidados en su oportunidad. En el equivalente al 05% de lo que asciende esta liquidación se fijan los honorarios del abogado patrocinador de la actora. **Notifíquese.**
f) Dr. Gustavo Rafael Ramos Hidalgo, Juez.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2013-0189B

Juez Ponente: Dr. Ivan Xavier León Rodríguez

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa como Jueces Titulares de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia. La parte demandada, Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A. por intermedio de su procurador judicial Dr. Christian Hurtado Richards, dentro del término legal interpone recurso de apelación a la sentencia dictada por el Juez Primero de Trabajo de Santo Domingo de los Tsáchilas, Dr. Gustavo Rafael Ramos Hidalgo; concedido el recurso, el proceso ha subido en grado a esta Sala Única. Encontrándose la causa en estado para resolver, previamente se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- COMPETENCIA:** Al tenor de lo dispuesto en los artículos 584 y 609 del Código del Trabajo, en concordancia con el art. 208 numeral 1) del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación, interpuesto por las partes. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** El presente proceso se ha tramitado conforme al procedimiento oral establecido en el artículo 575 y siguientes del Código del Trabajo, por lo que no existiendo omisión de alguna de las solemnidades sustanciales establecidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, ni violación de trámite, como arguye el demandado en su recurso, por lo que, se declara su validez. **TERCERO.- ANTECEDENTES:** De fs. 3 y vta. del cuaderno de primer nivel comparece la señora Claudia Dalila Torres Galarza, proponiendo demanda laboral en contra de Leonardo Polit Delgado, Gerente General de la Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A., por la que pretende el pago de nueve rubros que detalla en su libelo de demanda; argumenta que fue contratada para prestar sus servicios lícitos y personales desde el 01 de diciembre del 2007 hasta el 11 de marzo del 2010 en la Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A., sucursal en esta ciudad de Santo Domingo, legalmente representada por el señor Leonardo Polit Delgado, en un inicio con un sueldo de $480 dólares mensuales, con un horario de 07h30 hasta las 21h30, con una hora de receso al medio día (de 12h30 a 13h30) para el almuerzo, de lunes a viernes, y los días sábados laboraba de 08h00 a 12h00. Que en un inicio su función era de analista de crédito, posteriormente le asignaron otras funciones como servicio al cliente, recuperación de cartera, promotora e impulsadora de créditos en el campo, rectificaciones de domicilio y verificaciones, y que al salir su remuneración fue de $520 dólares; que el Gerente en esta ciudad Sr. Oscar Viniachi Proaño, empezó a hostigarla y acosarla sexual y laboralmente, por lo que puso en conocimiento de sus superiores, denuncia que no dio resultado, lo que le llevó a renunciar, el día 11 de marzo del 2010, fecha desde la cual ha solicitado le cancelen sus haberes correspondientes; nueve son las pretensiones económicas, estableciendo la cuantía en la suma de $12.922,23 dólares, la demanda en referencia, mediante trámite de ley, correspondió conocer al Juzgado Primero de Trabajo de Santo Domingo de los Tsáchilas, quien la admite a trámite mediante auto de calificación de fecha 4 de marzo del 2012, a las 14h26, inmediatamente se cita en legal y debida forma a la parte accionada mediante boletas según consta a fs. 7, de los autos. **CUARTO.- LA AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONCILIACIÓN, CONTESTACIÓN A LA DEMANDA; FORMULACIÓN DE PRUEBAS Y AUDIENCIA DEFINITIVA:** Se realizó con fecha miércoles 18 de abril del 2012, a las 14H30, según se desprende de la trascripción del acta constante a fojas 8 de los autos de primera instancia, diligencia a la que comparece la actora Claudia Dalila Torres Galarza, junto a su defensor Dr. Dagoberto Torres; y por la parte demandada el Dr. Christian Hurtado Richards Procurador Judicial de la Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA Sociedad Anónima. No existió ningún acuerdo. La audiencia definitiva se realizó el 19 de noviembre del 2012, a las 10h40, según se desprende de la transcripción del acta constante de fojas 50 a 51 vuelta, diligencia a la que comparece la parte actora antes nombrada. No comparece la parte demandada el Dr. Christian Hurtado Ri-

chards procurador judicial de la demandada Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA Sociedad Anónima, pese a encontrarse legalmente citado conforme consta en autos, más al comparecer se observa no haber señalado domicilio judicial ni correo electrónico para recibir notificaciones, por lo que se declara su rebeldía; la actora en la diligencia reproduce y practica las pruebas testimoniales y documentales oportunamente anunciadas, esto es, confesión judicial del demandado, así como el juramento deferido de la actora; en virtud de las mismas; el Dr. Gustavo Rafael Ramos Hidalgo, Juez Primero del Trabajo de Santo Domingo de los Tsáchilas, dicta sentencia en la que acepta parcialmente la demanda presentada, la misma que consta de fojas 84 a 86 de los autos. De éste fallo por no estar de acuerdo interpone recurso de apelación, la demandada Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA Sociedad Anónima, por medio de su procurador judicial Dr. Christian Hurtado Richards. **QUINTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La parte demandada manifiesta que luego de realizar un análisis de la sentencia apelada es preocupante de modo que se han apreciado las violaciones al debido proceso y principalmente al derecho a la defensa. El señor Juez de instancia decide adelantar la fecha de la audiencia definitiva que fue previamente señalada en la audiencia preliminar, para el 27 de marzo del 2013, sin existir notificación alguna a la parte demandada por lo que se provocó indefensión violentando los literales a), c) y h) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución, puesto que ha impedido que comparezca a la audiencia definitiva, para lo que el Juez ha determinado que el no haber señalado casillero judicial por parte del demandado no es responsabilidad del Juzgado, pero que el Juez para cambiar adelantar la fecha de la audiencia debía atender la petición en conjunto de las partes; que el Juez al diferir la audiencia no señala que pruebas se deberán actuar en la nueva fecha señalada, contraviniendo el art. 119 del Código de Procedimiento Civil, por lo que solicita se declare la nulidad del proceso. Que de no atenderse el pedido de nulidad, expresa que debe establecerse las incongruencias y eficiencias de la sentencia, estas son: en el numeral Quinto, se hace referencia a la valoración de la prueba, sin embargo el Juez no hace este ejercicio, ya que no se considera la prueba entregada por la parte demandada, los correos electrónicos de la planificación del trabajo semanal, donde se establece las horas de trabajo diario, documentos entregados por la actora, dejando sin respaldo el hecho de que ha trabajado horas extras; que en el considerando Sexto de la sentencia, el Juez ordena el pago de horas suplementarias de manera referencial, en base a las testigos de la actora; que el juez ha hecho preguntas a la testigo Sully Zambrano, que no constan en el acta; que el Juez para establecer las horas suplementaria ha realizado un promedio de sueldos, cuando debía únicamente considerar el sueldo básico del trabajador conforme consulta absuelta por el Ministerio de Relaciones Laborales (Consultas 995-92 y 485-93, pp. 69), añadiendo que en el proceso constan los roles de pago donde se establece que el sueldo básico de la actora es de $340 dólares, hecho no considerado por el Juez, por lo que solicita se ordene el pago de la liquidación que se adeuda. **SEXTO.- NORMATIVA JURÍDICA:** El art. 8 del Código del Trabajo, define al contrato de trabajo, como 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 o la costumbre; definición de la cual se infiere sus elementos esenciales, a saber; a) El convenio entre las partes; b) El objeto lícito y personal; c) La relación de dependencia, y; d) La remuneración. Cada uno de estos elementos comporta individualidades perfectamente distinguibles, así en el convenio intervienen las partes, trabajador y empleador; en el objeto, éste debe ser lícito es decir no reñido por la Ley y personal que es el trabajador en forma personal quien debe realizar el trabajo o servicio para el cual fue contratado; la relación de dependencia conlleve el hecho que el trabajador se encuentre a órdenes del patrono y sometido a un horario, y; la remuneración que no es otra cosa que el pago o contraparte que recibe el trabajador por la prestación de la labor o servicio que presta a su patrono. El art. 4 de la norma en referencia establece que los derechos de los trabajadores son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario, norma que tiene relación con lo estatuido en el numeral 2 del art. 326 de la Constitución de la República y que refiere a los Principios del derecho al trabajo. El art. 7 del Código del Trabajo, se refiere a la aplicación más favorable de la norma al trabajador que prescribe que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales o administrativos las aplicarán en el sentido más

favorable a los trabajadores, principio éste que es conocido como favor pro-operario. El art. 42 del Código de la materia determina las obligaciones que debe cumplir el patrono con su trabajador, más aún cuando nos encontramos en un Estado Constitucional de derechos y justicia, que privilegia los derechos fundamentales del hombre, así lo establece el numeral 3 del art. 11 de nuestra Carta Fundamental, que dice: 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 servidor o servidora pública, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. El trabajo es un derecho que se encuentra garantizado en la Constitución en su art. 33, al referirse que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y la base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente aceptado y escogido. **SÉPTIMO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** El art. 172 de la Constitución establece los principios de la función judicial "...Las Juezas y Jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y a la Ley..."; frente a éste escenario constitucional cada parte estaba obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presume conforme a la Ley (Art. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil); 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 explicitas e implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Al haberse trabado la litis respecto de la pretensión de la actora, habiendo sido citado el demandado y no habiendo señalado casilla judicial al comparecer a proponer, plantear o deducir excepciones en la audiencia preliminar en la que se da contestación a la demanda, como era su obligación legal, a fin de conocer los incidentes o disposiciones judiciales que se susciten en la causa, al no hacerlo, como era su obligación, no es responsabilidad de la administración de justicia, el hecho de que no haya tenido conocimiento de las resoluciones judiciales, por ende, su pedido de nulidad no es aceptable, al carecer de sustento, puesto que el Juez A quo notificó oportunamente el cambio de la fecha de audiencia, mas, conforme consta en autos, la parte demandada no señaló casilla judicial para el efecto, es por ello, que la Sala, en el considerando Segundo ha declarado la validez del proceso, puesto que no se ha observado que se haya violentado el trámite ni solemnidad sustancial; la defensa en sus alegaciones o excepciones se centró en un solo punto, que es el horario de trabajo manifestado por la actora, en base al cual reclama el pago de horas suplementarias, puesto que no demuestra aquello; al no comparecer a la audiencia definitiva, se ha declarado su rebeldía conforme lo establece el Art. 581 del Código del Trabajo, más aún, al tenor de lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, le corresponde, en este caso, a cada una de las partes probar lo aseverado. Que al tenor del art. 273 del Código de Procedimiento Civil, 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, teniendo en cuenta que a los Jueces nos toca resolver específicamente sobre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Estado, la Ley y los méritos del proceso en la forma que lo establece el art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, consecuente con ello y del análisis de las pruebas, de la accionante, quien solicitó se practiquen pruebas a su favor, tales como testimoniales, oficios, confesión judicial del accionado, así como el juramento deferido de la actora, se agregaron documentos, etc., los mismos que obran de autos. Las pruebas, para su validez y procedencia tienen que ser solicitadas en la audiencia preliminar de conciliación, como lo establece el art. 576 del Código del Trabajo. Así ha procedido la actora, presentando y solicitando varias pruebas, entre ellas declaraciones testimoniales, confesión judicial, etc. Lo primero que debía comprobar el actor era la existencia de la relación de trabajo, la misma que no ha sido negada por la parte demandada, en cuanto a que la declaratoria de confeso tiene valor de prueba plena, así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Judicial 3 de 19-mar-2007, y respecto a la declaración testimonial de: Caroly Alexandra Escobar Castillo y Sully Kimberly Zambrano Castro, se observa que se han formulado dentro del inte-

rrogatorio preguntas sugestivas que debieron ser calificadas por el Juez a quo, más ello no ha sido el único elemento de prueba que ha presentado la accionante, ya que todas las pruebas han sido correctamente valoradas aplicando los principios de la sana crítica, valoración que ha conducido al juzgador de origen, a tenerse como fundamento para declarar la existencia de la relación laboral, el horario de trabajo, tanto por la orientación social del Derecho Laboral que obliga a aplicar el principio in dubio pro operario ya que no puede ser el motivo para que la administración de justicia declare la no procedencia de los valores reclamados en cuanto fueren justificados, ya que de hacerlo así redundaría en perjuicio de una sana administración de justicia basada en los principios constitucionales y legales de la equidad, sobre este mismo punto, la parte recurrente alega que el juez ha realizado preguntas a la primer testigo antes nombrada, al respecto el art. 581 del Código laboral, nos dice en su parte pertinente: "...Las preguntas al confesante o a los testigos no podrán exceder de treinta, debiendo referirse cada pregunta a un solo hecho, serán formuladas verbalmente y deberán ser calificadas por el juez al momento de su formulación, quien podrá realizar preguntas adicionales al confesante o declarante..." (Las negrillas son nuestras), por consiguiente, no hay causal de nulidad. La parte demandada no exhibió los roles de pago correspondientes solicitados como prueba por parte de la actora y dispuesto por el señor Juez, para que los exhiba, a fin de justificar el pago de los rubros también demandados como son: vacaciones, decimotercero y decimocuarto sueldo, pago de horas suplementarias, para lo cual es aplicable la parte final del último inciso del Art. 581 *ibídem*, que nos dice: "...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...", esto, sumado a la confesión ficta del demandado, que da por ciertas las afirmaciones de la actora, por ende, no existiendo prueba por parte del demandado que desvirtúe o se contraponga a las pretensiones de la actora, propuesto en su libelo de demanda; respecto al cálculo realizado por el Juez de primer nivel, en cuanto a las horas suplementarias, no es suficiente la documentación anexada por la demandada, caso contrario no habría lugar a declaración testimonial o confesión judicial, puesto que en la confesión ficta la parte patronal, al considerarse ciertas las preguntas realizadas, consciente en que las horas de trabajo diarias, fueron más de la jornada permitida, esto es, de ocho horas, por consiguiente, al pasar de ese lapso de tiempo, es válida la reclamación de horas suplementarias, por ende, la Sala insiste que el Abogado defensor no actuó con la debida diligencia, puesto que no señaló casilla o domicilio judicial o electrónico, pretendiendo con su negligencia, culpar a la administración de justicia, por ende no se acepta el pedido, y respecto al valor de la horas suplementarias, se ha tomado en consideración el art. 95 del Código del Trabajo, recalcando que en materia laboral, se habla de derechos sociales, principios pro operario, constitucionales y legales de equidad, pero, si se observa, un error de cálculo en cuanto a las horas suplementarias correspondientes al año 2007, puesto que la relación laboral es desde el primero de diciembre de dicho año, y yerra el Juez al señalar en su aclaración a la sentencia que son 300 horas suplementarias, siendo únicamente 90, asimismo respecto al año 2010, que corresponden 230 horas. **OCTAVO.- RESOLUCIÓN:** La misión del Juez no es otra que la de ser interprete 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 establecido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo establecido en el numeral 5 del art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que textualmente expresa "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.", por tal motivo da potestad al juzgador de ponderar los derechos, así se toma en consideración las siguientes disposiciones constitucionales: El art. 75, art. 76, numeral 7 literales a) y 1); y, art. 82, de la Norma Supra, garantiza la tutela judicial efectiva; el debido proceso y la motivación para expedir las resoluciones; y, el derecho a la seguridad jurídica, por tanto al hacer referencia a las garantías constitucionales, el Juez, debe precautelar de forma prioritaria el debido proceso, al igual que la seguridad jurídica; el art. 326 números 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza los principios de irrenunciabilidad de derechos

y de la duda, los mismos que tiene relación con lo dispuesto en el art. 7 del Código del Trabajo que establece la protección a favor del trabajador; principios que deben aplicarse cuando se haya probado, por los medios idóneos la relación laboral que, en la especie, ha sido establecida siendo valoradas todas y cada una de la pruebas aportadas, en relación a la sentencia impugnada, observando correlación de los hechos y la prueba presentada y actuada en la audiencia definitiva, así como la debida motivación, por lo que torna improcedente el recurso de apelación del accionado, en estos puntos, salvo el error de cálculo antes indicado en el considerando anterior, por lo cual, corresponde por el rubro de horas suplementarias trabajadas durante la relación laboral, la cantidad de $7.735,70 dólares. Al efecto, es evidente que se ha demostrado parcialmente los hechos esgrimidos en la demanda y en virtud de los considerandos que anteceden, ésta 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 REPÚBLICA,** acepta parcialmente el recurso de apelación presentado por la parte demandada, Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A. por intermedio de su procurador judicial Dr. Christian Hurtado Richards; y se reforma la sentencia venida en grado, en los términos expuestos en el considerando Octavo de ésta sentencia; y, se confirma en lo demás la sentencia del Juzgado Primero de Trabajo de Santo Domingo de los Tsáchilas. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia. Devuélvase el proceso al juzgado de primer nivel. **Notifíquese. f) Dr. Iván Xavier León Rodríguez, Presidente de la Sala; Dr. Arturo Alexander Brito Centeno, Juez de la Sala; Dr. Marco F. Hinojosa Pazos, Juez de la Sala.**

ACLARACIÓN

Juicio No. 2013-0189B

SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS. Santo Domingo, lunes 31 de marzo del 2014, las 11h56.
VISTOS: El Dr. Christian Hurtado Richards, procurador judicial de la Compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A., ha solicitado se aclare la sentencia emitida por la Sala de fecha viernes 14 de marzo del 2014, a las 15h13. Se ha corrido traslado a la parte accionante con las peticiones anotadas, en cumplimiento del inciso segundo del art. 282 del Código de Procedimiento Civil y para resolver se considera: **PRIMERO**.- Acorde con el artículo 281 de la codificación del Código de Procedimiento Civil "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 art. 282 *ibídem*, complementa el precepto anterior señalado 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". En caso de negarse los señalados recursos horizontales debe fundamentarse debidamente aquella negativa. De las normas transcritas, se aprecia con claridad que dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez, que la dictó, pero puede aclarar los pasajes obscuros de su texto o ampliar sus efectos a hechos y pretensiones que formen parte del objeto de la litis y que no hayan sido cubiertas por las conclusiones expuestas o resolver sobre frutos, intereses o costas no tomadas en cuenta en su parte resolutiva, y el art. 289 *ibídem* expresa que "... los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que los pronunció, si lo solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el art. 281...", lo que significa que el peticionario deberá señalar los pasajes obscuros a aclararse estableciendo de qué forma se puede concluir que el texto es confuso en el primer caso o señalar cuales son los hechos controvertidos no resueltos, en el segundo. **SEGUNDO.-** 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*. **TERCERO.-** Las peticiones de aclaración no pueden cambiar el sentido de la parte considerativa y resolutiva; debe entender a este respecto, la peticionaria, que la aclaración no puede

ser admitida como un sucedáneo impugnatorio, orientado a propiciar la reforma del fallo, el mismo que debe ser entendido en todo su contexto, y que ha llevado a la decisión adoptada. La parte demandada, ha solicitado se aclare la sentencia, en cuanto al valor considerado para las horas suplementarias, lo cual se encuentra en el Considerando Séptimo, esto es, en base al art. 95 del Código del Trabajo, que refiere lo que se entiende por remuneración, en lo cual se concuerda con la sentencia recurrida y aclarada del Juez *A-qua*, y respecto a los días laborados por el trabajador, se lo ha realizado conforme el calendario respectivo y es por ello que se ha reformado en ello la sentencia de primer nivel, según consta en el considerando antes enunciado, por lo tanto, puesto que la aclaración sirve, única y exclusivamente, para determinar la concreción de algún enunciado gramatical término incorporado en la fundamentación o en la parte resolutiva del auto, de la que pueda acarrearse perjuicio, por su indeterminación o su descontextualización, lo que no sucede en la especie, siendo por tanto el mismo claro e inteligible y no existe algún otro pronunciamiento en torno a ello, por lo que no es necesario repetirla, no habiendo nada que aclarar a este respecto. **Notifíquese.**

f) Dr. Iván Xavier León Rodríguez, Presidente; Dr. Arturo Alexander Brito Centeno, Juez; Dr. Marco F. Hinojosa Pazos, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO LABORAL. Quito, miércoles 28 de octubre del 2015, las 09h27.

VISTOS. En el juicio oral de trabajo que sigue la señora Claudia Dalila Torres Galarza en contra del Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A., el 14 de marzo de 2014 a las 15h13, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, dicta sentencia aceptando parcialmente el recurso de apelación presentado por la parte demandada, reformando la sentencia del juez a quo que acepta parcialmente la demanda y dispone el pago de $8.256.50; inconforme con esta resolución el demandado interpone recurso de casación, el que ha sido admitido parcialmente; esto es, únicamente por la causal primera, respecto a lo expuesto en el numeral 4 del escrito de fundamentación, que obra a fs. 19 del cuaderno de segunda instancia. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y decidir sobre el recurso de casación planteado, en virtud de las Resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición nro. 004 de 25 de enero del 2012, que designó juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, posesionados el 26 de enero del mismo año; y la resolución nro. 01-2015 relativa a la reintegración de las Salas Especializadas. En calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, este Tribunal avoca 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; por el Oficio de encargo nro. 137-SG-CNJ de fecha 2 de febrero de 2015; y del auto de fecha 20 de julio de 2015, a las 14h41, emitido por la Dra. Janeth Santamaría Acurio, Conjueza de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el cual se analiza el recurso y se lo admite parcialmente a trámite por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia. **SEGUNDO.- CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:** Tomando algunos criterios valiosos de la doctrina, citamos a Manuel de la Plaza, quien 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. 1) 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 constituir 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 Nomofilaquía, 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 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, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambia radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige a juezas y jueces garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y 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"*. Por tanto, siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, por su naturaleza jurídica únicamente procede en casos excepcionales cuyos límites impone la ley y es así que a partir de esta conceptualización este recurso debe cumplir su rol de control de legalidad de las sentencias de instancia y con ello precautelar, de una parte, la defensa del derecho objetivo; y de otra, propiciar la unificación de la jurisprudencia mediante el desarrollo de un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **TERCERO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** El recurrente al fundamentar el recurso considera que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas al dictar sentencia ha infringido las siguientes normas: Arts. 95, 577 y 581 del Código del Trabajo; la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial 3 del 19 de marzo de 2007; los arts. 115 y 346 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta el recurso apoyado en las causales primera, segunda y tercera del art. 3 de la Ley de Casación por la causal primera, en el numeral 4, por el cual ha sido admitido a trámite, **CUARTO.- ANÁLISIS DEL CASO CON RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.** Este Tribunal de Casación, luego del análisis del libelo acusatorio, únicamente lo constante en el numeral 4, formulado por la causal primera; y de la sentencia del Tribunal de Mérito en confrontación con el ordenamiento jurídico, considera: **4.1.** Que el punto único de análisis para el presente recurso, será el planteado por la causal primera, respecto a la acusación de errónea interpretación del art. 95 del· Código del Trabajo para efectos del pago de las horas suplementarias. **4.2.** A efectos de fundamentar el cargo apoyado en la causal primera, el recurrente manifiesta que existe errónea interpretación del art. 95 del Código del Trabajo; que mediante la aplicación de este artículo la Sala pretende justificar que el pago de las horas suplementarias se debe realizar en base a la última remuneración percibida por la trabajadora,

interpretando de manera equivocada el contenido de este artículo, que conforme a su texto, establece que las horas suplementarias constituyen parte de la remuneración y que deberán ser consideradas para el pago de indemnizaciones, a las que el trabajador puede tener derecho, pero no establece que para el pago de horas suplementarias, se pueda o se deba tomar como base de cálculo el total de la remuneración, puesto que para realizar el cálculo por el pago de horas suplementarias, únicamente se debe considerar el sueldo básico del trabajador, que en el presente caso, de acuerdo a los roles de pago que constan en el proceso del fojas 17 a 31, se desprende que el sueldo básico de la actora de la causa es de trescientos cuarenta, 00/100 dólares ($340.00); pues así se ha determinado mediante la absolución de consultas, que de manera textual señala: *"(Ministerio del Trabajo, Consultas 995-92 y 485-93, pp. 69) El valor de la hora de trabajo se establece dividiendo el sueldo para 160 horas de labor mensual. A este resultado se hará el recargo del 50% o del 100%, según el caso. Si las horas suplementarias tuvieren lugar hasta las 24 horas..., el recargo será de un 50%; pero su tuvieren lugar entre las 24 horas y las 6 horas, se pagarán con un 100% de recargo; como lo prescribe el art. 54 del Código del Trabajo vigente."*; añade que deberá considerarse para el cálculo de *"horas extras"* únicamente el sueldo básico que percibe el trabajador, sin que se tome en cuenta los demás ingresos adicionales que conforman la remuneración del trabajador; que por lo tanto no es procedente que se realice un promedio de sueldos como en el presente caso el Juez de instancia lo ha hecho y los Jueces de la Sala de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas lo han ratificado; y por consiguiente se ha considerado de manera determinante en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, que para el pago de las horas suplementarias se considere la remuneración total de la trabajadora, cuando lo que corresponde, es que se considere únicamente el sueldo básico, violentando de esta manera la seguridad jurídica determinada en el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador. **4.2.1.** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que ha servido de fundamento para interponer el recurso, prevé la *"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 lo que esta causal está reservada para errores de juicio o de puro derecho, en donde las alegaciones probatorias no son objeto de análisis; pues en esta causal no cabe considerar aspectos relacionados con los hechos, debe entenderse correcta la apreciación que ha hecho el Tribunal de mérito sobre el valor de las pruebas incorporados al proceso, para que el Tribunal de casación examine la existencia de los vicios de falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las normas invocadas por el recurrente como infringidas. **4.2.2.** En el presente caso, conforme lo reclama el recurrente, para efectos del cálculo de las horas suplementarias, el tribunal de mérito aplica lo establecido en el art. 95 del Código del Trabajo que dispone: *"Art. 95. Sueldo o salario y retribución accesoria. Para el pago de* ***indemnizaciones*** *a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio. Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social"* (énfasis de este Tribunal); efectivamente, el tribunal ad quem interpreta de manera errada la norma, puesto que el porcentaje adicional que se recarga al valor hora por el tiempo que sobrepasa la jornada de ocho horas de lunes a viernes, no se trata de una indemnización sino de un derecho; pues las indemnizaciones que prevé la Ley Laboral, en general son resarcimientos por algún daño o perjuicio causado a la contraparte. **4.2.3.** Conforme lo ha previsto el legislador, en el numeral 2 del art. 55 del Código del Trabajo, al referirse a las horas suplementarias, establece: *"2. Si tuvieren lugar durante el día o hasta las 24H00, el empleador pagará la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias con más un cincuenta por ciento de recargo. Si dichas horas estuvieren comprendidas entre las 24H00 y las 06H00, el trabajador tendrá derecho a un ciento por ciento de recargo. Para calcularlo se tomará como base la remuneración que corresponda a la hora de trabajo diurno;"* por lo tanto para obtener el valor hora se debió tomar el salario básico de la trabajadora, en este

caso los $340,00 y dividirlos para 240, tomando en cuenta la semana integral; y no como lo ha realizado el tribunal ad quem, tomando en cuenta los ingresos adicionales de lunch e incentivos, resultando la remuneración base para el cálculo diferente cada mes, es decir convirtiéndose el valor hora en una cantidad variable. El doctor Julio César Trujillo en su obra (Derecho del Trabajo, Tomo I, Quito-Ecuador, Marzo 2008, p. 405) explica *"El salario-hora se computa dividiendo el valor del jornal diario para 8, que es el número de horas por las que aquel jornal se paga, si se trata de obreros; y, dividiendo el sueldo mensual para 240 horas, que se estima equivalen a 8 horas diarias en 30 días por los que se paga el sueldo, si se trata de empleados."* **4.2.4.** Aplicando el análisis de líneas precedentes, para efectos de realizar el cálculo de las horas suplementarias, a razón de cinco horas diarias durante toda la relación laboral, que inició el 1 de diciembre de 2007 hasta el 11 de marzo de 2010, cuestión que no ha sido objetada; en base al sueldo básico de $340,00, corresponde por dicho rubro a la compañía Banco para la Asistencia Comunitaria FNCA S.A., cancelar en favor de la actora, lo dispuesto por el Tribunal de Mérito, esto es, por el proporcional de la décima tercera remuneración, $179.00; por el proporcional de la décima cuarta remuneración, $20.00; y por las vacaciones no gozadas el último periodo, $260.00, rubros que alcanzan la suma de $459.00; a lo que se debe añadir el valor correspondiente a horas suplementarias de $5.780.00, que desglosados, pertenecen al mes de diciembre de 2007, $191.25; al año 2008, $2.550.00 al año 2009, $2.550.00; y por los meses de enero, febrero y los 11 días de marzo del 2010, $488.75. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral 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,** casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, dictada el 31 de marzo de 2014 a las 11h56, en su lugar la parte demandada, Banco para la Asistencia Comunitaria FINCA S.A., por medio de su representante, pague a la actora señorita Claudia Dalila Torres Galarza, la suma total de $6.239.00; más los intereses conforme el art. 614 del Código del Trabajo, costas y honorarios fijados, que serán calculados para la ejecución de la sentencia. El valor consignado en calidad de caución, devuélvase al demandado el 50% y el 50% restante entréguese a la actora. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I
Resolución nro. 0030-2015-J
Juicio nro. 627-2014

Juicio civil por daño moral propuesto por Roberto José Rivera Endara en contra del Banco Territorial

SÍNTESIS

El actor presenta una demanda por daño moral contra el Banco Territorial, porque alega constar en la Central de Riesgos con calificación E (deudor moroso e incumplidor de sus obligaciones), a pesar que de jamás ha tenido deuda con dicha entidad, que mantuvo una cuenta corriente que solicitó se la cierre para evitar se descuente un crédito inexistente. Que el aparecer en una central de riesgos le produce daño moral. El representante de la entidad contesta alegando falta de legítimo contradictor (no menciona un acto que personalmente hubiera realizado), y reconviene con daño moral por el daño injustificado que le causa el proceso. Correspondía a la parte demandada fundamentar el por qué el actor constaba en la central de riesgos, fundamentar la existencia de la deuda, así como el daño moral. La parte demandada no exhibe ningún documento que respalde la deuda impaga. Se acepta la demanda, se ordena el pago de cincuenta mil dólares como indemnización pecuniaria por el daño moral. Solicitan nulidad, no se acepta. La entidad demandada presenta entonces, recurso de apelación se admite el recurso de apelación y revoca la sentencia de primer nivel para declarar sin lugar la demanda planteada y sin lugar la reconvención planteada. Ante tal decisión, la empresa demandada presenta recurso de apelación, el cual es rechazado. Inconformes con esta decisión, presentan recurso de casación. Alega infringidos los Arts. 75, 82, 169 de la Constitución de la República; 18, 23, 25, 27, 29 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1715, 1726, 2232 del Código Civil; 113, 114, 115, 122 y 142 del Código de Procedimiento Civil. Interpone su recurso con cargo en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Del análisis realizado a la sentencia, el Tribunal observa que existen los estados de cuenta con los que se justifica la acción de cobro y el reporte a la central de riesgos. En cuanto al daño, no prueba la existencia de daño ni el nexo causal. El Tribunal no casa la sentencia en virtud de que no se configuran las causales alegadas, agrega que el mencionado tribunal no es competente para examinar y revalorizar la prueba.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2011-0129

JUZGADO VIGÉSIMO TERCERO DE LO CIVIL DE GUAYAS, Guayaquil, martes 11 de junio de 2013, las 11h28.

VISTOS: Compare a fojas 18 del proceso el doctor Roberto José Rivera Endara manifestando que el día 24 de noviembre del 2010 obtuvo de la Compañía CREDIREPORT C.A. (Central de Riesgo) un certificado con la información crediticia del accionante lo cual se encuentra consignada en el documento que adjunta que es fiel reproducción suministrado por la fuente de información que reportada al cliente sin alteración o modificación alguna anexo de fojas 1. Menciona el actor que al revisar tal instrumento encontró que en la segunda foja de la Central Infocom (Información de Entidades Comerciales no reguladas por la SVS). Consta reportada por el Banco Territorial S.A. el sistema financiero a octubre del 2010 una deuda de 450.12 dólares USA contraída con esa entidad bancaria, lo cual afirma el accionante que no tiene vigencia ya que nunca ha contraído crédito alguno con dicha Institución en la misma que mantuvo

durante muchos años la cuenta corriente nro. XX, la cual solicito su cierre voluntario para evitar que se le siga descontando una deuda inexistente. En el documento de la Central de Riesgo aparece con el Banco Territorial S.A. una calificación propia E como deudor moroso e incumplidor de sus obligaciones, lo cual me causa, una indiscutible daño moral, perjudicándolo en las posibilidades de obtener crédito en otras instituciones financieras, creándole una situación grave en su actividades financieras y originándole un grave perjuicio por tratarse de una acusación que mancha su buena reputación al culpársele de un comportamiento reñido con la ley y la moral, lo cual lo considera injusto y falso, pues no debe un solo centavo al Banco Territorial. S.A. El accionante señala que es un hombre serio cumplidor de sus obligaciones adjuntando documentos de altos cargos ejercidos durante su vida. Así También resalta que en los mismos boletines que emite la Central de Riesgo (INFOCOM) consta que el Banco del Pacífico le da una calificación A, señalando que es un excelente cliente. Así mismo manifiesta que está al día en pagos con la casa Comercial Tosi información que se encuentra en los certificados acompañados de fojas 3, 7, 11, etc... Con estos antecedentes el accionante demanda en juicio ordinario al Banco Territorial S. A. en la persona de su representante legal ingeniero Fernando Sánchez Rodríguez; y, por sus propios derechos a fin de que repare el daño moral alegado por la grave lesión a su honor y reputación por la injustificada acusación al habérselo reportado como deudor moroso, sin ser verdad esta acusación. Aceptada la demanda al trámite del juicio ordinario el martes 29 de marzo del 2011, a las 07h59, se dispuso citar con apercibimiento en rebeldía a los demandados ingeniero Raúl Fernando Sánchez Rodríguez y Banco Territorial S. A., para que dentro del término de 15 días propongan las excepciones dilatorias y perentorias de que se crean asistidos. Cumplido que fue con citarse la demanda la parte accionada Fernando Sánchez Rodríguez, comparece al proceso por sus propios derechos a fojas 32 quien manifiesta que en la demanda existe falta de legítimo contradictor por haber actuado en calidad de gerente del banco demandado y no personalmente, procediendo a realizar y expresar consideraciones generales sobre la demanda señalando que en ella no se menciona un acto que personalmente hubiera realizado -el compareciente- como para ser demandado señalando como excepciones falta de legítimo contradictor, falta de derecho del actor y en subsidio niega en forma pura, simple y absoluta la totalidad de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda al no haberle ocasionado ningún daño moral, sicológico o de ningún tipo al actor o haber actuado con afán premeditado de proferir daño alguno. Deduciendo una reconvención al accionante por el daño moral que le causa esta acción por ser totalmente injustificado el procedimiento. De fojas 34 a 40 nuevamente comparece el ingeniero FERNANDO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ por los derechos que representa de Banco Territorial S. A., negando toda validez a la demanda alegando la no descripción en la misma de ningún daño moral o sicológico al actor como tampoco la existencia de premeditación o deliberado propósito de ocasionar daño moral al actor entre otras, alegando en subsidio falta de derecho del actor. Una vez dado el correspondiente trámite a la reconvención planteada por el demandado conforme consta de la providencia dictada el miércoles 6 de junio del 2011 a las 09h26, fojas 49; esta es contestada mediante escrito del doctor Roberto José Rivera Endara, a fojas 50, quien se ratifica que el demandado como representante legal del Banco Territorial S. A., es responsable de lo que haga su representado señalando además que en la reconvención no logra desvirtuar las razones o motivos por el cual el actor se encuentra en la Central de Riesgo, como deudor moroso por orden enviada por el Banco Territorial S.A. Convocadas las partes a junta de conciliación, misma que se lleva a efecto el día 4 de enero del 2012, a foja 69 y no habiendo tal conciliación, se recibió la causa a prueba por 10 días, transcurrido dicho término y evacuadas que fueron todas las pruebas solicitadas por las partes que constan en autos y agotado el mismo o el estado del proceso es el de resolver, y, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** No hay nulidad alguna que declarar por tanto es válido todo lo actuado. **SEGUNDO.-** Con el documento obrante en autos de fojas 1 se encuentra justificado que el demandado ingeniero Raúl Fernando Sánchez Rodríguez es el Gerente General de la Compañía Banco Territorial S.A.; y, por ende su representante legal. **TERCERO.-** De conformidad con lo que manda el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo"... "El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la

cosa litigada"... **CUARTO.-** En el presente caso la carga de la prueba corresponde a la parte demandada que debía indicar los motivos o causas por la cual el accionante consta en la central de riesgo, fundamentar o demostrar la existencia de la deuda, así como la inexistencia del daño moral alegado que dice haber sufrido el accionante. **QUINTO**.- Durante la etapa de prueba el demandante ha presentado la documentación con la cual sostiene tener una personalidad destacada, haber desempeñado altos cargos de prestigio de fojas 108 a 147, sosteniendo que esto hace innegable e inocultable del grado de aceptación que tiene en el entorno social nacional y provincial, siendo por lo tanto grave el daño moral que ha sufrido por habérselo expuesto como deudor moroso e incumplidor de sus obligaciones en un registro público como es la Central de Riesgo, lo cual consta en autos de fojas 75 a 102. El accionante exige que la parte demandada exhiba los documentos en los cuales conste con su firma y rúbrica que los valores que el demandado afirma que no han sido pagados y por tanto el actor es un deudor moroso. **SEXTO.-** La parte accionada con la prueba aportada no logra establecer el motivo legal por el cual el Banco Territorial S.A. alegando morosidad en el pago de la deuda adquirida envió o permitió que al acto se lo haga constar como deudor moroso en la Central de Riegos (INFOCOM); esto es, que la parte demandada no presenta documento alguno en el cual conste la firma y rúbrica del actor con los valores que adeuda al Banco Territorial S.A. (siendo estos valores los que no han sido pagados). **SÉPTIMO.-** Según se aprecia de la doctrina y la jurisprudencia el daño moral se presenta en los siguientes casos: a) Por la existencia del daño moral mismo; b) La gravedad del perjuicio sufrido por la persona; y, c) Una acción u omisión. **OCTAVO.-** El artículo 1453 del Código Civil entre otras cosas establece y reconoce que las obligaciones nacen, entre otras fuentes "…ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona…" En concordancia con esta norma legal, la disposición del art. 2231 *ibídem*, señala "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". Adicionalmente el artículo 2232 del mismo cuerpo de leyes dispone: "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... "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". Estos requisitos se encuentran presentes en esta causa pues al incorporar a un Registro Público (Central de Riesgo) el nombre de una personas sin motivo ni justificación alguna, indiscutiblemente ocasiona el desprestigio de la imagen personal así como afecta la personalidad del accionante al calificarlo de deudor moroso ocasionándole grandes molestias y consecuencias causándole un perjuicio al derecho extrapatrimonial cerrándole las puertas a su accionar financiero, siendo ilícito y arbitrario este proceder, y, por ello existe en el caso de la demanda una injusta y arbitraria orden de enviar una información que no es real, no es verdadera a la Central de Riesgo, como es el caso del accionante a quien se lesiona atentando contra el bien moral protegido en la Constitución de la República en el art. 66 numeral 18. Por las consideraciones expuestas **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** desechando la reconvención y las excepciones planteadas por improcedentes se declara con lugar la demanda propuesta por el doctor Roberto José Rivera Endara, en contra del Banco Territorial S.A., ordenándose en consecuencia y como reparación pecuniaria al daño moral y ofensas causadas que pague al accionante la suma de cincuenta mil dólares americanos. Con más costas procesales. Se regula en el 5% de los valores mandados a pagar los honorarios de sus defensores, debiendo descontarse el porcentaje que corresponde al Colegio de Abogados del Guayas. Dese lectura y **notifíquese.**

f) Ab. Eduardo Seminario Vinueza, Juez Temporal Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil y Mercantil de Guayaquil.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2011-0129

JUZGADO VIGÉSIMO TERCERO DE LO CIVIL DE GUAYAS. Guayaquil, jueves 18 de julio del 2013, las 15h48.
VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa, en virtud de la acción de personal nro. 8547-DNP, de junio 26 de 2013. Agréguese el escrito presentado por el Dr. Roberto José Rivera Endara, el 4 de julio de 2013, mediante el cual contesta el traslado comunicado. Para resolver sobre los pedidos de nulidad, ampliación y aclaración solicitados por la parte demandada, téngase en cuenta: 1) En el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, se determinan cuáles son las causales de nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales; y, en el artículo 1014 *-ibídem-* por violación del trámite correspondiente a la naturaleza de la causa si influye en la decisión de la misma. Si bien el artículo 1016 señala la posibilidad que las partes sean escuchadas en estrados; sin embargo, no haberse accedido oportunamente a la convocatoria solicitada de ninguna manera constituye ni omisión de solemnidad sustancial ni violación de trámite, peor aún vulneración de derecho fundamental alguno. Por lo que, mal pudo haber influido en la resolución dictada en este juicio. Es más, la misma norma legal establece que dicha audiencia puede ser solicitada en segunda instancia: consecuentemente tampoco podemos considerar que exista indefensión. 2) Según la ley, la doctrina y la jurisprudencia, dos elementos copulativos deben existir para considerarse la existencia de una nulidad procesal, estos son: a) la especificidad y la trascendencia, esto es que la causa de nulidad esté claramente prevista en la Ley mientras que el segundo elemento equivale a decir que la causa de nulidad sea grave y perjudique derechos e intereses de los contendientes. En esta causa no se cumplen ninguna de las causales antes señaladas. Por lo tanto se niega la petición de nulidad. 3) Resolviendo sobre la ampliación y aclaración, la sentencia condenó para reparación pecuniaria al daño moral y ofensa causada al accionante -única y exclusivamente- al Banco Territorial S.A.- Por lo tanto, no hay nada que aclarar y ampliar al respecto. **Notifíquese.**
f) Ab. Víctor Hugo Medina Zamora, Juez Vigésimo Tercero de lo Civil y Mercantil de Guayaquil.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2013-0495 (Daño Moral)

SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 19 de agosto del 2014; a las 10h45.
VISTOS: Los suscritos abogados Dora Moreano Cuadrado, Alfonso Ordeñana Romero y María Gabriela Mayorga Contreras avocamos conocimiento del presente juicio en calidad de jueces titulares quedando conformada la Sala para resolver la presente causa en la que comparece el ingeniero Carlos Espinoza Torres a nombre del Banco Territorial S.A. en liquidación interponiendo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Tercero de lo Civil del Guayas, declarando con lugar la demanda presentada y disponiendo la reparación pecuniaria de USD 50.000 por el daño moral y ofensa causadas al actor y fijando el 5% los honorarios del defensor. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera lo siguiente: **PRIMERO.-** La competencia se ha radicado mediante sorteo por lo que la Sala tiene competencia para conocer y resolver la presente causa con las atribuciones y bajo los principios señalados en el Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** No existe omisión de solemnidad sustancial que pueda ocasionar la nulidad por lo que el proceso es válido. **TERCERO.-** La demanda es planteada por el doctor Roberto José Rivera Endara en contra del representante legal del Banco Territorial, por sus propios derechos y por los que representa en calidad 24 de noviembre del 2010 de Gerente General del Banco Territorial, indicando que el día 24 de noviembre del 2010 obtuvo de la Compañía Credi Recort (Central de Riesgo) un certificado de información crediticia y que consta reportada por el Banco Territorial al sistema financiero a octubre del 2010, una

deuda de USD 450,12 contraída con dicha Entidad. El actor indica que jamás contrajo crédito alguno con el Banco Territorial en el cual durante muchos años ha tenido su cuenta corriente nro. XX la cual cerró para que no se siga cobrando una deuda inexistente. Que por el reporte realizado por el Banco Territorial, tiene una calificación E pues significa que es una persona incumplida en el pago de sus obligaciones y por tanto moroso, lo cual le causa un daño moral perjudicándolo en sus posibilidades de obtener un crédito en otras instituciones, creándole una situación muy grave en sus actividades financieras, originándole un perjuicio por tratarse de una acusación que mancha su reputación, ya que no le debe al Banco Territorial ni un centavo. Manifestando que se ha caracterizado por ser un hombre serio cumplidor de sus obligaciones y que se ha desempeñado como profesor universitario, Diputado Nacional, Concejal del Cantón, Vicepresidente del Tribunal Electoral, Director Provincial de Educación del Guayas y Director Regional del IESS. Señala que es un cliente al día de la Casa Comercial Tosi S.A., y que el Banco del Pacífico le da una calificación A. Por lo que demanda la indemnización pecuniaria de USD 100.000, las costas procesales, las costas procesales y honorarios de su patrocinador. (sic) A fojas 24 se admite a trámite la demanda y de fojas 25-30 están las citaciones realizadas a los demandados. A fojas 32 comparece el señor Fernando Sánchez Rodríguez por sus propios derechos y presenta las excepciones de falta de legítimo contradictor ya que el actor le ha demandado por sus propios derechos y por los que representa; e indica además que el actor no narra ni explica los fundamentos fácticos de la demanda ni detalla hechos concretos y simplemente dice que ha sufrido un daño moral. Que no existe una acción ilícita imputable a su representada porque en ningún momento ha procedido a ejercer actos conducentes a causar daño al actor. Que no es posible que el actor pretenda que por el simple hecho de haber aparecido en un informe crediticio negativo, originado por él, aquello haya ocasionado un daño moral, un verdadero descalabro en su reputación personal y comercial que el permita reclamar una cuantiosa indemnización y menos aún es factible que el actor se permita sostener que se deba a una deliberada intención de irrogarle daño; y presenta las excepciones de falta de legítimo contradictor, falta de derecho del actor en subsidio, negó en forma pura y simple la totalidad de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, niega que se haya ocasionado un daño moral piscológico y de ningún tipo, niega que algún momento se haya actuado con el afán premeditado o deliberado de proferir algún tipo de daño al actor, niega que haya proferido algún tipo de acusación, imputación o inculpación de cualquier especie en contra del actor, que hubiese afectado su honra, crédito o le hubieran causado daños morales; niega que haya ejecutado cualquier tipo de acto tendiente a inferir daño moral, sufrimiento físico y síquico, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas que se hayan efectuado en forma alguna al actor y finalmente niega que el actor tenga derecho a demandarle el pago de una indemnización de USD 100.000; y reconviene al actor por la cantidad de USD 220.000 por el daño moral que el actor le ha ocasionado al presentar la demanda en su contra. A fojas 37 consta la comparecencia del señor Fernando Sánchez Rodríguez a nombre del Banco Territorial indicando que en la demanda no se encuentra el detalle de hechos concretos que impliquen que el actor haya sufrido un daño moral. Que el reporte de una persona a la Central de Riesgo es un acto propio de la actividad bancaria y que el actor no especifica los hechos reales y concretos de como se ha visto afectada su reputación, no indica las consecuencia y niega en forma pura y simple la totalidad de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y niega que su representada haya ocasionado daño moral, sicológico o de ningún otro tipo al actor, que su representada haya actuado con el afán premeditado de proferirle daño, ni que se le haya proferido ningún tipo de acusación, imputación, inculpación de cualquier especie en contra del actor, que hubiere afectado a su honra o le hubiere causado daño moral, angustia, ansiedad, humillaciones. A fojas 50 está la contestación que hace el actor a la reconvención planteada negando de manera pura y simple los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención. A fojas 69 está el acta de la audiencia de conciliación que se llevó a efecto con la presencia de la parte demandada ratificándose en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la contestación de la demanda los demandados y en la reconvención. Por su parte el actor se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda. Durante el período de prueba las partes solicitaron las que consideraron menester, y a fojas 76-98 y 101 están reportes crediticios en los que consta el actor con calificación E en el Banco Territorial. A fojas 100 está una comunicación con la cual el actor solicita

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

el cierre de su cuenta el 29 de julio del 2010. A fojas 108-148 está el currículum y anexos del actor. A fojas 154 un cheque en blanco del Banco Territorial, a fojas 155 está un certificado del Registro de la Propiedad de Playas en el que consta un inmueble a nombre del demandado. De fojas 165 a 205 están unos estados de cuenta del actor correspondientes a una cuenta en el Banco Territorial. A fojas 206-208, 210-211 están 4 solicitudes de tarjeta de crédito firmadas por el actor, las mismas que tiene fecha diciembre de 1991, septiembre de 1992 con la copia de la cédula del actor, con la cual puede confirmarse que la firma que están en las solicitudes corresponden al actor; y ante estos documentos con escrito e fecha 216 el actor indica que de conformidad con el art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el Banco Territorial no puede realizar compra y venta de bienes suntuarios. Que los vouchers con firma de responsabilidad serían los documentos probatorios de que es cierto que adeudala Casa Comercial Tosi por mercadería adquirida y que la demanda contra el Banco Territorial por aparecer en la central de riesgo como deudor moroso de la entidad bancaria. A fojas 272, la compañía Equifax indica que no ha recibido de parte del Banco Territorial la información solicitada en los puntos 1 y 2, lo hace a través de la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros. A fojas 274 está la confesión judicial rendida por el doctor Roberto José Rivera Endara quien a la pregunta 4. ¿Diga el confesante cómo es verdad que ha sido tarjetahabiente de una tarjeta de crédito "Crédito Sí" administrada por el Banco Territorial? Contestó: Tosi me envió a mi domicilio una tarjeta y yo la regresé indicando que no deseaba tarjeta y la devolví. A la 8. ¿Diga el confesante desde cuando es cliente de la Casa Comercial Tosi C.A.? Contesta: Desde hace mucho tiempo no tengo ninguna relación comercial con Tosi. A la 9 ¿Diga el confesante si conoce que la tarjeta de crédito "Crédito Si" es administrada por el Banco Territorial? Contesta: No conozco. A la 10. ¿Diga cómo es verdad que usted suscribió la solicitud n. °- 10282, con la finalidad de obtener la tarjeta de crédito" Crédito Sí Banco Territorial? Es falso. La 11. ¿Diga cómo es verdad que suscribió un convenio con el Banco Territorial para la emisión y uso de la tarjeta de crédito "Crédito Sí Banco Territorial"? Contesta: Nunca la he firmado, ningún contrato de esta naturaleza. A la 12 ¿Diga usted cómo es verdad que la señora Teresa Barberán Loor fue su garante en la tarjeta de crédito. Crédito Si Banco Territorial? Contesta: No recuerdo, pues considero que no ha habido ningún un nexo comercial en este sentido. A la 17 ¿Diga el confesante si usted ha realizado abonos a la tarjeta de crédito? ¿Crédito Si Banco Territorial? Contesta: No he tenido ninguna relación comercial, con tal empresa y por tanto no tenía por qué realizar abonos, como efectivamente nunca he realizado tal hecho. A la 18. La única comunicación que envié al Banco Territorial, es aquella en la que pedí que voluntariamente se cierre mi cuenta porque me estaban haciendo descuentos arbitrarios de una deuda inexistente. A la 20 ¿Diga el confesante si usted alguna vez presentó formalmente alguna reclamación al Banco Territorial S.A. por la información que consta en los reportes de información crediticia (que usted ha adjuntado a este proceso)? Contesta: No porque me indignó este abuso y jamás vale pedí información a Credit Report, donde me indicaron que el pedido para la publicación la había hecho el Banco Territorial por intermedio de su Gerente, del señor Fernando Sánchez Rodríguez. A la 21. ¿Diga el confesante si usted, alguna vez presentó formalmente alguna reclamación ante la Superintendencia de Bancos y Seguros por la información que consta en los reportes de información crediticia (que usted ha adjuntado a este proceso)? Contesta No he presentado ninguno, porque consideré que este abuso del Banco Territorial no iba tener solución por intermedio de esta Entidad. A fojas 285 está la confesión judicial rendida por el actor a pedido del demandado Raúl Fernando Sánchez Rodríguez y a la pregunta 5.3 contesta: El Banco Territorial nunca me comunicó nada y me he enterado por el boletín de la Central de Riesgo que soy el deudor moroso del Banco Territorial, hecho lo cual debe responder como responsable el señor Fernando Sánchez Rodríguez, por sus propios derechos y lo que representa del Banco Territorial como su gerente. A fojas 286 se encuentra la certificación del Produbanco que indica que el señor Roberto José Rivera no registra créditos ni aprobados ni negados en los últimos 10 años, no tiene productos en esa Institución y no tiene cuenta ahorros por roles de pago. A fojas 287-288 un certificado del Registro Mercantil que indica que no existen contratos vigentes inscritos, certificaciones. A fojas 289-292, 334 y 337, 343-346, 353-356, 362-366, 368, 369 consta que el actor mantiene cuenta en el Banco de Guayaquil, que no tiene cuenta en Mutualista Pichincha ni en los Banco Internacional y Banco General Rumiñahui,

Banco Amazonas, Banco Solidario, Banco General Rumiñahui, Banco Del Bank, Unibanco Interdin, Cooperativa Cooprogreso, Proamerica, Cooperativa 15 de abril, Unibanco, Pichincha, Banco Amazonas, Coop. Mego, Banco de Machala. De fojas 293-332 está la historia laboral del actor. A fojas 335 está la certificación del Banco de Guayaquil en la que consta que posee cuenta de ahorros activa. A fojas 338 consta un memorando del departamento de Archivos Generales del Municipio de Guayaquil que indica que no consta que el doctor Roberto Rivera Endara haya sido concejal titular o haya actuado en alguna sesión del Concejo. A fojas 356 está la certificación de la Cooperativa 29 de octubre que indica que el actor tiene una cuenta de ahorros inactiva. A fojas 358, el Superintendente de Bancos y Seguros indica que los datos constantes en la Central de Riesgos son de carácter informativo y no podrán ser considerados como vinculantes, para efectos de la concesión o aprobación de operaciones de crédito y a fojas 359 certifica que mediante resolución n.° SBS-DCLS-2004-0805, la Superintendencia de Bancos y Seguros autoriza al Banco Territorial S.A. "(...) la emisión, operación y administración de la tarjeta de crédito propia denominada Crédito Si-Banco Territorial. A fojas 371-375 y 376 está la resolución con la cual se declara la liquidación forzosa del Banco Territorial y comparece dentro del juicio el ingeniero Carlos Espinoza Torres en calidad de liquidador. A fojas 377-378 está la resolución de primer nivel disponiendo el pago a favor del actor, en la cantidad de USD 50.000 por concepto de daño moral. De fojas 29-69 de la instancia se encuentran los estados de cuenta que muestran los saldos pendientes de pago por la tarjeta Crédito Sí.
CUARTO.- El daño moral es aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos como 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. Afecta a la síquis que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, es la doctrina del *doloris pretium.* Consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos ya que es de índole netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza efectiva del ser humano, de tal modo que puede decirse que tal daño se produzca siempre en un hecho externo que afecta a la integridad física y moral del individuo y por lo tanto la apreciación pecuniaria de este debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del juez, pero para ello es menester que quien alegue haber sufrido dicho daño demuestre en primer lugar la existencia de un hecho dañoso, ilegítimo o arbitrario y la incidencia del hecho o acto dañoso, pues no puede simplemente alegarse aflicción sino que se hace necesario demostrar que ha sufrido descredito o perjuicio de orden económico. El art. 2232 del mismo cuerpo de leyes, dispone que en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, se podrá 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, y, finalmente en el inciso tercero de dicha norma jurídica se establece 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 del valor de la indemnización, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo. De las disposiciones referidas se establece que los elementos constitutivos para que proceda la acción de daño moral, son los siguientes: 1. Que se trate de un hecho ilícito y grave. 2. Que se produzca un daño extra patrimonial; y, 3. Que exista el denominado nexo causal entre el hecho generador y la acción u omisión ilícita del demandado. En la especie no se encuentran reunidos dichos requisitos, ya que lo que a pesar de que el actor ha negado haber hecho uso de la tarjeta de crédito sí, de fojas 29-69 están las copias de los estados de cuenta que demuestran que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, al 16 de febrero del 2011, el señor Rivera Endara Roberto José mantenía un saldo pendiente de pago por USD 307,51, el cual se mantiene pendiente de pago a ellos se suman las solicitudes de tarjeta de crédito en las que se evidencia la firma del actor, por tanto, han quedado desvirtuadas las afirmaciones que hace el actor por lo que la entidad bancaria demandada, tenía motivos suficientes y legítimos para efectuar el reporte a la central de riesgos. En cuanto al daño que manifiesta haber sufrido, dentro del proceso no se observan pruebas que determinen un daño extra patrimonial y finalmente el denominado nexo causal entre el hecho generador y la acción u omisión ilícita del demandado tampoco existe como

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

consecuencia de lo ya expuesto, por lo que este Tribunal en cumplimiento de los derechos y obligaciones previstos en la Constitución y en la ley llega a la convicción de que el reporte que ha efectuado la entidad bancaria corresponde a la realidad y por lo tanto, es un acto legítimo, provocado como consecuencia de la actuación del mismo actor, de modo que no puede pretender aprovecharse de su propio error, dolo o culpa. Sin que haya necesidad de efectuar otro tipo de consideraciones, esta Sala Especializada de lo Civil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** ADMITE el recurso de apelación y revoca la sentencia de primer nivel para declarar sin lugar la demanda planteada y sin lugar la reconvención planteada. Una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase al Juez de primer nivel para los fines de ley. **Notifíquese.**
f) Dora Moreano Cuadrado, Jueza Provincial; Ab. Alfonso E. Ordeñana Romero, Juez Provincial; Dra. María Gabriela Mayorga, Jueza Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 627-2014

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, martes 31 de marzo del 2015, las 08h48.
VISTOS: (627 – 2014): 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces y la Jueza Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución nro. 01-2015 de 28 de enero de 2015, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme los Arts. 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: Sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación activado por el Dr. Roberto José Rivera Endara, en contra de la sentencia proferida por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 19 de agosto de 2014, a las 10h45, dentro del juicio que por daño moral sigue en contra del Banco Territorial S.A.- 3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada los Arts. 75, 82, 169 de la Constitución de la República; 18, 23, 25, 27, 29 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1715, 1726, 2232 del Código Civil; 113, 114, 115, 122 y 142 del Código de Procedimiento Civil. Deduce el recurso interpuesto con cargo en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación. 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., 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 ideológica de la casación así lo orienta en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y su respuesta motivada y justa, Arts. 1 y 75 de la Constitución de la República). La visión actual de la Casación le reconoce una triple finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, proyectados por la salvaguarda del derecho objetivo, la unificación jurisprudencial, 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 CONSTITUCIONALES: Sin desmedro de atender el principio de supremacía constitucional, establecido en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, al ser la norma suprema del Estado la fuente originaria del ordenamiento jurídico derivado, a la cual debe encontrarse ajustado el sistema normativo 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 dicha normativa, es necesario puntualizar que la estrictez que supone la deducción del recurso de casación integra la necesidad de conexión lógica, entre la causal o cargo y la fundamentación, respecto de las normas que a criterio del casacionista han sido infringidas. Aduce el recurrente: "Nuestro sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, debiendo resolverse los procesos, entre otros cuerpos legales, por la Ley y los méritos del proceso, dando así vida a los principios de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (Art. 18, 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial), por lo que el Juzgador deberá en sus funciones aplicar el principio de la verdad procesal y la interpretación de normas procesales, buscando la efectividad de los derechos (Art. 27 y 28 del Código Orgánico de la Función Judicial), repercutiendo en la apreciación en conjunto de la prueba, así como la valoración de la misma (Art. 115 y 142 del Código de Procedimiento Civil). Bajo estas mismas circunstancias, los principios de tutela efectiva y seguridad jurídica (Art. 75 y 82 de la Constitución de la República), no han sido atendidos por la Sala al dictar la sentencia que ataco por medio de este recurso". Con respecto a la vulneración del derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, la Corte Constitucional dictamina: "Entre los derechos que reconoce la Constitución se hallan aquellos que denomina ´de protección´ que tienen relación con el acceso a la justicia en reclamo de sus derechos, siendo uno de ellos el contenido en el artículo 75, que dispone el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses. La aplicación de estos derechos en la parte orgánica de la Constitución se encuentra definitivamente vinculado a los principios de la administración de justicia, contenidos en el artículo constitucional 168, y que se concreta al consagrar al sistema procesal como medio para la realización de la justicia, y dispone que las normas procesales deben observar principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal y garantizar el debido proceso. La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino a que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones. El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ´haga justicia´, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas." (Corte Constitucional, Sentencia nro. 0004-10-SEP-CC, caso nro. 0388-09-EP, R.O.S. nro. 159 de 26 de marzo de 2010). Asimismo respecto de la tutela judicial efectiva la Corte Constitucional en cuanto derecho fundamental "...contempla el acceso a la jurisdicción, obliga al juez a no ser muy formalista, sin que exista de esta manera arbitrariedad. Comprende, además, aspectos que guardan relación con contenidos del derecho al debido proceso, en cuanto a los recaudos básicos que permiten la efectividad de la justicia. Es el derecho que tienen los ciudadanos para acudir ante los órganos jurisdiccionales, para obtener una sentencia debidamente fundamentada de las pretensiones propuestas, que bien puede ser favorable o no" (Sentencia nro. 244 – 12-SEP-CC, caso nro. 0047-12-EP, R.O.S. nro. 877 de 23 de enero de 2013). Cabe relievar que la alegación efectuada, en el sentido de que la sentencia recurrida infringe los Arts. 75, 82 y 169 de la Constitución de la República, no discierne si estas normas constitucionales han sido aplicadas indebidamente,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

no aplicadas o si su interpretación ha sido errónea, así como tampoco establece específicamente la censura cuál es la transgresión constitucional incurrida, así como tampoco la supuesta vulneración que se dice ocasionada como consecuencia de la sentencia proferida por el Tribunal a quo. Por tanto, la simple alegación, sin efectuar ninguna otra especificidad, ni una mínima argumentación lógico-jurídica que tenga vinculación con la impugnación, ni con otras normas concordantes, 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 o legal que pudieron acaecer en el fallo impugnado, de aquellas que se encuentran previstas por la Ley de Casación. José Nuñez Aristimuño explica: "Sin fundamentar, sin razonar las infracciones denunciadas no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos o circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción". (Aspectos de la técnica de la formalización del recurso de casación, Editorial Productor Forexp, Caracas, 1994, p.p. 102, 103). Consecuentemente, la imputación resulta diminuta, al alegarse la violación, in genere, de un derecho fundamental, sin expresarse en forma clara y concreta, ni precisar sus razones. En tal virtud, se rechaza el cargo imputado en cuanto a la vulneración de las normas constitucionales que considera infringidas. 5.2.- SEGUNDO CARGO: CAUSAL TERCERA.- Corresponde analizar el cargo por la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación. La causal invocada, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma sustancial, requiere para su procedencia que se encuentren reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha (n) sido violentada (s); b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de norma o normas de derecho sustancial por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) la explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción de norma de valoración de la prueba y la segunda infracción de norma sustantiva o material. Quien recurre, al invocar esta causal, 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 afectada como consecuencia de la primera infracción, por lo que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. Las normas jurídicas supeditan la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho. Por ello que la parte que afirma la existencia de un hecho al que atribuye alguna consecuencia jurídica debe, ante todo, justificar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma o normas invocadas en apoyo de su postura procesal. Esta es la razón por la que la actividad meramente alegatoria debe estar complementada con una actividad distinta cuyo objeto consiste en verificar la exactitud de los datos fácticos que las partes incorporan al proceso a través de sus afirmaciones. Esta actividad se denomina prueba, entendida como "la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones" (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, tomo I, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, sexta edición actualizada, 1986, p. 462). La prueba conforme lo determina el Código de Procedimiento Civil, en su art. 115, "deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica"; en tal virtud, "ningún juez debe ignorar al momento de emitir su declaración de certeza sobre los hechos controvertidos conducentes: el de unidad de la prueba. Principio que exige al interprete el examen concienzudo de cada prueba separadamente y de todas las pruebas juntas. Y que no lo permite, en consecuencia, ni tergiversar una fuente mediante su mutilación o fraccionamiento, ni tomarla en consideración aisladamente del resto de los elementos probatorios."(Gladis E. De Midón, La Casación, Control del "Juicio de Hecho", Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, Santa Fe, p. 297). Se debe tener presente que el conjunto probatorio integrado al proceso forma una unidad y, como tal, debe ser examinado y valorado por el órgano jurisdiccional confrontado las diversas pruebas: testimonios, documentos, pericias, etc.,

precisando sus concordancias o discordancias para concluir respecto del convencimiento que del acervo probatorio se forme. 5.2.1.- Aduce el recurrente: "En el considerando Cuarto de la sentencia atacada, la Sala no evalúa los preceptos relativos a la carga de la prueba, esto es, no señala la obligación que tenían las partes de probar sus afirmaciones, habiéndose establecido que el suscrito estaba registrado como deudor moroso en la ´central de crédito (información proporcionada por la SBS – el 23 de noviembre del 2010 – período: noviembre 2007 – octubre 2010)'. Surge la interrogante que debió probar la accionada: ¿Cuál fue el motivo para que el Banco Territorial S.A., remita una información, no real, a un archivo que está al alcance del sector financiero, bancario, comercial y público? La única forma de demostrar que soy deudor de lo que la Sala A Quem (sic) indica en la sentencia (un saldo pendiente de pago por USD 307,51), era la exhibición del documento o documentos firmado (sic) por el suscrito que digan relación a la adquisición de una deuda (pagaré, letra de cambio, bauchers – sic-), ya que, conforme lo establece el art. 1726 del Código Civil, toda deuda de más de ochenta dólares de Estados Unidos de Norteamérica, debe constar en documento. Este documento no existe dentro del proceso, por lo que, existe errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba al no atenderse el principio de verdad procesal... El Banco demandado adjuntó como prueba de la supuesta deuda, que se dice es el antecedente para mantenerme en la central de crédito como deudor moroso, 41 estados de cuenta correspondientes a la tarjeta de crédito 'Crédito Si – Banco Territorial', aseverando que mantengo valores impagos, por consumos realizados con la tarjeta de crédito, sin acompañar los documentos necesarios y suficientes que den soporte a esos documentos (sic). 5.2.2. "La tarjeta o carnet de crédito (sic) que entregan las entidades financieras legitimadas para crearlo y emitirlo permiten al tenedor o tenedores legítimos -pues no están destinados a circular- adquirir bienes, servicios y dinero efectivo, e inclusive financiación de compras en un número de meses, a su presentación en los comercios que se obligaron a ello con la entidad financiera, y que el tenedor o tenedores de la tarjeta de crédito conocen por aviso o información de aquella a éstos, debiendo firmar en cada caso la factura o cupón de ventas al comerciante… La demora en los pagos por el cliente da derecho a la entidad financiera, conforme a lo que disponga el Banco Central, a los recargos que correspondan… Es evidente que la entidad financiera otorga un crédito que incorpora a la tarjeta de crédito al crearla, y lo concede al tenedor legítimo de la misma al emitirla, esto es, al entregarla. Cuando el titular de la tarjeta de crédito financiera la presenta para obtener la prestación de bienes, servicios, dinero o financiación por un lapso pactado, lo consigue porque dispone del crédito, al exhibir un documento de presentación con el que demuestra que es titular legítimo y competente para hacer valer con eficacia el crédito incorporado, previa su identificación, bien entendido que los bienes y servicios adquiridos los consigue sin pagar suma alguna en el momento de obtenerlos, no de la entidad financiera sino de los productores o intermediarios adheridos, y de acuerdo con un negocio jurídico bilateral preexistente celebrado entre la entidad financiera y los obligados a la prestación, negocio jurídico subyacente, básico o fundamental, como el celebrado por el titular de la tarjeta de crédito con la entidad financiera, del cual trae causa la tarjeta de crédito". (Luis Muñoz, Contratos y Negocios Jurídicos Financieros, Editorial Universidad S.R.L., tomo II, Buenos Aires, 1981, p.p. 724, 725, 729). En esta misma línea, "...Lo básico del contrato de apertura de crédito tiene relación con una promesa bancaria de otorgarlo a su cliente, para que una vez haya dispuesto de él, se convierta en deudor del banco..." (Hildebrando Leal Pérez, Contratos Bancarios, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1990, p. 315). 5.2.3. El considerando Cuarto de la sentencia recurrida establece: "...a pesar de que el actor ha negado haber hecho uso de la tarjeta crédito sí, de fojas 29-69 están las copias de los estados de cuenta que demuestran que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, al 16 de febrero del 2011, el señor Rivera Endara Roberto José mantenía un saldo pendiente de pago por USD. 307,51, el cual se mantiene pendiente de pago a ello se suman las solicitudes de tarjeta de crédito en las que se evidencia la firma del actor, por tanto, han quedado desvirtuadas las afirmaciones que hace el actor por lo que la entidad bancaria demandada, tenía motivos suficientes y legítimos para efectuar el reporte a la central de riesgos. En cuanto al daño que manifiesta haber sufrido, dentro del proceso no se observan pruebas que determinen un daño extra patrimonial y finalmente el denominado nexo causal entre el hecho generador y la acción u omisión ilícita del demandado tampoco existe como consecuencia de lo ya expuesto…". Como se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ha manifestado supra, es deber del casacionista en el marco de su alegación, con cargo en la presente causal, demostrar suficientemente la infracción de norma o normas de valoración de la prueba, así como la violación de norma o normas sustantivas o materiales. El art. 1726 del Código Civil que acusa infringido, dispone: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. No se incluirán en esta cantidad los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida". 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, p.p. 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, op. cit. p. 37). La norma alegada por el recurrente, art. 1726 del Código Civil, sin perjuicio de encontrarse incorporada al cuerpo normativo sustantivo civil, es en esencia procesal, por cuanto su articulación depende de recursos o medios que se activan en el momento procesal pertinente, sin que por esta particularidad, pueda ser catalogada como norma de derecho material, como queda suficientemente explicado. El precepto normativo anteriormente transcrito forma parte del Código Civil junto con otros preceptos de contenido puramente procesal por falencia en la técnica legislativa llamada yuxtaposición. El sistema legal es un sistema de principios y reglas 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). La norma que se acusa infringida, es aplicable a la valoración de la prueba, que el casacionista aduce que el Tribunal a quo debía apreciar conforme "los méritos del proceso (Arts. 23, 27 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial)", que atienden a los principios de tutela judicial efectiva de los derechos, de la verdad procesal, y al procedimiento de interpretación de normas procesales. Al Tribunal de Casación no le compete examinar y revalorizar la prueba, pues es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia, siendo de su competencia el controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan quebrantado normas positivas que regulan la misma. Salvo excepcionalmente los eventos de arbitrariedad o absurdidad en la valoración probatoria, desde que la

"soberanía" de los jueces de instancia no es absoluta, sus decisiones no pueden rebasar esos límites, pues la valoración quedaría vaciada y sin sentido.- 5.2.4. Como se ha referido, la operación de tarjeta de crédito es bilateral y, se agrega, consensual y de tracto sucesivo, que por efecto de un contrato "genera obligaciones tanto para el banco como para el cliente. Para el primero porque el banco se compromete a mantener determinadas sumas de dinero a disposición de su cliente, durante un lapso determinado de tiempo. Para el cliente surge la obligación de reembolsarle a la entidad el monto de crédito utilizado, junto con los intereses convenidos y el reconocimiento de los gastos de operación que conlleve el servicio" (Hildebrando Leal Pérez, op. cit. 319). La Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos Libro 1-A (Registro Auténtico 2006 de 05 de julio de 2006), en el Capítulo V, Constitución, Funcionamiento y las Operaciones de las Compañías Emisoras o Administradoras de Tarjetas de Crédito y los Departamentos de Tarjetas de Crédito de las Instituciones Financieras, define en el inciso segundo del art. 1, a la tarjeta de crédito como "...el documento emitido por una institución financiera o de servicios financieros autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, que le permita a su titular o usuario, disponiendo de una línea de crédito concedida por el emisor, adquirir bienes o servicios en establecimientos que, mediante un contrato, se afilian a un sistema, comprometiéndose por ello a realizar tales ventas o servicios", contrato que debe efectuarse en base al modelo que la Superintendencia de Bancos y Seguros determine. A fojas 206 y 207 vta., del cuaderno de primera instancia constan dos solicitudes de tarjeta de crédito, fechadas el 03 de diciembre de 1991 y el 07 de septiembre de 1992, respectivamente, y a fojas 28 del cuaderno de segunda instancia un contrato de crédito "Crédito si", de 03 de diciembre de 1991, documentos que constan suscritos entre la Casa Comercial Tosi C.A., y el abogado Roberto José Rivera Endara, ahora casacionista. En el contrato de crédito se estipula en la cláusula octava que "La falta de pagos de acuerdo a las condiciones aquí convenidas podrá implicar el cierre de la cuenta y hará exigible el pago de la totalidad de la deuda, incluyendo los intereses en mora que calcularán desde la fecha de su último pago, sobre el total del saldo, al máximo permitido por la ley, y los honorarios del abogado encargado de la cobranza". En la demanda incoada por el ahora recurrente en contra del Banco Territorial, consta: "soy un cliente que al día en sus pagos a la Casa Comercial Tosi S.A.", por lo que aduce que no adeuda y que no es moroso del Banco Territorial S.A.- 5.2.5. Las operaciones con tarjeta de crédito, generalmente se reflejan de forma mensual en un estado de cuenta entregado al tarjetahabiente, de acuerdo a los medios previstos, estado de cuenta que detalla pormenorizadamente los consumos o avances en efectivo realizados, de ser el caso, así como, sin limitarse a, la "Definición de los cupos de crédito rotativo, crédito diferido y otros, con indicación del monto utilizado y el diferido pendiente de utilización", "Determinación de los recargos por mora, con indicación de la base de cálculo y la tasa nominal y efectiva anual que se aplica" (Arts. 18.9 y 18.11, Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos Libro 1-A, Capítulo V). De fojas 165 a 205 del cuaderno de primera instancia, constan varios estados de cuenta originales emitidos por Banco Territorial a nombre del ahora recurrente, por concepto de créditos diferidos en la tarjeta de crédito Casa Tosi, montos refinanciados y otros cargos, constatándose un cupo otorgado de $1.500.00. Dentro de dichos estados de cuenta (a fs. 182) se encuentra uno con corte al 26 de abril de 2011, en el que consta un pago por $261.64, en concepto de refinanciación de deuda de dicha tarjeta, curiosamente efectuado después de activada la demanda por daño moral en contra del Banco Territorial, materia del presente recurso, fundamentado en razón de que, según el actor, no tenía ninguna obligación pecuniaria con el Banco Territorial S.A., ni con la tarjeta de crédito Casa Tosi emitida por esa Entidad Financiera, que fuera declarada en liquidación forzosa por Resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros No. JB-2013-2438 de 26 de marzo de 2013. Por lo expuesto, el monto de la obligación asumida con cargo a la tarjeta de crédito, en referencia, consta suficientemente respaldada y en contrato escrito, ascendiendo a más de $80.00 dólares de los Estados Unidos de América, por lo que no se encuentra vulneración al art. 1726 del Código Civil por parte del Tribunal a quo en la sentencia impugnada, y en consecuencia, como ya se dijo ninguna violación de una disposición sustantiva o material que haya sido afectada.- 5.2.6. Acusa el recurrente además que la "Sala en la sentencia atacada, no realiza la valoración en conjunto de la prueba aportada, especialmente, la confesión judicial rendida por el suscrito, la cual, al tenor del art. 122 del Código de Procedimiento Civil, es una

declaración o reconocimiento que he hecho contra mí mismo sobre la verdad de un hecho. Al leer la confesión judicial, en cada una de mis contestaciones mantengo la verdad, la cual está establecida con otros datos procesales, sin que la suscripción de contrato de tarjeta de crédito sea suficiente elemento probatorio para establecer que los estados de cuenta son reales, por lo que, al no apreciar la prueba en su conjunto se produjo una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, al declararme deudor de una obligación".- 5.2.7.- Con respecto a la confesión judicial, el autor Ugo Rocco, refiere: "cuando la declaración que constituye la confesión va acompañada de otros hechos o circunstancias tendientes a debilitar la eficacia del hecho confesado o a modificar o extinguir sus efectos, las declaraciones hacen prueba plena en su integridad, si la otra parte no discute la verdad de los hechos o de las circunstancias agregadas. En caso de discusión, se remite al juez el apreciar, según las circunstancias, la eficacia probatoria de las declaraciones" (Ugo Rocco. Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo III, Editoriales De Palma, Buenos Aires. p. 129), y agrega: "Entre los posibles objetos de la confesión entran todos los hechos jurídicos, y por tanto, también las relaciones jurídicas consideradas sub specie facti; cuando del objeto de la prueba o de la confesión aparece la relación jurídica, la prueba versa siempre sustancialmente sobre el hecho jurídico que ha dado causa a la relación" (Op. cit., p. 161). La confesión judicial tiene un carácter declarativo y no es constitutiva de derechos per se, cuando aquellos hechos declarados se refieren a actos jurídicos que pasan por otro orden de verificación y su eficacia no depende de más reconocimiento que el otorgado por la ley; aunque intrínsecamente exista animus confidendi y certeza en los hechos conocidos, el confesante "no puede disponer del objeto sobre los que ellos versan, ya que las respuestas van dirigidas al juez para que conozca la verdad y no para que sea fedatario de lo que ellas desean concertar para que el juez lo declare en su sentencia" (Ángel Bonet y Navarro. La Prueba de Confesión en Juicio, Biblioteca Procesal, Barcelona. p. 72). En consecuencia, no se acepta el cargo con imputación en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación.- 6.- DECISIÓN: Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, 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 proferida el 19 de agosto de 2014, a las 10h45, por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas. Notifíquese y devuélvase.-

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL.

APELACIÓN

Juicio No. 627-2014

Juez Ponente. Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, martes 14 de abril de 2015, las 09h29.

VISTOS: (627-2014): 1.- Roberto José Rivera Endara interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida el 31 de marzo de 2015, las 08h48, por el Tribunal de esta Sala Especializada, dice hacerlo "Con fundamento en el art. 323 del Código de Procedimiento Civil". Expresa que "Por no estar de acuerdo con tan irrita (sic) sentencia, que ha lesionado mis intereses, pues no se han tomado en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho de mostrados (sic) jurídicamente (sic), durante todo el proceso". 2.- En la forma que prevé el art. 323 del Código de Procedimiento Civil, la apelación "es esencialmente acto procesal que impugna una decisión judicial para su revisión, en instancia jerárquicamente superior, del fondo o de la forma, o de ambos, para que sea revocada, modificada o de cualquier otra manera, alterada en sus efectos jurídicos, que el apelante considera le perjudican o le causan agravio o injuria" (Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código Procesal Civil, t. II, Editorial Justicia y Paz, Guayaquil-Ecuador, 1988, p. 188). Es la apelación el más importante y usual de los

recursos ordinarios en cuanto "…es el remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba" (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, II, sexta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 78). El recurso de apelación como medio de impugnación "...lo tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que el superior las revoque total o parcialmente, por haber incurrido el juez en un error de juzgamiento" (Enrique Falcón, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 291).Descriptivamente, Hugo Alsina dice de la apelación que, "...es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoque, según el caso" (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. IV, segunda edición 2.a, Ediar Editores, Buenos Aires, P. 207). Es la apelación recurso ordinario por antonomasia que se caracteriza por ser abierto, es decir procede, por regla general contra todas las resoluciones judiciales de instancia, salvo las limitaciones propias de la naturaleza de la causa. Es, en consecuencia, recurso por vía de reforma, en cuanto es conocido por el tribunal inmediatamente superior en grado jerárquico de aquel que pronunció la providencia recurrida. La apelación oportunamente interpuesta y legalmente concedida genera la segunda instancia, en efecto, permite al órgano jurisdiccional superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan conocido en la primera instancia, excepto el evento de que el recurrente, por propia iniciativa, restrinja o limite el recurso a una parte de lo que impugna. 3.- En el punto 4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN de la sentencia que ahora se dice impugnar vía apelación, se explicó ampliamente la naturaleza, características, finalidad, de este recurso extraordinario. Ahora, se hace caer en la cuenta que la casación es un debate –así lo reconoce la doctrina- entre la sentencia y la ley; que en casación no se discute acerca de las pretensiones que originaron el litigio de instancia; que en casación no se admite actuación de prueba y se prohíbe los incidentes; que la casación no es una instancia más del proceso, pues, por su esencia, cumple un papel diferente del que es propio de los recursos ordinarios, en particular del de apelación; que la casación por ser recurso formalista y dispositivo, no acepta realizar nueva evaluación de la demanda, de su contestación o réplica o de las pruebas que sirvieron de fundamento a la pretensión de la parte actora y oposición o defensa del demandado; que la casación se caracteriza fundamentalmente porque decide si en la sentencia de instancia impugnada se ha incurrido en alguno de los errores in procedendo o in uidicando constitutivos de las causales que sustentan la impugnación. 4. El recurso que viene interponiendo Roberto José Rivera Endara es uno ordinario que activa la doble instancia con la decisión de Sala de Corte Provincial. Al ser el recurso de casación civil extraordinario y supremo no cabe, por básico entendimiento jurídico, ningún medio de impugnación contra la sentencia que lo resuelve, dentro de la justicia ordinaria. Por improcedente, se deniega el curioso recurso interpuesto. Notifíquese.

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

II
Resolución nro. 0060-2015
Juicio nro. 310-2013

Juicio civil de cumplimiento de contrato propuesto por la empresa CABLEZAR S.C.C., contra Empresa Eléctrica Santo Domingo EMELSAD

SÍNTESIS

Comparece el actor sostiene que existe un contrato de arrendamiento de postes con la Empresa EMELSAD, la cual se compromete a arrendar a la empresa actora, con exclusividad, ya que ésta debe responder por los daños que se causaren en los postes. La empresa demandada ha procedido unilateralmente a reformar en contrato de arriendo, alegando la Ley Antimonopolio, por lo que alega incumplimiento unilateral del contrato, lo que ha ocasionado grave daño económico y moral. Solicita en sentencia se condene el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios, tanto en daño emergente cuanto en el lucro cesante, valores que se determinarán en el juicio. La empresa demandada contesta alegando terminación del contrato por incumplimiento, solicita desechar la demanda y condenar al actor al pago de daños y perjuicios que ha ocasionado a la Empresa Eléctrica Santo Domingo, al pago de costas procesales y pago de honorarios profesionales. Se desechan las excepciones planteadas por los demandados y se acepta la demanda. Ordena pago de Lucro cesante: USD $576.406,25, Daño emergente: USD $ 538.691,80; Honorarios: USD $2.000,00. De esta resolución, la parte demandada presenta recurso de Apelación, el cual confirma la sentencia subida en grado y dispone el cálculo de los intereses desde que se hicieron exigibles por el incumplimiento contractual. Sube el proceso en virtud de sentencia proferida por la Corte Constitucional, por la que se acepta la acción extraordinaria de protección interpuesta por el ingeniero comercial Mario Antonio Badillo Gordón, gerente regional de la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional Santo Domingo y apoderado especial del gerente general de la Corporación Nacional de Electricidad-CNEL (antes Emelsad), en contra de la sentencia pronunciada dentro del juicio que por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios sigue en su contra Cablezar C.S.S. La Corte Constitucional deja sin efecto el fallo expedido por la Corte de Casación, mediante el cual se casa la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Táchilas, la cual confirmó la de primera instancia y dispuso el cumplimiento del contrato por parte de Emelsad y pago por daños y perjuicios, más intereses de ley, sentencia que fue recurrida mediante recursos de hecho propuestos por CNEL S.A. y por la Procuraduría General del Estado. Luego del respectivo análisis, el Tribunal concluye que existió objeto ilícito ya que la empresa pública no podía arrendar los postes de alumbrado a otras empresas que presten servicios similares, en tal virtud, casa la sentencia y declara sin lugar la demanda.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO NOVENO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Santo Domingo, 21 de abril del 2009. Las 08h25.

VISTOS: Holguer Kennedy Velasteguí Ramírez, luego de consignar los generales de ley, presenta la siguiente demanda contenida en los términos: de la clase de demanda. De cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios **DEL ACTOR.** Mis nombres completos son: HÓLGUER KENNEDY VELASTEGUÍ RAMÍREZ, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de profesión ingeniero comercial, de estado civil casado, gerente de la empresa CABLEZAR S.C.C., conforme documento habilitante que adjunto,

domiciliado en la avenida Quito y pasaje Aguavil de la ciudad de Santo Domingo de los Colorados. **DEL DEMANDADO:** Los nombres de la demandada son Empresa Eléctrica Santo Domingo, conocida también por sus siglas como EMELSAD", representada legalmente por el ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en su condición de gerente, y a título personal: **FUNDAMENTOS DE HECHO. De la documentación adjunta se desprende los siguientes hechos que fundamentan la presente demanda: contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD 097-GG-2005.** El 20 de julio del año 2005, se suscribió un contrato de arrendamiento de utilización, de postes de la Empresa Eléctrica Santo Domingo (EMELSAD), signado con el número 097-GG-2005, entre el señor MBA Arq. Fernando Ramiro López C. en calidad de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A., y el suscrito, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., contrato que era producto de la renovación de los contratos anteriores que ha venido manteniendo la empresa CABLEZAR S.C.C., con la EMELSAD, siendo el último anterior del año 2000, tal como lo señala el mismo contrato. En el mismo se detalla que EMELSAD autoriza a CABLEZAR S.C.C. a seguir utilizando en sus postes un cable coaxial para servicios comerciales de televisión por cable en el cantón Santo Domingo, por su parte CABLEZAR S.C.C., reconocerá a EMELSAD por el arriendo de sus postes la cantidad de un dólar anual por cada poste. En la cláusula QUINTA: Duración. El presente convenio tendrá una duración de un año contado a partir del 1 de enero de 2005. El contrato especifica que los postes que arrendará CABLEZAR S.C.C., serán de uso exclusivo para ésta y la EMELSAD no podrá arrendar a otra Empresa que preste un servicio o actividad similar, por razones constantes en la cláusula cuarta, y que tienen relación con la responsabilidad que adquiera CABLEZAR S.C.C., por la integridad de los referidos bienes de la EMELSAD. La exclusividad dada a la Empresa CABLEZAR S.C.C., según esta especificación es por responsabilidad que adquiere Cablezar S.C.C., por la integridad de los postes, propiedad de la EMELSAD, puesto que la Empresa CABLEZAR S.C.C., debe responder por los daños que pueda causar a los bienes de la EMELSAD, y no por práctica monopólicas como ha malinterpretado el Asesor Jurídico de la EMELSAD. **Adendum al contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD 097-GG-2005.** Este adendum es efectuado por parte del Ing. Francisco Javier Suárez Salas, en calidad de Gerente General de la EMELSAD, y por otra parte el Ing. Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., de fecha 23 de agosto de 2005, con el objeto de realizar rectificaciones del contrato principal de arrendamiento de postes, signado con el número 097-GG-2005, que en la cláusula QUINTA. Se leerá: **La duración del contrato de arrendamiento de postes con CABLEZAR S.C.C. será de CUATRO (4) años, a partir del 1 de enero de 2005; y no de un año como consta en el mismo, pudiendo renovarse por voluntad de las partes, para lo cual bastará una comunicación de cualquiera de las partes, con seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, en la que se indique la voluntad de renovar el mismo.** En lo demás las partes se sujetan al contrato principal signado con el número 097-GG-2005, esto quiere decir a las demás cláusulas en especial al asunto de la exclusividad, con lo que el presente contrato tiene una vigencia legal hasta el año 2009, CONTRATO QUE ESTÁ VIGENTE A LA FECHA. **OFICIO AJ-421-2006 DE FECHA 5 DE JUNIO DE 2006:** Suscrito por el Dr. A. GUSTAVO JARAMILLO ASESOR JURÍDICO DE EMELSAD, en el que expresa que "por asuntos constitucionales y la Ley antimonopolio no se puede tener la exclusividad dentro del contrato suscrito, signado con el nro. 097-GG-2005, sobre el arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD, a CABLEZAR S.C.C., es más, las partes se sujetan a las leyes ecuatorianas, en consecuencia al haberse contravenido lo estipulado en los artículos 244 numeral 3 de la Constitución Política de la República del Ecuador, no puede existir la exclusividad en ningún contrato cualquiera que este sea. Por lo expuesto, en cumplimiento a la disposición legal antes invocada, y por la supremacía de la Ley que es la Constitución, se elimina la exclusividad en el contrato de arrendamiento de postes". El art. 23 numeral 26 de la Carta Magna del Estado, Carta a la que el Asesor Jurídico de la EMELSAD hace referencia expresa que, **es un derecho de todo ciudadano ecuatoriano la seguridad jurídica.** Existen en el país organismos a los que se debe acceder para poner fin a un contrato cualquiera sea su naturaleza, o hacer reformas al mismo, que es un Juez Civil, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1561 y 1583 del Código Civil, sin embargo la **Empresa Eléctrica de Santo Domingo, EMELSAD**,

arrogándose funciones que no le competen, ha decidido de manera unilateral, a priori, **reformar el contrato de arrendamiento de postes nro. 097-GG-2005, sin acudir a los organismos pertinentes. El carácter de exclusivo del contrato no implica que éste sea monopólico:** el diccionario de la Real Academia de la Lengua dice acerca del monopolio: **"Situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor".** Más bien, es la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, la que estaría incurriendo en prácticas monopólicas por ser la única comercializadora de energía en la ciudad y única propietaria de los postes de alumbrado eléctrico, que son la cosa arrendada. Además, en el área concesionada a la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, la empresa CABLEZAR S.C.C., no es la única empresa que brinda la señal de televisión por cable, pues existen varias empresas que proveen el mismo servicio, lo que deja sin sustento legal el pobre argumento esgrimido por la Empresa Eléctrica Santo Domingo, para **incumplir el contrato 097-GG-2005.** Puesto que no hay práctica monopólica por parte de la empresa CABLEZAR SCC.; la exclusividad proviene como ya se ha explicado por la responsabilidad que adquiere CABLEZAR S.C.C., por la integridad de los postes propiedad de la EMELSAD. Hasta los niños de la escuela aprenden de sus maestros que la República del Ecuador empieza por el norte en el Carchi y termina en el sur con el Macara, que tenemos 22 provincias y que la Constitución Política del Estado rige para todas ellas, no solo para la ciudad de Santo Domingo de Los Colorados; la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, no puede alegar prácticas monopólicas por parte de CABLEZAR SCC., cuando en el país existen decenas de empresas proveedoras de televisión por cable; por lo tanto no tiene fundamento legal ni le compete a la EMELSAD S.A. pretender actuar como juez constitucional arrogándose funciones que no le corresponden, le aconsejo ubicarse en materia legal y argumentar con propiedad. En el libro "Responsabilidad por daño contractual y extracontractual" de Juan Carlos Venini, página 31 expresa: *"Incumplimiento a los fines de la relación contractual, implica un comportamiento opuesto a aquel en el que se concreta el cumplimiento y, en consecuencia, falta de ejecución o ejecución inexacta de la prestación (Adriano de Cupis "El daño", pág.34). A su vez Miguel puntualiza: "incumplir significa dejar de hacer aquello a que se está obligado.* ***El incumplimiento de una sola prestación llevará implícito el incumplimiento total del contrato".*** El incumplimiento de la cláusula quinta, conlleva a que todo el contrato se haya incumplido de manera unilateral por parte de la EMELSAD, en la persona de su gerente el señor Francisco Javier Suárez Salas, ocasionándome con esta acción un grave daño económico y moral. En ninguna parte del contrato estuvo estipulado que la Empresa EMELSAD pueda rescindir el contrato unilateralmente, sino que, existían causales debidamente tipificadas y señaladas para el efecto en el mismo, no a decisión de la EMELSAD, perjudicando los intereses de CABLEZAR SCC, cuanto más **que no ha sido la empresa CABLEZAR S.C.C., la que ha incumplido ninguna cláusula del contrato sino más bien ha sido perjudicada en sus intereses por la EMELSAD.** REQUERIMIENTO: Mediante diligencia notarial, requerí a la incumplidora el cumplimiento del contrato, mas esta se opuso argumentando las siguientes disposiciones legales que me permito transcribir: a) El artículo 23 numeral 16 de la Constitución Política de la República, normativa suprema que garantiza el derecho que tienen todos los ecuatorianos a ejercer una libre empresa con sujeción a la Ley. b) A su vez el art. 244 *ibídem* numeral tercero, dispone que el Estado está obligado a: "Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la Ley, las prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen". c) El art. 273 de la Carta Magna, determina la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra ley, decreto, ordenanza, estatuto, etc.; y que cualquier aseveración que se haga constar y que se encuentre en contra de las disposiciones de la Constitución, se entenderán de ningún valor legal", (sic). **Breve comentario a una absurda interpretación.** La demanda pretende justificar su arbitrariedad, llevando hasta los niveles de escándalo, el equivocado criterio que mantiene en los tres artículos constitucionales transcritos que cita en el requerimiento: art. 23 numeral 16 de la Constitución Política reza **"El Estado garantiza a ejercer con sujeción a la Ley". Norma constitucional a la que acojo para que se respete los derechos de CABLEZAR S.CC. y que me dan la razón por el atropello que estoy sufriendo**. Art. 244 numeral tercero *ibídem*, dispone que El Estado está obligado a: "Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia **sancionar, conforme a la Ley, las**

prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen". Con la debida ponderación y objetividad me permito aclarar que es el "ESTADO quien está obligado a sancionar conforme a la Ley las prácticas monopólicas, en el caso de existir estas. Como buen conocedor del DERECHO usted señor Juez entenderá que la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. no es el Estado, pues simplemente es una Sociedad Anónima sujeta a la Ley, por lo que sugiero a la demandada consultar algunos significados de la palabra ESTADO, para que "el sorprendido" de fiel cumplimiento con la obligación contraída, y me indemnice los daños y perjuicios que por Ley me corresponden. El art. 273 de la Carta Magna, determina la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra Ley, ***por la misma razón me acojo a la garantía del debido proceso tipificado en el art. 24, numeral uno de la Carta Magna del Estado que para mejor entendimiento del demandado, le transcribo a la letra:*** art. 24, *Constitución Política dice: "Para asegurar el debido proceso, deberán observarse las siguiente garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan las Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento" (Lo subrayado me pertenece). El contrato en la CLAUSULA NOVENA claramente dice:* ***En todo lo previsto en este convenio las partes se sujetan a las leyes ecuatorianas, las que se mantendrán incorporadas a este convenio, así como expresamente manifiestan que renuncian sus domicilios Y EN CASO DE DISCREPANCIAS, SE SUJETAN A LOS JUECES COMPETENTES DE ESTA CIUDAD de Santo Domingo de los Colorados al trámite en juicio verbal sumario. Es decir, para que entienda mejor la demandada, esta no podía hacer justicia por su propia mano, porque esa atribución la tiene el JUEZ DE LO CIVIL y no la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. como arbitrariamente ha incumplido con una justificación por demás infantil.*** En el término de prueba que su Autoridad lo señalará en su oportunidad, apegado a derecho, demostraré los múltiples contratos que la EMELSAD mantiene con varias empresas proveedoras de televisión por cable. **ACTUACIÓN DOLOSA.** Mediante oficio DT-3579-256-2006, dirigido por el técnico encargado al gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, ingeniero Francisco Suárez, en el que le comunica un informe de una Auditoría Ambiental de la EMELSAD aprobado por el CONELEC, donde se encontró como no conformidad la alta densidad de cables en la infraestructura eléctrica, se dispuso como acción correctiva, solicitar a las empresas contratantes que utilizan la infraestructura de la EMELSAD que retiren el exceso de cables; y a pesar de aquello de manera dolosa se ha efectuado contratos con las Empresas Cable Premium y Colorados Visión, empresa que está utilizando los postes que están bajo la responsabilidad integra de CABLEZAR SCC. Sin haberme notificado de esta nueva contratación. Todos estos fundamentos me dan derecho a presentar esta demanda, a fin de que usted señor Juez, ordene la reparación de mis derechos vulnerados por el incumplimiento de manera unilateral del contrato de arrendamiento de postes de la EMELSAD nro. 097-GG-2005, por parte de la referida Empresa, lo que ocasiona un grave daño económico en contra de CABLEZAR SCC, puesto que se le está impidiendo de cumplir con sus actividades empresariales. Con los antecedentes expuestos in extenso, se evidencia que la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, es civilmente responsable, en este caso, de incumplimiento del contrato de arrendamiento de postes 097-GG-2005, suscrito entre la Empresa EMELSAD Y CABLEZAR SCC, puesto que arrogándose funciones que no le competen, unilateralmente, ha decidido eliminar la exclusividad en el contrato de arrendamiento de postes, procedió separadamente a arrendar a segunda y tercera persona los mismos postes; **concurro ante usted, señor Juez, y al amparo de lo preceptuado en los arts. 1505, 1572, 1863 y 1865 del Código Civil, y a los arts. 20 y 23 numeral 26 de la Constitución Política del Ecuador, demando como en efecto lo hago, para que en sentencia se condene a la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, al cumplimiento del contrato referido y a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, tanto en el daño emergente cuanto en el lucro cesante, valores que habrán de determinarse en el decurso del juicio. FUNDAMENTOS DE DERECHO.** Arts. 20,23 numeral 26, 24 numeral 1, 244 numeral 3 y 275 de la Constitución Política del Estado, arts. 1505, 1567, 1572, 1863, 1865 del Código Civil. **COSA,**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CANTIDAD, O HECHO QUE SE EXIGE. Con estos antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho al amparo de lo dispuesto en los arts. 1505, 1572, 1863, 1865 del Código Civil; 20, 23 numeral 26, 24 numeral 1, 244 numeral 3 y 273 de la Carta Magna del Estado, demando en juicio verbal sumario al ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en su condición de gerente y representante legal de la Empresa Eléctrica de Santo Domingo S. A. EMELSAD, y a título personal, por ser civilmente responsable de haberse cumplido imperfectamente el contrato de utilización de postes de la EMELSAD. Pido en sentencia se acepte mi demanda y: a. Se ordene el cumplimiento del contrato. b. Se ordene el pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato por parte de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, indemnización que comprende, tanto el lucro cesante como el daño emergente, que serían los ingresos que está dejando de percibir CABELZAR SCC hasta la terminación del contrato; y como compensación se condene a la EMELSAD en la persona de su representante legal, el ingeniero Francisco Javier Suárez Sala, al pago de una suma no inferior a los seis millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. c. El pago de las costas procesales y los honorarios profesionales de mi defensor; d. Me reservo el derecho de demandar el daño moral causado; e. Me reservo el derecho de ejercer las acciones penales correspondientes. **CUANTÍA**. La cuantía de la presente demanda no será inferior a los seis millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y no excederá de los ocho millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. **TRÁMITE**: De conformidad con lo preceptuado en la cláusula novena del contrato, esto es por convenirlo así las partes, el trámite a darse a la presente causa es el verbal sumario. **CITACIÓN**. A la Empresa EMELSAD en la persona de su representante legal ingeniero Francisco Suárez Salas, se le citará en oficinas ubicadas en la Av. Tsáchila y Clemencia de Mora de esta ciudad, en el edificio de la EMELSAD, segundo piso, o en el lugar que oportunamente designaré al señor actuario. Al ingeniero Francisco Suárez Salas se le citará en su lugar de trabajo, en el edificio de la EMELSAD, ubicado en la avenida Tsáchila y Clemencia de Mora de esta ciudad, segundo piso, o en el lugar que oportunamente designaré al señor actuario. Además, como la demandada es una entidad privada con capital del Estado, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se contará con el Procurador General del Estado, a quien se le notificará con el contenido de esta demanda por deprecatorio enviado a uno de los señores jueces de los civil de la ciudad de Quito, ciudad en donde tiene sus oficinas la Procuraduría General del Estado. **Por el sorteo de estilo la presente demanda recayó en esta Judicatura, la misma que fuera aceptada a trámite en fecha 26 de febrero del 2007.** Citado el demandado, según consta del acta del Citador Judicial, (fojas 27 de los autos), quien a fojas 37 y 41 del proceso, comparece señalando domicilio judicial y autorizando como su abogado defensor al Dr. Germán Trujillo y Dr. Gustavo Jaramillo Romero. A fojas 35, consta la citación al señor Procurador General del Estado a través del Dr. Camilo Mena Mena, Director de Patrocinio-Delegado del señor Procurador, y a fojas 43, comparece el Dr. Galo Patricio Duque Calero, justificando documentadamente en calidad de Delegado del Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz, Procurador General del Estado, señala casillero judicial para recibir sus próximas notificaciones. Convocadas las partes a la diligencia de **audiencia de conciliación,** (fs. 45) esta se lleva a cabo el día dos de mayo del dos mil siete, a la que comparecen: el Ab. Fernando Vélez Cabezas, ofreciendo poder o ratificación a nombre del actor Holger Velasteguí Ramírez y por la otra parte el Dr. Ángel Gustavo Jaramillo Romero, ofreciendo poder o ratificación a nombre del ingeniero Mario Antonio Badillo Gordón, gerente general y representante legal de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A., siendo estos el día y hora señalados para que se lleve a cabo la presente diligencia de audiencia de conciliación, para el efecto el señor Juez da por iniciada la misma, concediendo la palabra al abogado Dr. Gustavo Jaramillo quien dice: mis nombres y apellidos responden a Marco Antonio Badillo Gordón, ecuatoriano, 49 años de edad, de estado civil divorciado, de profesión ingeniero comercial, con domicilio en Santo Domingo de los Colorados y en mi calidad de gerente general y por ende representante legal de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A., en relación a la demanda planteada en contra de mi representada, manifiesto: impugno y a la vez que rechazo, la incoherente confusa e improcedente demanda presentada por el señor ingeniero Holger Velasteguí, representante legal de Cable Zar, la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A., ha venido manteniendo convenios desde el año 1995, esto es, entregándole los postes de propiedad

de mi representada, en primera instancia a Cable Visión Zaracay y luego se han suscrito convenios en el año 2000, 2004, 2005, dentro de las estipulaciones contractuales, Cable Zar tiene la obligación de comunicar a la EMELSAD, los postes que va utilizando, constantemente para el servicio de televisión por cable, así como dar el trámite pertinente cuando necesite energía eléctrica, que requiere para transmitir las señales de televisión, lamentablemente el accionante no ha cumplido puntualmente las cláusulas estipuladas en dicho contrato, ha contravenido constantemente en el uso y abuso de los postes de la Empresa, así como haber utilizado la energía eléctrica sin haber hecho conocer a la EMELSAD, desde el año 1995 y recién en diciembre del año 2005 luego de una comunicación de requerimiento que le hiciera el Gerente General a Cable Zar para que cancele la energía eléctrica que ha venido consumiendo, el ingeniero Holger Velasteguí representante de Cable Zar, pide que le den en concesión también el servicio de energía eléctrica, lo que es improcedente, por cuanto la Ley de Régimen del sector Eléctrico, prohíbe la gratuidad. En ningún momento la EMELSAD le ha suspendido o mejor dicho ha rescindido el contrato materia de este juicio, como aduce el accionante, tampoco se le ha interrumpido que siga prestando su servicio de televisión por cable, de ahí que llama la atención que representante legal de Cable Zar, manifieste que la Empresa Eléctrica le ha suspendido sus derechos, el actor ha venido contraviniendo casi todos los contratos, la cláusula tercera, ya que Cable Zar, previo a la instalación de sus cables debe informar con anticipación por escrito los postes que proyecta o que necesita para su instalación de cable, que de no cumplir Cable Zar, EMELSAD dará por terminado unilateralmente este convenio, esta cláusula el actor no la ha cumplido, tampoco ha cumplido Cable Zar ni ha entendido que la EMELSAD se compromete a darle únicamente la utilización de postes, no contempla el uso de energía y otros elementos que se encuentran en los postes que EMELSAD le ha brindado en arrendamiento, en este segundo caso Cable Zar, debió tramitar ante la EMELSAD todo el procedimiento para que la misma le otorgue un servicio de energía eléctrica, es decir quien ha contravenido y ha violado el contrato ha sido desde un principio Cable Visión Zaracay y actualmente con nueva razón social Cable Zar. La Empresa Eléctrica mediante notificaciones le ha hecho conocer a Cable Zar sobre estos incumplimientos, porque así ha existido una relación entre la EMELSAD Y Cable Zar, notificaciones que han sido contestadas por el representante legal de Cable Zar. Consecuentemente, es improcedente esta demanda porque al decir el artículo 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador en concordancia con los artículos 9, 1478 y 1698 del Código Civil, la primera de los nombrados determina la supremacía que tiene la Constitución sobre cualquier otra ley, decreto ordenanza, estatutos, etc., y que cualquier aseveración que se haga constar y que se encuentre en contra de las disposiciones de la Constitución, se entenderán como de ningún valor legal. Resulta difícil de creer que el accionante esté exigiendo el cumplimiento de una cláusula que se encuentra en franca contradicción de las disposiciones constitucionales y legales, que tiene que ver con la libertad de empresa, el derecho a la libre competencia, por eso es incomprensible que se pretenda interpretar de que las disposiciones constantes en la Constitución, no las pueda hacer valer cualquier persona natural o jurídica, no solo el Estado es el único que puede hacer cumplir las mencionadas disposiciones, sino también toda persona tiene derecho hacerlas cumplir dentro del territorio ecuatoriano. No es aceptable el argumento en el que Cable Zar demanda a EMELSAD en virtud de estar precautelando el estricto cumplimiento de las disposiciones del referido contrato, por cuanto ha sido Cable Zar la que ha violado por reiteradas ocasiones los términos constantes en los mismos en lo que tiene que ver al pago de los postes, uso indebido de postes, uso indebido de energía eléctrica al instalar amplificadores para su uso sin el respectivo medidor y sin solicitar a la EMESAD como el permiso respectivo ni realizar el trámite pertinente. Es más la Empresa Eléctrica Santo Domingo S. A. en ningún momento ha impedido que Cable Zar pueda cumplir con sus usuarios, Cable Zar no ha dejado de transmitir su servicio, es decir no hay razón para que la accionante diga que se lo ha perjudicado y exija que se le reconozca el pago del daño emergente y lucro cesante que está fuera de todo contexto legal. Es decir la Empresa Eléctrica Santo Domingo ha venido y viene siendo perjudicada por Cable Zar S.C.C. conforme lo probaremos en la etapa respectiva. Con estos antecedentes, formulo las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2. Alego improcedencia de la acción, por cuanto en todo contrato bilateral lleva implícita la condición resolutiva y tácita que ninguno de los

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

contratantes, puede demandar la resolución o cumplimiento, mientras el otro no cumpla con su parte, conforme a lo dispuesto en el art. 1568 del Código Civil; 3. Falta de derecho del actor para proponer su demanda en los términos constantes en la misma, la EMELSAD, ha cumplido y cumple con el arrendamiento de postes y no así el actor que ha contravenido el contrato. 4. Hay ilicitud de causa y objeto en las pretensiones del actor; 5. Alegó e impugnó el lucro cesante y el daño emergente, conforme reclama el accionante por cuanto la EMELSAD, no le ha disminuido en lo mínimo el patrimonio del actor, ni tampoco le ha ocasionado pérdidas en sus utilidades y ganancias de su negocio. Lo que es concordante a lo dispuesto en el artículo 1572 del Código Civil, por el contrario es la Empresa Eléctrica Santo Domingo, que se ha visto perjudicada de una u otra manera por parte del accionante al haberse renovado el contrato en las mismas cláusulas; 6. Reclamo expresamente, los daños y perjuicios que ha ocasionado a la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. el accionante, en el mal uso de sus postes, falta de pago por arrendamiento de los mismos, falta de pago de energía eléctrica que ha consumido desde que se suscribió el primer convenio hasta la actualidad, sin haber hecho conocer a mi representada en ningún momento, hechos que los probaré oportunamente; 7. Subsidiariamente alego la terminación del contrato por incumplimiento del contratista o arrendatario de las cláusulas segunda, tercera, cuarta literales b) y c) del contrato. 8. No me allano a la nulidad procesal que se ha presentado ni a las que lleguen a presentar dentro del proceso. En merito a las excepciones planteadas, pido señor Juez que en sentencia se deseche la demanda y se le condene al actor al pago de daños y perjuicios que ha ocasionado a la Empresa Eléctrica Santo Domingo, al pago de costas procesales y al pago de honorarios de los Abogados defensores. Pido señor Juez se sirva concederme el término prudencial para legitimar mi personería jurídica, si el caso lo amerita haré uso de las palabra oportunamente. En este estado el señor Juez concede la palabra al Ab. Fernando Vélez, quien dice: 1. Acuso la rebeldía del demandado Francisco Javier Suárez Salas ya que a pesar de haber sido citado en persona no ha comparecido a esta audiencia al igual que al representante de la Procuraduría General del Estado, lo que se tendrá como indicio de mala fe al momento de dictarse el fallo, por lo que pido se les haga responsables en costas. 2. En lo principal me afirmo y me ratifico en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción presentada por lo que reproduzco la demanda propuesta en todas sus partes. 3. Niego todas y cada una de las excepciones planteadas por la demandada, las que en sentencia se servirá calificar por dilatorias, dolosas e inoportunas. Señor Juez el contrato que mantiene mi representada con la Empresa Eléctrica Santo Domingo, lleva envuelta una obligación de no hacer que constituye ley para los contratantes y no necesita de interpelación, el art. 1571 del Código Civil expresa: Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. ¿Desde cuándo se debe la indemnización? El art. 1573 ibídem, dice: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención. Los efectos de las obligaciones son las consecuencias que ocasionan, el deudor es colocado en la necesidad jurídica de cumplir sus promesas o en caso contrario de pagar los daños y perjuicios, el objeto de una obligación de no hacer es una simple abstención, que traduce un derecho personal y tiene por consecuencia trabar la actividad del hombre, la demandada se encuentra en mora desde su contravención y deberá pagar los daños y perjuicios a mi representada por incumplir dolosamente su obligación, que debió ser interpretada y cumplida como lo haría una persona honorable y correcta, sin defraudar la confianza. La EMELSAD violó la cláusula quinta del contrato materia de este juicio que dice: Los postes que arrendará Cable Zar, serán de uso exclusivo para ésta, y no podrá EMELSAD arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar. La Empresa EMELSAD incumple la obligación voluntariamente contraída con Cable Zar, en la forma y en el tiempo, al suscribir varios contratos con otras empresas que prestan un servicio u actividad similar a la de Cable Zar, la existencia de estos contratos demostraré en el término de prueba, que llevan realmente a tal abuso tal vaguería que inclusive reproducen el contrato en los mismos términos del contrato suscrito con Cable Zar, pero eliminándose la cláusula quinta, esto consta en el contrato que ha realizado la Empresa Cable T.V. o Cable Premium con la EMELSAD en la cláusula primera de antecedentes, contrato suscrito a los siete días del mes de junio del dos mil seis, fecha que inicia el incumplimiento, incumplimiento que le ha irrogado graves daños económicos

y morales Cable Zar, quien demandará en juicio por daño moral a su tiempo, el art. 1572 del Código Civil, expresa que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante ya provengan de no haberse cumplido la obligación o de haberse incumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento, por lo que atendiendo a la disposición legal invocada pido que en sentencia se ordene a la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. al pago de la indemnización exigida en la demanda. El art. 1890 del Código Civil dice: para que el arrendatario sea constituido en mora debe restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, la Empresa Eléctrica no ha requerido a Cable Zar tal como lo acaba de exponer o expresar el abogado de dicha Empresa, Ecuador y Bolivia son los únicos países que no tienen ley antimonopolio, cuando existe falta de pago por la energía eléctrica lo que hace comúnmente y debe hacer la Empresa Eléctrica es cortar el suministro de energía cosa muy aparte al incumplimiento del contrato que estamos tratando, para mejor entendimiento voy a describir un ejemplo, si usted señor Juez da en arrendamiento un inmueble no porque quepan en el mismo varios ciudadanos usted puede arrendar a todos los que usted quiere ya que ha trasladado los derechos reales de uso al primer arrendador y si es que este no paga la energía eléctrica pues la Empresa le cortará el servicio. La falta de pago que aduce la parte demandada de los postes es falsa ya que el pago es compuesto, los trabajadores de la empresa eléctrica se benefician de una manera ilegal con el servicio de televisión por cable cada uno de ellos, servicio que nunca se les ha suspendido y que constituye un grave perjuicio económico al Estado, ya que el servicio de televisión por cable cuesta $17,00 la mensualidad y los privilegiados empleados vienen beneficiándose desde hace diez años, si se hace las debidas multiplicaciones se podrá determinar el millonario perjuicio que ellos cobran por prestar los postes y que a mas de esto cobran la mensualidad en dólares a razón de un dólar por cada poste, como usted puede darse cuenta, de esta misma forma han suscrito con varias empresas perjudicando al Estado ecuatoriano, razón que usted señor Juez deberá denunciar a las Autoridades competentes, por ser este un abuso del Gerente quien suscribió el contrato e hizo trasladar los servicios a sus empleados. Solicito se me disponga un término perentorio para ratificar la intervención que hago a nombre del actor. Usted, señor Juez se servirá abrir la causa a prueba por el término correspondiente que señala la Ley. Hasta aquí mi intervención. Atendiendo la petición del abogado de la parte demandada en su primera intervención, se le concede nuevamente la palabra y dice: Impugno lo manifestado por el accionante, ya que en ningún momento la EMELSAD está actuando de mala fe, por el contrario al haberse notificado con la terminación de exclusividad del contrato, nos acojamos a lo que manifiesta el art. 244 numeral 3.o de la Constitución de la República del Ecuador que dice: promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen, siendo la Constitución de la República la Carta Magna y por la supremacía que tiene ante las otras leyes hay que cumplirla, también impugno lo manifestado de que los trabajadores de la Empresa Eléctrica se están aprovechando de un servicio, en la cláusula octava del contrato, Cable Zar se compromete a suscribir un contrato con el Comité de Empresa de los Trabajadores de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. en virtud del cual dará el servicio en forma gratuita, Cable Zar es quien se compromete, más no la EMELSAD lo obliga, el Comité de Trabajadores en una Entidad Jurídica a parte de la EMELSAD, por lo tanto si desea hacer algún reclamo será a los señores trabajadores, siempre y cuando hayan suscrito el contrato conforme reza en la cláusula que dejo indicada. Para terminar impugno lo manifestado por el accionante que la EMELSAD le ha causado daño a Cable Zar, tendrán que demostrarlo, como nosotros demostraremos el perjuicio que se ha venido haciendo, es más impugno con el debido respeto el término inapropiado de vagancia, lo que sucede en el arrendamiento de postes son similares con ciertas excepciones dispuestas por la administración. Gracias. En este estado el Juzgado, a petición de parte, declara la rebeldía de los que no han comparecido a esta diligencia y se abre la causa a prueba por el término de seis días, con el cual las partes presentes quedan legalmente notificadas en esta misma diligencia. A los abogados comparecientes, se les concede el término de tres días para que legitimen sus intervenciones. Legitimada las intervenciones, proveídas las pruebas solicitadas por las partes y evacuadas todas las diligencias llega el estado de resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** El proceso es válido pues no hay nulidad que declarar, no se ha omitido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ninguna solemnidad sustancial, ni se ha violado su procedimiento, así como se ha dado fiel y estricto cumplimiento a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. **SEGUNDO.-** Este Juzgado es competente para conocer y resolver la presente causa, tanto por la materia como su jurisdicción, tanto más que del contrato materia del litigio, las partes se sujetan al trámite verbal sumario: **TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto por el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar los hechos que afirma. **CUARTO.- El actor Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, durante el proceso y en el término de prueba** ha presentado las siguientes: **A)** A fojas 5, 6 y 7 del proceso, presenta el contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD, 097-GG-2005, celebrado el **20 de julio del 2005,** por el señor M.B.A. **Arq. Fernando Ramiro López C., en calidad de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A."EMELSAD",** y el señor Ing. Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., en el que a más de las cláusulas de estilo, consta la cláusula quinta "DURACIÓN", expresa: "El presente convenio tendrá una duración de UN año contado a partir del 1 de enero del 2005, pudiendo renovarse por voluntad de las partes, para lo cual bastará una comunicación de cualquiera de las partes, con seis meses de anticipación a la fecha de terminación del convenio, en la que se indique la voluntad de renovar el mismo. Continúa la cláusula quinta manifestando que los postes que arrendará CABLEZAR S.C.C., serán de uso exclusivo para ésta y no podrá EMELSAD arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar a, por razones constantes en la cláusula cuarta y que tiene relación con la responsabilidad que adquiere CABLEZAR S.C.C., por la integridad de los referidos bienes de EMELSAD, además CABLEZAR S.C.C., determinará durante el primer año las zonas de instalación del servicio y tendrá prioridad a establecer que le convenga". **B)** A fojas 8 del proceso, consta el adendum al contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD 097-GG-2005, celebrado el **23 de agosto del 2005,** y suscrito por el señor ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en calidad de Gerente General de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. "EMELSAD", y por el señor ingeniero Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, en su calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., del mismo que se observa la rectificación de la cláusula quinta, del contrato principal de arrendamiento de postes, solo en lo referente a la duración del contrato el mismo que se leerá así: "La duración del contrato de arrendamiento de postes con CABLEZAR S.C.C., será de 4 años a partir el 1 de enero del 2005 y no de un año como consta en el mismo". C) A fojas 350 a 358 consta el informe denominado **"Criterio jurídico, sobre pedido de arrendamiento de postes, por el señor Ing. Hermes Campos Aguirre",** suscrito por el asesor jurídico Dr. Gustavo Jaramillo, dirigido al Ing. Francisco Suárez Salas, Gerente General, con fecha 30 de mayo del 2006 (13h59), al revisar este documento, en la recomendación segunda se indica: "Que en el contrato de arrendamiento de postes, que se realice con el señor Ing. Hermes Campos Aguirre, se lo haga en los mismos términos al contrato suscrito con CABLEZAR S.C.C. eliminándose en la cláusula quinta lo siguiente... "Los postes que arrendará CABLEZAR S.C.C. serán de uso exclusivo para ésta y no podrá EMELSAD arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar…", texto que consta en el contrato suscrito con CABLEZAR); así mismo en la recomendación tercera del mismo informe, consta: "Que se haga conocer al señor Gerente General de CABLEZAR S.C.C., sobre este particular a fin de que comparezca a la EMELSAD a firmar un adendum aclaratorio en la que se elimina el uso exclusivo de los postes, por contravenir a claras disposiciones legales de la Constitución Política de la República del Ecuador". Por lo que en base a este criterio jurídico el señor Gerente Ing. Francisco Suárez Salas, procede a autorizar la suscripción de contrato de arrendamiento con el Ing. Hermes Campos Aguirre; y, consecuentemente con fecha 5 de junio del 2006, mediante oficio nro. AJ 421 2006, (fojas 3 del proceso) y suscrito por el mismo Dr. Gustavo Jaramillo, en su calidad de asesor jurídico de EMELSAD, se ha remitido el indicado oficio dirigido al ING. HOLGER VELASTEGUÍ RAMÍREZ, GERENTE GENERAL DE CABLEZAR S.C.C., en cuyo texto claramente se observa que la EMELSAD, procede a "...notificar a CABLEZAR, que por asuntos constitucionales y la Ley antimonopolio, no se puede tener la exclusividad dentro del contrato que se ha suscrito, signado con el nro. 097-GG-2005, sobre el arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD A CABLEZAR S.C.C... no puede existir la exclusividad en ningún contrato cualquier que este sea". En dicha comunicación termina diciendo"...se elimina

la exclusividad en el *contrato de arrendamiento de postes…"* En fin con esta comunicación se nota claramente que la EMELSAD eliminó unilateralmente la exclusividad en el arrendamiento de los postes contenida en el contrato a favor de la empresa CABLEZAR S.C.C.; **D)** A fojas 9 a 14 de los autos, consta las copias protocolizadas del requerimiento realizado por CABLEZAR a la EMELSAD, así como la contestación respectiva, según acta notarial de fecha 19 de enero del 2007, además la enciclopedia jurídica OMEBA en su tomo XX, señala "En las obligaciones de no hacer es innecesaria la constitución en mora del deudor, pues el deudor incurre en la pena, desde el momento que ejecutó el acto del cual se obligó a abstenerse". **E)** Con la presentación de los testigos señores Darwin Alejandro Castillo Rodríguez (fojas 111) y Kleber Napoleón Farinango Torres (fojas 113), los mismos que son uniformes en coincidir que eran socios de CABLEZAR y que salieron para inscribirse en otra empresa que da el servicio más barato y por el mismo servicio, lo que se corrobora, ya que no constan en la lista de socios actuales presentada por la accionante; tanto más que no hay tacha que declarar a los indicados testigos; **F)** Con el folio nro. 60, se constata que en realidad en la localidad existe otra empresa que da el servicio de televisión por cable denominada Colorados Visión, a la que los testigos afirman que actualmente pertenecen como socios, particularidad incluso que se demuestra con el contrato de televisión por cable de fojas 196, 197, 199, 200 y 201; **G)** Del contrato que consta a fojas 328 a 331, celebrado el 3 de agosto del 2008, se verifica que la empresa EMELSAD cede en arriendo que abarca unos 834 postes de su propiedad a la Empresa COLORADOS VISIÓN, por un plazo de dos años y a un costo de $2,30 por cada poste; y, del contrato que consta a fojas 341 a 344, encontramos el contrato celebrado el 2 de junio del 2006, del que se desprende que la Empresa EMELSAD da en arrendamiento 723 postes de su propiedad, a la empresa CABLE TV o CABLE PREMIUM, por el plazo de dos años y a un costo de $2,50 por cada poste. En los dos contratos no existe exclusividad alguna. **H)** A fojas 326, la Empresa **Colorados Visión,** da contestación al oficio remitido por esta Judicatura, y con flecha 12 de junio del 2007, informa **que el costo por el servicio de televisión por cable es de diez dólares mensuales** y de once dólares cuando el cobro es a domicilio, y que la Empresa no cuenta con promoción por suscripción, de este valor se observa claramente que este precio tiene una diferencia de siete dólares mensuales con respecto a los suscriptores de CABLEZAR que pagaban hasta el año 2007, situación que ha ocasionado la deserción de los clientes de Cablezar, **I)** De fojas 1101 y 1102, consta las certificaciones emitidas por esta Judicatura y por el Juzgado Décimo Octavo de lo Civil de esta Jurisdicción, de las que se desprende que revisado los libros de ingreso de causas desde el año 2005 hasta (septiembre/08) de ambos Juzgados, no se ha encontrado que la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. EMELSAD, haya presentado requerimiento judicial a la Empresa CABLEZAR, por incumplimiento de contrato de arriendo; **J)** De la contestación al oficio remitido al S.R.I. se establece que la Empresa CABLEZAR, ha efectuado las declaraciones al impuesto a la renta de los años 2002 al 2006 según copias certificadas que adjunta y que consta de fojas 319 a 325 del proceso; **K)** De las confesiones judiciales que ha petición de la parte actora, la realiza el gerente de la EMELSAD, ingeniero Mario Antonio Badillo Gordón, tanto en la confesión principal como su ampliación, queda claro que la EMELSAD, tiene arrendado los postes a más de la compañía CABLEZAR, Cable TV o Cable Premium y Colorados Visión, entre otros detalles de dichos contratos que ya se encuentra especificado anteriormente y que él no es quien ha suscrito el contrato principal ni el adendum; así mismo de la confesión principal y ampliación rendida por el ex gerente de la EMELSAD, ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, coincide con lo manifestado por el Gerente actual, agregando que si firmó el adendum con la finalidad de rectificar el contrato principal del arrendamiento de postes suscrito con CABLEZAR en la parte de la cláusula Quinta "Duración" argumenta además que el fin era ampliar el plazo y terminar la absurda exclusividad que supuestamente mantenían en los contratos anteriores; **L)** de fojas 1076 a 1089 y 1103, se encuentra el informe pericial de avalúo, solicitado por la parte actora, de la que establece que CABLEZAR, en equipos, accesorios, y cable de la red propiamente dicha y las acometidas de los suscriptores en los sectores de la Radio Zaracay, para el norte hasta antes del Parque de la Juventud, de la Radio Zaracay hasta el Hotel El Marquéz en la vía Quevedo y el Cuchito en vía Chone, para el oeste de la Radio Zaracay hasta el Centenario, y para el este de la Radio Zaracay hasta Los Pambiles y Nuevo Santo Domingo, tiene **una inversión total de $ 1'036.942.83. QUINTO.-**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Análisis de la prueba de la parte demandada. 1. La EMELSAD, a través de su representante legal al inicio por el ingeniero Francisco Javier Suárez Salas y luego por el ingeniero Mario Antonio Badillo Gordón, solicita que la parte actora CABLEZAR, agregue al proceso listado de los socios suscriptores a CABLEZAR desde el año 1995, pedido que ha sido cumplido por la parte actora los mismos que obran del proceso. **2.** De la confesión judicial rendida por el actor Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, a solicitud de la parte demandada (fojas 419 a 421) el actor al contestar las preguntas formuladas entre lo más relevante dice: a la pregunta nro. 12. De manera semestral con un técnico de CABLEZAR Y EMELSAD se hacen levantamientos de postes y que son entregados oportunamente y que según el último reporte (confesión 27 de junio del 2007) son 726 postes aproximadamente con un técnico; al referirse a la pregunta nro. 18 donde la demandada indica que el **23 de agosto del 2005,** han suscrito el adendum nro. 097-GG-2005, con el objeto de rectificar la cláusula quinta del contrato principal. Contesta: "Se firmó, pero en el cual se alargaba el tiempo de duración del contrato de un año a cuatro años, con lo cual quedaban vigentes todas las cláusulas, únicamente se rectificó el tiempo de duración", también reconoce que la firma constante en el adendum es suya (según pregunta nro. 19); al contesta la pregunta 20 , dice: en el pago del arriendo de los postes estamos al día, en cuanto al consumo de energía hay un litigio pendiente en la Defensoría del Pueblo; al contestar a la pregunta nro. 24 manifiesta que se ha visto obligado a demandar a la Empresa EMELSAD por mora que se incurre en el contrato por parte del demandado, y mucho más por cuanto la Empresa Eléctrica sabiendo de la cláusula de exclusividad, firma dos contratos con empresas para brindar el mismo servicio de televisión por cable en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, como son las Empresas Colorados Visión y Cable Premium, además por las pérdidas económicas que tengo al momento por la competencia desleal que por una tarifa más baja los clientes se retiran a diario. En conclusión la mayoría de preguntas formuladas por la parte demandada, se refiere al tema de energía eléctrica mas no al contrato materia de esta litis. **3.** Impugna la prueba aportada por la actora, como a los testigos por ser parcializados, así mismo impugna la petición de que la EMELSAD confiera copias certificadas de la sesión extraordinaria del directorio de fecha 4 de mayo del 2007 de la EMELSAD por ser una Compañía Anónima, ya que de conformidad con lo que dispone el art. 15 de la Ley de Compañías restringe la información incluso para los propios accionistas de las Compañías. **4.** Agrega al proceso como prueba de su parte un informe técnico realizado por el Jefe de Inventarios y Avalúos de EMELSAD, del que con fecha 20 de marzo del 2007, hace conocer que CABLEZAR S.C.C., viene utilizando 2.820 postes, (fs. 75 a 97), argumenta que esto es sin el consentimiento de su representada y sin haber realizado el trámite pertinente para su utilización y dice que tampoco ha cancelado los postes utilizados, causando todo esto un perjuicio económico y técnico a la EMELSAD; **5.** Con las repreguntas realizadas a los testigos de la parte actora, solo se ha aclarado con mayor profundidad que en realidad los declarantes también eran suscriptores de CABLEZAR y que pagaban $ 17.00 y que se pasaron a otra empresa que da el mismo servicio más barato como Colorados Visión. **6.** Solicita que el actor exhiba los convenios y contratos de arrendamiento de postes realizados con la EMELSAD desde el año 1995, esto no ha sido cumplido por la parte actora. **7.** Solicita que el actor reconozca la firma y rúbrica del oficio enviado al señor ingeniero Francisco Suárez Gerente de EMELSAD con fecha 01 de diciembre del 2005, en que el actor solicita que se haga un adendum al contrato de arrendamiento de postes que mantiene CABLEZAR con la EMELSAD y pide que se de en consecuencia también el servicio de energía para el sistema, original que consta a fojas 48 de los autos, diligencia que se cumple a fojas 808, de la que se observa que el actor reconoce como suya la firma y rúbrica constante en el mencionado documento. En esta misma diligencia también cumple con la diligencia de exhibición de los documentos solicitados por la EMELSAD siendo los siguientes: 7 facturas de pago de energía eléctrica, hoja de ruta de fecha 3 de septiembre del 2007, con el primer abono sobre el convenio de pago de la energía eléctrica copia de un oficio circular del Fondo de Solidaridad, sobre la política de costas sobre el arrendamiento de postes de la Empresa Eléctrica, convenio de utilización de postes nro. 022-AJ-2000, de fecha 18 de mayo del 2000, suscrito por el Econ. Gilber Torres García, gerente de EMELSAD, del que también se observa que en la cláusula Sexta de duración, también consta la exclusividad del arrendamiento de postes a la empresa Cablezar. **8.** Solicita la práctica de la inspección

judicial de los postes que en arrendamiento utiliza Cablezar se lo realice en base al contrato de arrendamiento de postes signado con el nro. 097-GG-2005, cláusula segunda. En la que aclara que como base son 723 postes. **De la prueba aportada por el demandado ingeniero Francisco Javier Suárez Salas. 1.** Reproduce como prueba a su favor lo expuesto en la audiencia de conciliación por el ingeniero Mario Antonio Badillo Gordón, actual gerente general y representante de la Empresa Eléctrica de Santo Domingo S.A.; 2. Reproduce como prueba a su favor el contrato materia de esta litis de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD signado con el nro. 097-GG-2005, que lo suscribió por una parte, el señor M.B.A. Arq. Fernando Ramiro López C. en su calidad de Gerente General de la Empresa Eléctrica S.A. (EMELSAD) y por otra parte el ingeniero Holger Velasteguí Ramírez en su calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., de fecha 20 de julio del 2005, y el hecho de que con fecha 5 de agosto del 2005 él fue designado gerente general de EMELSAD, por el período de cuatro años, lo que justifica con el nombramiento adjunto; y, en esa calidad con fecha 23 de agosto del 2005, suscribió el adendum al contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD, y no actuó a título personal sino como representante legal de la Empresa Eléctrica de Santo Domingo S.A., haciendo referencia a la rectificación del contrato principal de arrendamiento de postes suscrito por CABLEZAR S.C.C., signado con el nro. 097-GG-2005, de la cláusula Quinta "Duración". Esgrime además como prueba a su favor lo que dispone el art. 1561 del Código Civil (efectos de los contratos). Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"; 3. Impugna la demanda realizada a título personal, en razón de que su actuación ha sido en calidad de representante legal de la EMELSAD, y adjunta copia certificada del acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la EMELSAD, de fecha 10 de abril del 2007, con la que prueba que le aceptaron su renuncia al cargo de gerente general de EMELSAD. **De la prueba aportada por el Delegado del Procurador General del Estado. 1.** Alega la violación de trámite a la causa al tenor de lo dispuesto en el art. 1505 del Código Civil y artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la vía a seguir es la ordinaria y no la verbal sumaria, ésta alegación no se toma en cuenta porque del mismo contrato materia de este litigio las partes han determinado la vía verbal sumaria, por tanto siendo un contrato ley para las partes, la tramitación de esta causa por esta vía verbal sumaria es la correcta: **2.** Alega la inexistencia del requerimiento por parte de Cablezar en contra de Emelsad, así mismo no se toma en cuenta porque de fojas 9 a 14, del proceso obra el requerimiento en mención; **3.** Solicita que se reproduzca como prueba a su favor lo previsto en los arts. 1856 y 1725 del Código Civil; **4.** Solicita también que se practique la inspección judicial a los postes de la ciudad, en el área del Conjunto Residencial Mutualista Benalcázar para determinar si el arrendador EMELSAD ha procedido a retirar la cosa arrendada suspender el arriendo el arrendatario CABLEZAR, para que de esta forma no pueda cumplir con su contrato de brindar y comercializar la señal de cable por televisión a los usuarios de esa localidad que como muestreo lo solicita. **De la diligencia de inspección judicial (fojas 934) solicitada por la parte actora,** con la presencia del suscrito Juez, el Secretario y los peritos designados para el efecto, ingenieros Edgar Fabián Calero y Carlos Zambrano Castro, se da inicio desde el Edificio Zaracay, número 1424 ubicado en la avenida Quito, frente al Hospital del cantón Gustavo Domínguez, donde existe dos postes de energía eléctrica y se encuentra la central de salida de Cablezar. Con un cable que los técnicos nos manifestaron que se conoce como cable uno milímetro, (sic), que sale de una caja metálica, con el fin de determinar y de identificar a Cablezar, posteriormente nos trasladamos al recinto ferial, junto al restaurant "Pizza El Hornero", en un poste se pudo constatar que existe una caja de fuentes de salida donde amplifica la señal de Cablezar, la misma que funciona con energía eléctrica, lo que al contrario de Colorados Visión, que utiliza medidor de energía, el Juzgado declara la rebeldía de la parte actora por no comparecer a esta diligencia, se le concede a los señores peritos el término de treinta días para que presenten sus informes técnicamente. Presentado este **INFORME PERICIAL** y de sus resultados se puede establecer que: 2.612 postes para red principal, 856 postes para acometidas, dando un total de postes utilizados por CABLEZAR de 3.468, además que posee 41 fuentes de poder. Al informe presentan también un plano para la ubicación de los postes. **De la Diligencia de inspección judicial (fojas 417) solicitada por la parte demandada,** con la presencia del Juez Encargado doctor Ricardo Bonilla Naranjo, el

Corte Nacional de Justicia

Secretario y los peritos designados por el Juzgado, señores José Coral del Hierro y Lcda. Normandi Pazmiño Moreira, se ha procedido a esta diligencia con el que la Empresa Cablezar S.C.C., debe responder por los daños que pueda causar a los bienes de la EMELSAD y no por prácticas monopólicas como ha malinterpretado el asesor jurídico de la EMELSAD **adendum al contrato de arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD 097-GG-2005.** Este adendum es efectuado por parte del ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en calidad de gerente general de la EMELSAD, y por otra parte el ingeniero Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C. de fecha 23 de agosto de 2005 con el objeto de realizar rectificaciones del contrato principal de arrendamiento de postes, signado con el número 097-GG-2005 que en la cláusula Quinta. Se leerá: **la duración del contrato de arrendamiento de postes con Cablezar S.C.C. será de cuatro (4) años a partir del 1 de enero de 2005 y no de un año como consta en el mismo, pudiendo renovarse por voluntad de las partes, para lo cual bastará una comunicación de cualquiera de las partes, con seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, en la que se indique la voluntad de renovar el mismo.** En lo demás las partes se sujetan al contrato principal signado con el número 097-GG-2005, esto quiere decir las demás cláusulas en especial al asunto de la exclusividad, con lo que el presente contrato tiene una vigencia legal hasta el año 2009, contrato que está vigente a la fecha. **Oficio AJ-421-2006 de fecha 5 de junio de 2006:** suscrito por el Dr. Gustavo Jaramillo, Asesor Jurídico de EMELSAD, en el que expresa que "por asuntos constitucionales y la Ley Antimonopolio no se puede tener la exclusividad dentro del contrato suscrito, signado con el nro. 097-GG-2005, sobre el arrendamiento de utilización de postes de la EMELSAD, a CABLEZAR S.C.C., es más, las partes se sujetan a las leyes ecuatorianas, en consecuencia al haberse contravenido lo estipulado en los artículos 244 numeral 3 de la Constitución Política de la República del Ecuador, no puede existir la exclusividad en ningún contrato cualquiera que este sea. Por lo expuesto, en cumplimiento a la disposición legal antes invocada, y por la supremacía de la Ley que es la Constitución, se elimina la exclusividad en el contrato de arrendamiento de postes". El art. 23 numeral 26 de la Carta Magna del Estado, Carta a la que el Asesor Jurídico de la EMELSAD hace referencia, expresa que, **es un derecho de todo ciudadano ecuatoriano la seguridad jurídica.** Existen en el país organismos a los que se debe acceder para poner fin a un contrato cualquiera sea su naturaleza, o hacer reformas al mismo, que es un Juez Civil, de acuerdo a lo estipulado en el art. 1561 y 1583 del Código Civil, sin embargo la **Empresa Eléctrica de Santo Domingo, EMELSAD,** arrogándose funciones que no le competen, ha decidido de manera unilateral, a priori, **reformar el contrato de arrendamiento de contrato con indemnización de daños y perjuicios.** El tratadista Arturo Alessandri, en su obra Teoría General de las obligaciones, para sustentar este criterio cita los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia constantes en la Gaceta Judicial X, nro. 4, pág. 2290; Gaceta Judicial serie XI, pág. 1592, 1593; y, en la Gaceta Judicial serie X, número 15, pág. 2251 y 2252, toda vez que, en los contratos que las partes haya fijado un plazo para el cumplimiento de la obligación, no es necesario requerimiento judicial, para constituir al deudor en mora, pues este ha incurrido en ella por el solo transcurso del plazo acordado, por lo que concluye el recurrente que se ha aplicado la disposición sustantiva del art. 1505 del Código Civil, indica el casacionista que igualmente en la sentencia recurrida se ha violado la ley, al erróneamente interpretar artículo 1567 del Código Civil, pues no se ha considerado que esta disposición legal en el ordinal primero expresa que "El deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado", por lo que al existir un plazo que está estipulado", por voluntad de las partes no era necesario declarar la mora. **Según el art. 273 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no se excepcionó con la falta de resolución o cumplimiento del contrato, pues la norma antes indicada obliga a que la sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la *litis*.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 115 *ibídem*, "la prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El artículo 76 de la Constitución de la República del Estado, numeral séptimo letra l, así lo dispone "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 serán nulos". Es preciso anotar que las partes en forma libre y voluntariamente determinan en el contrato las condiciones y tiempo en que cada uno de ellas han de ejecutar sus obligaciones, por lo que, respecto de la mora, se deberá estar pactado, tanto mas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil que dice **"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo por causas legales.** El principio dispositivo comprende también por la iniciativa, para que se decreten las pruebas y practiquen para demostrar los hechos materia del tema con el principio de la carga de las pruebas, es decir, al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta sus peticiones, mientras que al demandado le interesa demostrar sus excepciones, de tal manera que, conforme a este principio, el Juez carece de facultad para introducir, pretensiones en la demanda y contestación no decreten pruebas de oficio tendientes a aclarar hechos del juicio. Pero el principio dispositivo tiene directa relación con el principio de contradicción que consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad, por tanto es propio de los procesos donde existe un demandante y un demandado. **SÉPTIMA.-** De acuerdo al Derecho Civil, la facultad de resolver un contrato puede ser también convencional, cuando se funda en la voluntad expresa de las partes. Esta reserva expresa del derecho de resolución es la que conoce en doctrina como Lex-Comisoria, expresa o pacto comisorio que obra de pleno derecho. En cambio la condición resolutoria tácita del Derecho Civil, teniendo el carácter de una medida de ejecución, se produce con la intervención del Juez, por la ley solo autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido lo pactado. O se allanó a cumplirla dentro del plazo y modo estipulado, contra la parte contratante morosa, así lo tipifica el art. 1568 Código Civil vigente. Es así que puedo volver a reiterar la condición que, el art. 1505 ibídem, establece que. "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios", si bien esta norma sustantiva consagra dos acciones alternativas principales, a las que subordina la de daños y perjuicios, cualquiera de ellas solo puede ser acogida por el contratante que ha cumplido con su obligación, en contra del que ha incurrido en mora del cumplimiento de sus obligaciones. No puede ejercitar esta acción quien se encuentra en mora de cumplir con las suyas, ni tampoco puede ejercitárselo en contra del otro contratante si éste a la vez no se encuentra en mora de cumplir con las suyas; es así que el art. 1567 C.C., guarda conformidad con la doctrina y nuestra jurisprudencia, sobre que, *la única manera de establecer el estado de mora es a través del requerimiento judicial.* **OCTAVA**.- Del análisis jurídico que precede se desprende, que realmente el cumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado entre la Empresa Eléctrica "EMELSAD", y la Empresa Cablezar, la primeras de las contratantes no cumplió con lo pactado, especialmente con lo establecido en la cláusula Quinta, en la que le da la exclusividad a la Empresa Cablezar, sobre el uso de los postes, y no podrá, la Empresa EMELSAD arrendar a otra empresa que prestar los servicios o actividad similar, por las razones constantes en la cláusula cuarta que tiene relación con la responsabilidad que adquiere la Empresa Cablezar S.C.C. En la especie el contrato de arrendamiento de postes materia de la presente litis es bilateral sinalagmático, porque los contratantes, se obligaron recíprocamente; el actor en su demanda pide él, cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, lo que significa que el pago de los perjuicios resulta ser una consecuencia del incumplimiento del contrato, por la parte demandada, al suscribir contratos de arrendamiento de postes con otras empresas cuando CABLEZAR según el contrato tiene la exclusividad sobre los mismos. **NOVENO**.- El adendum al contrato de arrendamiento de la utilización de postes de la EMELSAD, se refiere a la rectificación del contrato principal de arrendamiento de postes, suscrito con CABLEZAR S.C.C. signado con el nro. 097-GG-2005, en la cláusula Quinta, que se refiere a la duración del contrato de arrendamiento de postes por cuatro años a partir del 1 de enero del 2005, y no de un año como consta en el mismo pudiendo renovarse por voluntad de las partes, no se menciona nada sobre la exclusividad quedando vigente lo estipulado en la cláusula Quinta del contrato nro. 097-GG-2005, es decir sobre la exclusividad de la utilización de los postes para CABLEZAR, de este adendum se establece claramente, que solo se modifica en lo referente al plazo y no sobre la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

exclusividad. **DÉCIMA**.- La EMELSAD, de manera unilateral ha incumplido el contrato de arrendamiento de los postes, y ha decidido eliminar la exclusividad existente con CABLEZAR, y procedió a arrendar a otras empresas que prestan un servicio similar, como son a las Empresas COLORADOS VISIÓN u CABLE TV o CABLE PREMIUM, causando perjuicio a la empresa CABLEZAR. Pese a que los contratos son ley para los contratantes, no pueden invalidarse unilateralmente, deben ejecutarse de buena fe, de tal manera que nadie puede aprovecharse de la culpa, menos del desconocimiento de las normas legales, lo que no excusa a persona alguna, conforme dispone el artículo 13 del Código Civil. Acto con el cual la EMELSAD ha causado perjuicios inmediatos y directos como consecuencia del incumplimiento de indicado contrato, por lo que en estos casos, la indemnización comprende no solamente el daño emergente, sino también el lucro cesante, como lo dispone el art. 1572 ibídem, ya que CABLEZAR ha realizado gastos e inversiones en las construcciones de las redes instaladas en los postes, que terminada la exclusividad de forma unilateral e intempestivamente por parte de EMELSAD produce estos daños (Referencia Resol, 5.a Sala GJ XIV), 3 p. 541). En tal virtud de conformidad con lo que establece el art. 1562 del Código Civil, mismo que prescribe: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. **DÉCIMO PRIMERO**.- Para poder cuantificar los perjuicios el daño emergente y lucro cesante, ocasionado por la Empresa EMELSAD, a la Empresa CABLEZAR, tenemos la disposición legal contenida en el art. 1561 del Código Civil, que dice: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales. Cabe anotar la disposición del artículo 1856 del mismo Código Civil que manifiesta "arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce...". También encontramos en la enciclopedia jurídica volumen IV, del doctor Galo Espinosa, la siguiente jurisprudencia: "...INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Acción de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato deducida independientemente de la acción de resolución o de cumplimiento del mismo. La indemnización de perjuicios, cuando proviene de un contrato bilateral, no puede demandarse sola, sino conjuntamente con las acciones que atañen al convenio mismo, ya sea para que ésta quede sin efecto, ya, para exigir su cumplimiento a quien esté en mora de hacerlo. "En los contratos bilaterales –dice el artículo 1542 (actual 1505) del Código Civil- va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otra contratante pedir, a su arbitrio, **o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios"**. Estas son las acciones (resolución o cumplimiento del convenio) que franquea la ley contra la parte que no cumple con lo pactado, siendo la indemnización de daños y perjuicios únicamente una consecuencia de la admisión de cualquiera de ellas (1.a Sala, 3 de junio de 1969). Entonces hay que tomar como punto de partida: **1.** El objeto materia del contrato de arrendamiento es la utilización de los postes de propiedad de EMELSAD, tal como se señala en la cláusula quinta del contrato; mediante demanda presentada el 8 de febrero del 2007; **2.** De acuerdo al informe técnico (fojas 75 a 97) realizado por el Jefe de Inventarios y Avalúos de EMELSAD, al 20 de mayo del 2007, CABLEZAR S.C.C. viene utilizando 2820 postes; **3.** Del informe pericial (fojas 934) presentado por los ingenieros Edgar Fabián Calero y Carlos Zambrano Castro, se establece que: 2.612 postes son utilizados para red principal, 856 para acometidas siendo un total de 3.468 postes utilizados por CABLEZAR, y que además posee 41 fuentes de poder; **4.** Del informe pericial (fojas 456 a 461) presentado por los señores José Coral del Hierro y Lcda. Nomandi Pazmiño Moreira, determinan que la empresa CABLEZAR tiene instalada 40 fuentes de poder, que utiliza 2.934 postes, donde 2.348 postes son utilizados para circuitos principales y 586 postes solo para anclar; **5.** Se verifica que la EMELSAD arrienda los postes a otras operadoras (... Cable TV o Cable Premiun <fecha de contrato 07-06-06> fojas 344; y con Colorados Visión <fecha de contrato 03-08-06> fojas 331…) que brinda el mismo servicio de televisión por cable, y de fojas 326 se establece que la empresa Colorados Visión cobra por el servicio prestado de televisión por cable la cantidad de DIEZ DÓLARES, así mismo de fojas 48, se verifica que CABLEZAR cobra a sus suscriptores por el servicio la cantidad de DIECISIETE DÓLARES. **6.** En el informe de los peritos José Coral del Hierro y

Pazmiño, estos también afirman que hasta antes de que la EMELSAD arriendo los postes a las empresas antes indicadas CABLEZAR alcanzó un número de 5.788 suscriptores hasta el día de la diligencia de inspección judicial (26-06-07), CABLEZAR, con la cancelación del servicio o retiro de socios (suscriptores) se ha reducido a 2.663 suscriptores, siendo la diferencia esto es 3.125 suscriptores que han cancelado el servicio con la empresa CABLEZAR S.CC.: 5. Habiendo una diferencia de 3.125 suscriptores que cancelaron el servicio con la empresa CABLEZAR S.C.C. 5. **Habiendo una diferencia de 3.125 suscriptores que cancelaron el servicio con la empresa** CABLEZAR S.CC. 6. El valor mensual regulado por la empresa CABLEZAR por la prestación del servicio según el informe arriba indicado, es de diecisiete dólares, mientras tanto que las restantes empresas COLORADOS VISIÓN Y CABLE TV O PREMIUM tienen fijado como cobro mensual a sus suscriptores la cantidad de diez dólares, como se observa del anexo que los peritos adjuntan que la empresa CABLEVISIÓN S.A. posee 9.427 suscriptores fs. 463. **Por las consideraciones expuestas** y por lo que consta analizado en los considerandos del presente fallo integral, tomando en cuenta los recaudos procesales, especialmente la demostración de la preinvocada terminación unilateral de EMELSAD respecto de la exclusividad del contrato de utilización de postes nro. 097-GG-2005, y conforme manda el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** desechándose las excepciones planteadas por los demandados, se acepta la demanda formulada por los demandados, se acepta la demanda formulada por la empresa CABLEZAR S.C.C., legalmente representada por el ingeniero Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, en consecuencia se dispone el cumplimiento del contrato por parte de la empresa Eléctrica Santo Domingo "EMELSAD" y el pago por concepto de indemnización de perjuicios únicamente la parte demandada EMELSAD, mismos que comprende, el daño emergente y el lucro cesante de conformidad con lo que establecen los arts. 1572 y 1573 del Código Civil: a) **Lucro cesante,** la cantidad de quinientos setenta y seis mil cuatrocientos seis dólares con veinte y cinco centavos (USD 576.406.25) b) **Daño Emergente,** la cantidad de quinientos treinta y ocho mil seiscientos noventa y un dólares con ochenta centavos (USD.538.691.80), se incluirán los intereses legales en la liquidación respectiva. Se regula en dos mil dólares los honorarios profesionales de los abogados patrocinadores de la parte actora. **Hágase saber.**

f) Dr. Fernando Cadena Valenzuela, Juez Suplente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ACLARACIÓN

JUZGADO DÉCIMO NOVENO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Santo Domingo, a 22 de mayo del 2009; las 09h15.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por el Dr. Huáscar Ullauri Argandoña, delegado del Procurador General del Estado, así como el escrito presentado por el ingeniero Mario Antonio Badillo Gordon, gerente regional de la CNEL Santo Domingo (anteriormente EMELSAD), particular que se toma en cuenta para los fines legales consiguientes, conforme justifica con el poder especial y procuración judicial que adjunta misma que obra del proceso (fojas 1149-1154). En lo principal, atendiendo la aclaración y ampliación solicitada por el actor Ing. Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, se lo realiza en los siguientes términos: **1.** La sentencia en mención, se encuentra conformada de 13 fojas, documento que visto en la pantalla del computador se compone de 25 páginas; **2.** Por omisión al momento de imprimir la respectiva sentencia, en lugar de imprimir (la pág. 20 vista en la pantalla del computador) actual fs. 1139 vuelta del proceso, se ha impreso (la pág. 2 vista en la pantalla del computador), hoy fojas 1130 vuelta del proceso, por tanto no correspondiendo el texto que consta en la foja 1139 vuelta porque éste es una repetición del texto de la foja 1130 vuelta, razón esta por la que debe ser considerada la ampliación de la misma, ya que no consta el texto correspondiente a la página (20 vista desde la pantalla del computador); **2.** Por lo antes anotado y de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente dice: «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. Para la aclaración o la ampliación se oirá previamente a las partes» **3.** En el presente caso, se ha corrido traslado a las partes con la petición de ampliación y habiendo fundamento para ello, en especial en el contenido de impresión de la sentencia, mismo que se trata de la continuación del análisis del numeral quinto, donde se realiza la valoración de la inspección judicial solicitada por la empresa demandada, así como el inicio del contenido del numeral sexto de la resolución se encuentra incompleto, texto que completando es el siguiente:"…fin de constatar el archivo de los registros de socios de CABLEZAR que mantiene desde el año 1995, hasta la presente fecha, y en esta diligencia el Juez (Dr. Ricardo Bonilla), el Secretario encargado en unión de los peritos realiza las siguientes observaciones: 1. El sitio de inicio, materia de la diligencia se encuentra ubicado en la avenida Quito, y calle Aguavil, primer piso, donde funciona las oficinas de CABLEZAR. 2. En la pantalla de una computadora marca Elgin, existe una lista de suscriptores con la empresa CABLEZAR, que va desde el número uno que corresponde al señor Molina Villalva Salvador David, hasta el número 5788, que corresponde al señor Aguilar Sefaquine Ángel Aurelio, los señores peritos en el término de quince días presentarán sus informes en forma más detallada y amplia. Agregado al proceso el respectivo **informe pericial** (fojas 459 a 461), del mismo se encuentra que: la Empresa CABLEZAR, hasta antes de que la Emelsad arriende los postes a las otras operadoras que brindan servicio televisivo por cable, alcanzó en un número de suscriptores de 5788 y que desde el momento que empiezan a funcionar las nuevas empresas, y hasta el día de la inspección judicial (26-06-07), la empresa CABLEZAR con el retiro de los suscriptores o socios han quedado en 2.663, a este informe agregan un listado donde consta el total de suscriptores (fojas 512 a 602) y otro listado donde consta los suscriptores que se han retirado (fojas 468 a 211). Con la presentación del informe de inventario de postes realizado por el Jefe de Control de Energía de la EMELSAD, impugna el informe pericial presentado por los señores José Coral del Hierro y licenciada Normandi Pazmiño, basándose en lo siguiente: Procedimiento. El inventario consiste en marcar y contabilizar los postes que utiliza CABLEZAR con un color verde fosforescente, también se confirmó la utilización de postes en la Parroquia de Valle Hermoso y se realizó inspecciones en las parroquias Alluriquín, Puerto Limón, Julio Moreno, donde se verificó que a estas parroquias la señal de cable la obtienen con antenas receptoras y no utilizan postes de EMELSAD. Cantidad de trabajo realizado. Una vez terminando el inventario el 20 de agosto del 2007, se informa que CABLEZAR tiene instaladas 40 fuentes de poder, utilizan 2.934 postes, donde 2.348 son utilizados por circuitos principales y 586 solo para anclar acometidas; en el anexo 0.1, adjunto se puede identificar número de postes asignados por EMELSAD en su inventario, coordenada GPS y los que es utilizado por CABLEZAR, los antes indicados peritos en su ampliación se ratifican en el contenido de su informe principal. **SEXTA** Conforme lo dispuesto en el art. 1505 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. En el presente caso que nos ocupa demanda el cumplimiento...". De esta forma queda ampliado lo solicitado por el actor, al tiempo de dejar expresa constancia, que por un error involuntario al momento de imprimir la sentencia, se imprimió la pág. 2 en lugar de la pág. 20 razón por la cual consta duplicado las dos páginas con el mismo contenido. **4.** En cuanto a la aclaración, sobre que no se ha condenado en costas, de acuerdo al mandato establecido en los artículos 75 y 168 numeral 4.o de la Constitución de la República del Ecuador, no tengo nada que aclarar en este aspecto. 5. De conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que textualmente dice: "Disposición General Sexta. Las sentencias judiciales adversas al Estado, a las municipalidades, consejos provinciales y a las otras entidades del sector público, dictadas en primera instancia, se elevarán obligatoriamente en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran. En la consulta se procederá como en los casos de apelación". Por lo que ampliando la misma se dispone que se remita al Superior la sentencia dictada 21 de abril del 2009, las 08h25, conforme establece la disposición antes indicada. **Notifíquese.**

f) Dr. Fernando Cadena Valenzuela, Juez Suplente.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 065-09-C

SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS. Santo Domingo a 14 de enero del 2010. Las 10h45.

VISTOS: El demandado ingeniero Mario Badillo en representación de la Ex Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), actual Corporación Nacional de Electricidad (CNEL), dentro del término legal ha interpuesto recurso de apelación a la sentencia dictada por el señor Juez Suplente del Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha, con asiento en Santo Domingo de los Tsáchilas La Empresa actora. CABLEZAR S.C.C. una vez que ha sido notificada con la ampliación de la sentencia, emitida por el Juez a quo, dentro del término legal, ha interpuesto también recurso de apelación siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO.-** La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto, toda vez que se admitió en providencia anterior, la excusa presentada por el señor doctor Carlos Julio Balseca, Presidente de la Sala, integrándose la misma, previo sorteo de ley, con el señor doctor Orlando Amores Terán, Conjuez de la Corte y por la atribución competencia contenida en el numeral primero del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** De conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básica, 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 artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, y se apliquen los principios procesales en los juicios, lo cual del estudio de las tablas procesales, no se observa haberse omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válida el proceso. **TERCERO.-** En el sistema constitucional de derechos y justicia vigente es interés estadual, tutelar de modo imparcial y expedito los derechos de las personas, según nos manda el artículo 75 de la Constitución de la República. Dentro de los derechos de protección de las personas, se encuentra establecido, en el artículo 82 de la Supra Norma, el relativo a la seguridad jurídica que se concreta en respetar, observar y aplicar, las garantías constitucionales, y las normas jurídicas previas. **CUARTO.-** Siendo así nos corresponde apreciar la situación jurídica *in integrum,* de allí que la Sala para formar su criterio de modo imparcial y objetivo, revisó el contenido del cuaderno procesal tramitado por el Juzgador de primer nivel del que se infieren los siguientes elementos: a) Existencia de contrato de arrendamiento de utilización de postes de (EMELSAD) suscrito el 20 de julio de 2005 por el arquitecto Fernando Ramiro López, en calidad de Gerente General de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) y el ingeniero Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C. b) Cláusula de exclusividad temporal por la cual la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) "no podrá arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar..." c) Cláusula de responsabilidad que asume CABLEZAR S.C.C., por la integridad de los postes, propiedad de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) d) Adendum modificatorio al contrato inicial suscrito el 23 de agosto de 2005, por el ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en calidad de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) y el ingeniero Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C. e) Cláusula modificatoria del tiempo de duración del contrato inicial de un año a cuatro años. f) Cláusula de reafirmación de las obligaciones inicialmente pactadas. g) Requerimiento de cumplimiento contractual. h) Oposición al requerimiento en base al numeral tercero del artículo 244 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente a la fecha de suscripción, que establece que dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponde. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. **QUINTO.-** De los elementos contractuales identificados, se desprende que nos encontramos ante un contrato bilateral o sinalgmático, que comporta prestaciones recíprocas que se caracterizan por el hecho de que cada una de las partes se obliga a una prestación

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

específica, que en el caso que analizamos, la obligación se contrae, respecto de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), a no arrendar los postes a otra empresa que preste un servicio o actividad similar, por el tiempo estipulado en el contrato inicial y luego por el adendum modificatorio: y respecto de CABLEZAR S.C.C., a responder por la integridad de los postes, propiedad de la empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD). El contrato bilateral o sinalgmático engendra dos obligaciones o prestaciones contrapuestas y entre las dos obligaciones debe existir un nexo lógico, que se denomina reciprocidad que consiste en su interdependencia por lo que cada parte está obligada a su prestación, si la otra ha cumplido la suya. De ello se colige que cada parte es a su vez acreedor y deudor. Debe considerarse además, que para que existan prestaciones recíprocas debe concurrir también la circunstancia de que las dos prestaciones u obligaciones contrapuestas, surjan en el mismo momento o coexistan, aunque la exigibilidad de una de ellas se postergue. En la presente causa el contrato inicial no ha sido modificado por el adendum, sino única y exclusivamente en el tiempo de duración sin que varíe el carácter de la bilateralidad y su carga obligacional recíproca. **SEXTO.-** Sobre esta base contractual, surge la controversia, que se concreta en la acción verbal sumaria incoada por la Empresa CABLEZAR S.C.C. en contra del ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en su condición de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), a fin de que en sentencia se le ordene el cumplimiento contractual. Citado el demandado, en audiencia conciliatoria contrajo sus excepciones a las siguientes: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Improcedencia de la acción por cuanto todo contrato bilateral lleva implícita la condición resolutoria por la cual ninguno puede demandar la resolución o cumplimiento mientras el otro no cumpla su parte. 3. Falta de derecho del actor. 4. Ilicitud en la causa y objeto de las pretensiones. 5. Impugnación al daño emergente y al lucro cesante. Por cuanto no se ha disminuido el patrimonio del actor, no se le ha ocasionado pérdida en sus utilidades y ganancias. 6. Daños y perjuicios por el mal uso de los postes, falta de pago por el arrendamiento de los mismos, falta de pago de energía eléctrica 7. Terminación del contrato por incumplimiento de arrendatario. 8. Nulidad procesal. Notificado el Procurador General del Estado, no compareció a la audiencia conciliatoria y fue acusada su rebeldía. **SÉPTIMO.-** El sistema y la política económica de acuerdo a lo que establecen los artículos 283 y 284 de la Constitución de la República vigente, reconocen al ser humano como sujeto y fin, propende a una relación dinámica, y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, integrando las formas de organización, económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, teniendo como objetivos asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional, entre el campo y la ciudad, en lo económico social y cultural impulsando el pleno empleo y valorando todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales, manteniendo estabilidad económica entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo y propiciando un intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. Ninguno de estos presupuestos constitucionales se cumplen, si se trasgreden los principios recortes de la contratación, que en el caso que nos ocupa están contenidos en los artículos 1453., 1561 y 1562 del Código Civil que dicen relación con la carga obligacional que surge del concurso real de las dos voluntades, como en el caso de los contratos, que habiendo sido legalmente celebrados, constituyen ley para las partes y deben por tanto ejecutarse de buena fe y obligan por consiguiente, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, contraída por la vía contractual. **OCTAVO.-** Atendiendo a estos principios constitucionales e infra normativos, nos corresponde revisar si el contrato original y su adendum modificatorio al contrato inicial, han sido legalmente celebrados, y para hacerlo, al determinar la capacidad de los suscriptores, verificamos que tanto los gerentes generales de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), Eco. Gilbert Torres García, Arq. Fernando Ramiro López e Ingeniero Francisco Javier Suárez Salas como el gerente general de CABLEZAR S.C.C. Ingeniero Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, actuaron en libre y voluntario ejercicio de sus atribuciones, toda vez que no aparece del proceso, norma jurídica, acuerdo o resolución administrativa,

que impida la realización de los contratos suscritos el 18 de mayo del 2000, con el primero de los nombrados y renovados el 20 de julio del 2005, con el arquitecto Fernando Ramiro López, y el 23 de agosto del 2005, con el ingeniero Francisco Javier Suárez Salas; en los términos expresados. Por tal razonamiento, devienen (sic) las excepciones primera tercera y octava planteada a la acción propuesta relativas a la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; a la falta de derecho del actor y a la nulidad procesal alegadas. Analizada la prueba aportada por las partes, se infiere que constan facturas de pago de energía eléctrica y obra también de fojas 1079 a 1.089 y 1.103 el informe pericial de avalúo, mediante el cual se establece que en equipos accesorios, cable de red y acometidas, existe una inversión de 1'036.942,83 dólares americanos. Con la prueba reproducida por el demandado ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, se reafirma la existencia del contrato y adendum legalmente suscritos, que amplía la duración de la cláusula de exclusividad temporal pero nada aporta a efectos de determinar, la falta de pago del arrendamiento y la falta de pago de energía eléctrica; lo que jurídicamente torna ineficaz a las excepciones segunda, sexta y séptima, que dicen relación con la improcedencia de la acción por cuanto ninguno puede demandar, mientras el otro no cumpla su parte; la alegación de daños y perjuicios por mal uso de postes; la falta de pago del arrendamiento de los mismos; la falta de pago de energía eléctrica y la terminación del contrato por incumplimiento del arrendatario. La excepción de contrato no cumplido o "exceptio non adimpleti contractus" es la que corresponde al deudor en un contrato bilateral, para negarse a cumplir su obligación, mientras la otra parte no cumpla la suya. A este respecto, del proceso nada aparece que nos lleve a concluir, que la Empresa accionante haya dado mal uso, destruido, desmejorado o inhabilitado la integridad de los postes, de propiedad de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), que es su contraprestación principal, contractualmente asumida. Por tanto, la excepción de contrato incumplido, que tiene consagración normativa en nuestro ordenamiento infrajurídico, en el art. 1568 del Código Civil, no es aplicable al caso. Respecto de la quinta excepción referida a la impugnación que hace el demandado a la pretensión del accionante, de que se le reconozca el daño emergente y el lucro cesante ocasionado, por cuanto al decir del demandado, no ha disminuido el patrimonio del actor, ni se le ha ocasionado pérdida en sus utilidades y ganancias; tal apreciación se encuentra neutralizada con la normativa infrajurídica de los artículos 1571, 1572 y 1554 segundo inciso, del Código Civil, que en su orden disponen: «**Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene...**» «**La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante...**» «**Si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse**» Además dicha excepción se encuentra contrarrestada, con la prueba testimonial aportada por varios testigos, que de modo concordante y unívoco declaran que fueron suscriptores de CABLEZAR, pero se pasaron a Colorados Visión que de el mismo servicio, más barato; lo cual evidencia de modo incontrovertible un perjuicio, devenido de la ruptura contractual de modo unilateral, por parte de la Empresa demandada. Todo lo cual hace que la cuarta excepción esgrimida por el demandado, alusiva a la ilicitud en la causa y objeto de las pretensiones del actor, no soporte un mediano análisis jurídico; máxime cuando no aparece de autos que se haya demostrado la existencia de un acuerdo entre competidores, para la fijación de precios por el suministro del servicio, que es lo que constituiría la causa y objeto ilícitos alegados como tampoco se observa de la revisión de las tablas procesales, que se haya probado la existencia de barreras infranqueables que imposibiliten la introducción de la competencia, en el servicio otorgado, para que se aluda causa y objeto ilícitos, en las pretensiones accionadas. Tampoco observa la Sala que CABLEZAR S.C.C., tenga una posición dominante, o poder de mercado, que pueda fijar su política de precios y conducta, sin tomar en consideración a los demás competidores o consumidores. De autos no se ha probado que en la operación económica de CABLEZAR S.C.C., haya concentración económica que consista en fusión, absorción de varias empresas o negocios conjuntos vinculados, para justificar la excepción de ilicitud en la causa y objeto de la pretensión demandada. **NOVENO.-** El delegado de la Procuraduría General del Estado por su parte alegó: 1. Violación de trámite atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1505 del Código Civil y 395 del Código Adjetivo Civil, por cuando aduce que la vía a seguir es la ordinaria y no la verbal sumaria. 2. Inexistencia de requerimiento por parte de CABLEZAR a EMELSAD 3. Solicita que se reproduzcan los artículos 1856 y 1725 del Código Civil y que se

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

practique inspección judicial. Tórnase inoficioso detenernos en el análisis de los artículos 1505 del Código Civil y 395 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la Sala se pronunció respecto de la validez del proceso, lo que comporta el estudio previo de la pertinencia de la vía procesal utilizada. El requerimiento notarial que corre de fojas 9 a 14 de las tablas del proceso, enerva la excepción planteada por el delegado de la Procuraduría General del Estado; así como también, lo dispuesto en el numeral primero del art. 1567 del Código Sustantivo Civil que determina que el deudor está en mora: **"Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado..."**. A través de la diligencia de inspección judicial de fojas 934, y el informe pericial respectivo, se determinó que CABLEZAR utiliza 3.468 postes y posee 41 fuentes de poder. **DÉCIMO.-** Reiteradamente, tanto el demandado, como el delegado de la Procuraduría General del Estado invocan el numeral sexto del art. 304 de la Constitución de la República que alude a los objetivos de la política comercial uno de los cuales está orientado a evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otra que afecten el funcionamiento de los mercados. En la especie, se debe dejar establecido que son los gerentes generales de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), quienes en ejercicio legítimo de sus competencias suscribieron sendos contratos con cláusula de exclusividad temporal, con el gerente general de CABLEZAR S.C.C. por tanto, no es el actor quien propició una práctica supuestamente monopólica, sino la propia Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD), actualmente denominada Corporación Nacional de Electricidad CNEL, que es la que ahora alega, una supuesta práctica comercial nociva que debió ser inicio evitarla inadmitiendo las contratación con exclusividad temporal, si consideraba lesiva a sus intereses, pues constituye principio inconcuso de derecho público y de derecho privado el que **«nadie puede pretender beneficiarse posteriormente, de su propio dolo»**, de existir tal conducta, porque el fraude "per se", todo lo corrompe "*fraus omnia corrumpit"*. A este respecto, la Sala considera que en el sistema constitucional derechos y justicia vigente, se deben observar los principios de aplicación de tales derechos, por consiguiente se advierte que de acuerdo al primer inciso del numeral noveno, correspondiente al art. 11 de la Supra Norma **«El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución»**. Tanto en este sistema constitucional como en el anterior (art. 16 ir la Constitución Política de la República de 1998), se ha mantenido este principio de aplicación de derechos y garantías constitucionales. Como también se mantiene la norma preceptuada en el segundo inciso del numeral noveno correspondiente al art. 11 de la Constitución en vigor que determina. **"El Estado, sus delegatarios concesionarios, y toda persona que actúe en el ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por… las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleados y empleadas públicos en el desempeño de sus cargos".** Al operar los principios de aplicación de los derechos, surgen garantías constitucionales que sostienen los actos y contratos suscritos por las partes, de allí que son plenamente aplicables los deberes y responsabilidades preceptuados en los numerales 8 y 18 del art. 97 de la Constitución de 1998, vigente a la fecha de suscripción de los contratos que nos ocupan que mandan: "**Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada". "Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética"**. Estos principios constitucionales, así como las normas infrajurídicas previas, preceptuadas en los artículos 1453, 1561, 1562, 1571, 1572, 1554 y 1567 del Código Civil –que dicen relación con la carga obligacional que surge de los contratos, que habiendo sido legalmente celebrados, constituyen ley para las partes, deben por tanto ejecutarse de buena fe y obligan cuyo incumplimiento de no hacer, se resuelve en la de indemnizar los perjuicios; comprendiendo tal indemnización, tanto el daño emergente como el lucro cesante y la pena, desde que se ejecuta el hecho que se obligó a abstenerse cuando la obligación es negativa porque se constituye en mora, desde el incumplimiento de la obligación-, no pueden ser trasgredidos, sin lesionar el principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 82 de la Constitución vigente y en el numeral 26 del art. 23 de la Constitución de 1998 en vigor a la suscripción de los contratos que estudiamos. Las garantías constitucionales referidas a las políticas y servicios públicos, disponen la primacía de tales derechos, al prescribir en el numeral segundo del art. 85. **"Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas…vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política... deberá reformularse..."**.En la especie, alegar monopolio u

oligopolio, sin haber probado jurídicamente de modo incontrastable, que la Empresa actora tenga una posición dominante, o poder de mercado, que pueda fijar su política de precios y conducta, sin tomar en consideración a los demás competidores y a los consumidores; o que haya incurrido en concentración económica, por fusión o absorción de varios negocios vinculados; o en competencia desleal, por falseamiento, restricción o distorsión de sus competidores es temerario. Pues para que exista monopolio es necesario que haya acuerdo entre competidores para la fijación de precios sobre el suministro de un servicio. En derecho de la competencia, el concepto de monopolio comporta una situación en la que un operador económico controla el mercado y fija con independencia precios, cantidad y condiciones comerciales, obteniendo de esta manera un beneficio superior al normal, el mismo que genera una renta de monopolio a costa de los consumidores o usuarios del servicio, lo cual produce pérdida neta del bienestar social, lo que en la especie, no se ha probado en tanto no obra del juicio que se haya demostrado que existe una barrera infranqueable que imposibilite la introducción de competidores en el servicio específico que ofrece la Empresa actora todo lo contrario, la competencia se ha llevado su clientela, por el incumplimiento de la exclusividad temporal, legalmente suscrita entre EMELSAD y CABLEZAR S.C.C. por el tiempo contractualmente determinado , y el establecimiento del precio, por las fuerzas del mercado. **UNDÉCIMO.-** Alegar monopolio u oligopolio, sin haber demostrado jurídicamente tal comportamiento, sólo para justificar el incumplimiento de un contrato legalmente celebrado entre los suscriptores, constituye una política pública que debe reformularse, porque amenaza con vulnerar derechos constitucionales que concretan en **cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada, otorgar los servicios con eficiencia, eficacia, buen trato y de buena calidad.** Amenaza también con lesionar infra normas del Código Civil preceptuadas en los artículos 1561, 1562 que prescriben l**os contratos, legalmente celebrados, constituyen ley para las partes, deben ejecutarse de buena y obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de su naturaleza;** que al ser quebrantadas por constituir normas previas, su infracción genera de modo irrefragable inseguridad jurídica. **DUODÉCIMO.-** De todo lo visto se concluye que el contrato de arrendamiento de utilización de postes de (EMELSAD), suscrito el 20 de julio del 2005, por el arquitecto Fernando Ramiro López, en calidad de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) y el ingeniero Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C., es válido, por cuanto no aparece de autos vicios, nulidades o incapacidades que lo enerven, ni existe norma jurídica, acuerdo o resolución administrativa, que impida su realización en la forma y tiempo como fue convenido, además la cláusula de exclusividad temporal, por la cual, la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) "no podrá arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar..." se mantiene con el adendum modificatorio del tiempo de duración del contrato inicial de un año a cuatro años, suscrito el 23 de agosto del 2005, por el ingeniero Francisco Javier Suárez Salas, en calidad de gerente general de la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A. (EMELSAD) y el ingeniero Hólger Kennedy Velasteguí Ramírez, en calidad de gerente general de CABLEZAR S.C.C. **DÉCIMOTERCERO.-** La aplicación de las normas constitucionales y legales antes enunciadas al acto subido en grado se explica por los principios rectores de la vigente administración constitucional de justicia, expresados en el artículo 172 de la norma suprema y en los artículos 4 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial que establecen la supremacía de la Constitución y la interpretación integral de las normas puesto que **"El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"** uno de los cuales es atinente a la existencia misma del Estado constitucional de derechos y justicia vigente porque se trata del supra derecho de protección, referido a la seguridad jurídica, preceptuado en el artículo 82 de la Constitución de la República. Por las consideraciones antes anotadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, confirma la sentencia subida en grado y dispone que el cálculo de los intereses se haga desde que estos se hicieron exigiles, por el incumplimiento contractual, hasta el momento de pago. **Notifíquese.**

f) Dr. Vinicio del Pozo Espinoza, Juez Provincial; Dr. Álvaro Ríos Vera, Juez Provincial; Dr. Orlando Amores Terán, Conjuez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 310-2013

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, lunes 18 de mayo del 2015, las 08h31.-

VISTOS: (310-2013): 1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces y la Jueza Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución nro. 01-2015 de 28 de enero de 2015, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, con sujeción a los Arts. 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 166.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y 1 de la Ley de Casación. 2.- ANTECEDENTES: Accede el proceso a esta Sala en virtud de la sentencia No. 005-13-SEP-CC, caso No. 0317-11-EP proferida por la Corte Constitucional, por la que se acepta la acción extraordinaria de protección interpuesta por el ingeniero comercial Mario Antonio Badillo Gordón, gerente regional de la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional Santo Domingo y apoderado especial del gerente general de la Corporación Nacional de Electricidad-CNEL (antes Emelsad), en contra de la sentencia de casación de mayoría expedida por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, el 04 de noviembre de 2010, las 15h45, dentro del juicio verbal sumario que por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios, sigue en su contra Cablezar S.C.C. La Corte Constitucional, en el marco de su competencia, deja sin efecto el fallo expedido por la Corte de Casación, mediante la cual se casa la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas el 14 de enero de 2010, a las 10h45, que confirmó la de primera instancia, que dispuso el cumplimiento del contrato por parte de la Empresa Eléctrica Santo Domingo "Emelsad" y el pago por concepto de indemnización de perjuicios, más intereses de ley, la que fue recurrida mediante recursos de hecho propuestos por CNEL S.A., Regional Santo Domingo, y por la Procuraduría General del Estado, a través del Dr. Miguel Izquierdo Pinos, Abogado Regional de la Procuraduría General del Estado, siendo este último admitido a trámite en casación mediante auto de 14 de abril de 2010, a las 16h00. Consta de la sentencia de la Corte Constitucional, parte resolutiva, "1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso en la garantía de la motivación, previstos en los artículos 82 y 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección; por tanto, se deja sin efecto la sentencia emitida el 04 de noviembre del 2010 a las 15h45, por la mayoría de los jueces integrantes de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia...". 2.1. La CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A. se constituyó como sociedad anónima mediante escritura pública de fusión de las compañías Empresas Eléctricas Península de Santa Elena C.A., Santo Domingo S.A., Milagro C.A., Bolívar S.A., Regional Esmeraldas S.A. EMELSAD, Los Ríos C.A., Regional El Oro S.A., EMELGUR Regional Guayas-Los Ríos S.A. Manabí S.A. EMELMANAB1 y EMELSUCUMBIOS Regional Sucumbíos S.A., suscrita el 15 de diciembre de 2008, ante el Notario Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, y mediante Registro Oficial No. 922 de 28 de marzo de 2013 se creó la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad, CNEL EP. 3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada con cargo en las causales primera, tercera y cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, los Arts. 24.13, 244.3, 272 de la Constitución Política de la República vigente a partir de 1998; 1568, 1572 del Código Civil; y 119, 277 del Código de Procedimiento Civil. 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., 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 dikeológica de la casación así lo orienta en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y su respuesta motivada y justa, Arts. 1 y 75 de la Constitución de la República). La visión actual de la Casación le reconoce una triple finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, proyectados por la salvaguarda del derecho objetivo, la unificación jurisprudencial, 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, CAUSAL CUARTA: Sin perjuicio de que se efectúe el análisis de las normas constitucionales alegadas como infringidas por el recurrente, con vinculación a la causal primera, corresponde de acuerdo al orden lógico analizar el cargo por la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, que prevé: "El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...) 4ta. 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". La causal se refiere a la inobservancia de congruencia, de consonancia en la sentencia. El denominado principio de congruencia "consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez. Puede adoptar dos modalidades: la interna y la externa. 1.º- La externa –que es la propiamente dicha- se refiere a la concordancia o armonía entre la demanda y la sentencia que se pronuncia sobre ella… 2.º- La interna es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia..." (Jaime Azula Camacho, Curso de Teoría General del Proceso, Librería Jurídica Wilches, tercera edición, 1986, Bogotá, p. 93). Este principio consagrado en el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, "...impone la estricta correspondencia que debe existir entre el contenido de las resoluciones judiciales y las peticiones –pretensiones y defensas- que conforman el tema decidendum. De suerte que un pronunciamiento jurisdiccional será congruente si emite juicio sobre todas, y nada más que sobre todas, las peticiones, y respetando los elementos de ellas (sujetos, objeto y causa). Así; son decisorios incongruentes no sólo los citra o infra petitos y los ultra petitos, sino también los extra petitos o salidos de tema. Denominación esta última que damos a las resoluciones que por modificar lo pretendido, haciendo sustituciones en su causa petendi, o en la persona que deduce o contra quien se deduce, o en su objeto inmediato o mediato, termina juzgando una pretensión distinta a la concretamente sometida a decisión. Por ello puede afirmarse que si el demandante modifica, altera o transforma todos, alguno o algunos de los elementos de la pretensión, hay mutación en la demanda, y si esa modificación, transformación o alteración la hace el juez, hay incongruencia extra petita" (Gladis E. De Midón, La Casación, Control del ´Juicio de Hecho´, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, Santa Fe, p. 471). Hernando Devis Echandía con respecto al principio de congruencia, ha dicho: "Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (...) y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales impugnaciones;

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador. Tiene extraordinaria importancia este principio, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso..." (Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, tercera edición, Buenos Aires, 2002, p. 76). El casacionista aduce que el Tribunal a quo, en su resolución, "omite resolver algunos de los puntos de la litis, cuando de acuerdo con el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil la sentencia deberá decidir los puntos sobre los que se trabó la litis, fundándose en la ley y en los méritos del proceso, por lo cual no analiza para nada las excepciones 6 y 7 deducidas por el demandado y con las cuales se trabó la litis...". 5.1.1. La demandada Emelsad a fojas 45 a 47 vta. del cuaderno de primera instancia, contesta la demanda incoada por Cablezar S.C.C. Las excepciones a la demanda objeto de la censura se constriñen a: "6.- Reclamo expresamente, los daños y perjuicios que ha ocasionado a la Empresa Eléctrica Santo Domingo S.A., el accionante, en el mal uso de sus postes, falta de pago por arrendamiento de los mismos, falta de pago de energía eléctrica que ha consumido desde que se suscribió el primer convenio hasta la actualidad, sin haber hecho conocer a mi representada en ningún momento, hechos que probaré oportunamente; 7.- Subsidiariamente alego la terminación del contrato por incumplimiento del contratista o arrendatario de las cláusulas segunda, tercera, cuarta literales b) y c) del contrato...". Consta del considerando octavo de la sentencia recurrida: "Analizada la prueba aportada por las partes, se infiere que constan facturas de pago de energía eléctrica, y obra también, de fs. 1076 a 1089 y 1103 el informe pericial de avalúo, mediante el cual se establece que en equipos, accesorios, cable de red y acometidas, existe una inversión de 1´036.942,83 dólares americanos (sic). Con la prueba reproducida por el demandado Ing. Francisco Javier Suárez Salas, se reafirma la existencia del contrato y adendum legalmente suscritos, que amplía la duración de la cláusula de exclusividad temporal, pero nada aporta a efectos de determinar, la falta de pago del arrendamiento y la falta de pago de energía eléctrica; lo que jurídicamente torna ineficaz a las excepciones, segunda, sexta y séptima, que dicen relación con la improcedencia de la acción por cuanto ninguno puede demandar, mientras el otro no cumpla su parte...". Por tanto, resulta evidente que el Tribunal a quo, en su resolución, analiza la situación jurídica que se desprende de las excepciones puntualizadas, en aplicación del actual Art. 106 del Código de Procedimiento Civil; en tal sentido: "el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia´, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso" (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, 1.a edición, p. 149), cuestión trascendental inexistente en el cargo formulado, en tal razón se lo desestima. 5.2.- SEGUNDO CARGO, CAUSAL TERCERA: Aunque el recurrente, en el ámbito de su impugnación, invoca la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que establece: "El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...) 3.a 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 efectúa la debida vinculación entre la causal invocada y las normas jurídicas que considera vulneradas; de conformidad al siguiente tenor: "carece de lógica o legitimidad la valoración realizada por los juzgadores, sus conclusiones son absurdas y arbitrarias, por lo que el Tribunal de Casación está en la obligación de revisar la valoración, en virtud de que se ha violentado el art. 119 del Código de Procedimiento Civil...", y agrega: "...En la sentencia no existe motivación, respecto a este tema, puesto que el juzgador formula conclusiones contrarias a la razón, a la justicia, que persigue favorecer al actor y perjudicar al Estado ecuatoriano, lo cual implica que se ha cometido dolo, constituyendo inclusive prevaricato, al haber prescindido de pruebas esenciales, valorando pruebas inválidas e inexistentes. Este vicio de valoración absurda de pruebas constituye al mismo tiempo transgresión del mandato de motivación contenido en el numeral 13 del art. 24 de la Constitución Política de la República (1998), ya que la

violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba no constituye motivación válida porque atenta contra la sana critica (Art. 119 CPC) y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación, conforme lo señala el mandato constitucional antes indicado". 5.2.1.- La causal invocada, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, para su procedencia, es necesario que se encuentren reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha(n) sido violentada(s); b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de norma o normas de derecho sustancial por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) la explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción de norma de valoración de la prueba y la segunda infracción de norma sustantiva o material. Consecuentemente, quien recurre, al invocar esta causal, 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 afectada como consecuencia de la primera infracción, por lo que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. "Esta norma sustancial de aplicación obligatoria se define teóricamente por los clásicos como la norma que señala y define los derechos subjetivos –reales y personales- y precisa las obligaciones de las personas. O, con la teoría nueva, la ley sustancial es la que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material. (...) Es que una norma sustancial de derecho, estructuralmente contiene dos partes: la primera, un supuesto de hecho, y la segunda, un efecto jurídico. La primera parte es una hipótesis, un supuesto, y, la segunda parte, es una consecuencia, es un efecto. La norma de derecho sustancial, lo hemos dicho, por otra parte, reconoce los derechos subjetivos de las personas, o sirve para eliminar, crear o modificar una relación jurídica sustancial, pero, ante todo parte de un supuesto para otorgar un efecto. Si sucede tal cosa, debe ocurrir esta otra..." (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2010, p. 14). El escrito de casación "se compone de dos partes: la primera, llamada accidental, que contiene el resumen de los hechos que dieron lugar a la litis, y la segunda, denominada sustancial, en que se invocan las causales aducidas para pedir la casación del fallo, con indicación clara y precisa de los fundamentos de ellas, la cita de los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto de violación..." (Hernando Morales, Técnica de Casación Civil, Ediciones Lerner, Bogotá 1963, 1.a edición, p. 134). Se observa, en el caso in examine, que no se construye una disociación, en cuanto apartado argumentativo, que se canalice a la imputación efectuada, cuestión que resulta imperativa, puesto que la alegación debe trascender en rigor, manteniendo su propia individualidad, unidad y firmeza, con observancia de la técnica de casación; no hacerlo trastoca el contenido y alcance del recurso, así como su propósito. "Las causales y la determinación de las normas jurídicas violadas no marchan solas, sino que hay entre ellas una total conexión, por ello no basta atribuir al fallo de instancia que ha transgredido una o muchas disposiciones legales y que se halla incurso en una o varias de las causales de casación, sino que es indispensable establecer la conexión entre unas y otras. Por ejemplo, si se dice que se aplicó indebidamente una determinada disposición de derecho sustantivo y que el fallo casado se encuentra en la situación configurada en la causal primera, se debe señalar con total precisión cuál es la razón por la cual afirma que no debió aplicarse la norma acusada y cuál es la que si debía aplicarse, razonando cómo habría sido la resolución si es que se procedía de la manera que a juicio del recurrente debió actuar el tribunal de instancia…" (Santiago Andrade Ubidia, op. cit., p. 204). En razón de lo expresado en el análisis precedente, en el sentido que existe imposibilidad de pronunciarse sobre la pretensión del casacionista, al ser inasible e ineficaz su impugnación, se la desestima. 5.3.- TERCER CARGO, CAUSAL PRIMERA: 5.3.1. El recurrente alega: "El juzgador de segunda instancia además dejó de aplicar el artículo 244 numeral 3; y, Art. 272 de la Constitución Política del Estado (sic) de 1998. Pues el contrato principal está viciado de nulidad, por así disponerlo la Constitución Política de 1998, al igual que la aprobada el 28 de septiembre del 2008. Este vicio de inconstitucionalidad radica por el fondo, precisamente cuando contraría el precepto de conducta o la sanción de la norma secundaria al precepto o prohibición que preveía la Constitución de 1998...". 5.3.2. 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 desconocer 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. 2.- 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). 5.3.3. Holger Kennedy Velasteguí Ramírez, en representación de Cablezar S.C.C., demanda a la Empresa Eléctrica Santo Domingo (Emelsad) en la persona de su representante legal el cumplimiento de un contrato de arrendamiento de utilización de postes de la Emelsad (n.o 097-GG-2005), siendo admitida a trámite el 26 de febrero de 2007 por el Juez Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha. El contrato celebrado el 20 de julio de 2005, entre Cablezar S.C.C. y Emelsad (contrato principal) estipula un plazo de vigencia de un año, contado a partir del 01 de enero de 2005, y establece en su cláusula quinta: "Los postes que arrendará Cablezar S.C.C., serán de uso exclusivo para ésta y no podrá Emelsad arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar, por razones constantes en la cláusula cuarta y que tienen relación con la responsabilidad que adquiere Cablezar S.C.C., por la integridad de los referidos bienes de la Emelsad...". En adendum suscrito el 23 de agosto de 2005 (contrato complementario), las Partes modifican en su totalidad la cláusula quinta del contrato principal, estipulándose para su ejecución un plazo de cuatro años contados a partir del 01 de enero de 2005, eliminándose por sustitución el segundo párrafo de dicha cláusula que preveía la prestación de arrendamiento o locación exclusiva de servicios, ratificándose las Partes en el contenido de las demás cláusulas pactadas. La Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas en sentencia proferida el 14 de enero de 2010, a las 10h45, confirma lo resuelto por el Juez Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha, el 21 de abril de 2009, a las 08h25, que dispone el cumplimiento del contrato por parte de la Empresa Eléctrica Santo Domingo (Emelsad), actualmente CNEL EP, y el pago por concepto de indemnización de perjuicios. La figura de la exclusividad puede constituir una práctica monopólica que afecta al mercado, que se establece en un "... lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de ese bien o servicio. Dentro de un mercado se encuentran interactuando sujetos de oferta, sujetos de demanda, un territorio, unos bienes objeto de la relación negocial y un precio..." (Mauricio Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 29); sistema que se encuentra regulado, a fin de prevenir las distorsiones y asimetrías de los operadores económicos, como resultantes de las prácticas monopólicas que se encuentran sancionadas. Un monopolio siempre constituye una vía para la práctica de competencia desleal, mientras no se encuentre autorizada por la Constitución o la ley. Por ejemplo la actual Constitución de la República en su Art. 313, reserva al Estado como actividad o sector económico "…el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social", configurándose un monopolio natural. En tanto que, la exclusividad supone una categoría prevalente de acceso al mercado, enarbolándose como un privilegio que proviene, o de la Constitución o de la ley, o de un acuerdo válidamente celebrado, en el cual al menos unos de los contratantes tiene derechos suficientes sobre la exclusividad pactada, por cuanto "…es posible

que los empresarios pretendan que sus productos o servicios tengan como una de sus características señeras la de ser exclusivos en el sentido de ´estar al alcance de muy pocos'; también es pensable que la exclusividad se relacione no sólo con el número de consumidores, sino con la exquisitez del producto o servicio" (Leopoldo Porfirio Carpio, La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, p. 106). Si bien el "disfrute de derechos especiales o exclusivos" en el sentido de distorsión del mercado, se encuentra actualmente previsto como infracción muy grave en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Art. 3.b), la exclusividad es plenamente reconocida en varios ámbitos jurídicos, y no conlleva efecto de distorsión, o de desigualdad, así: i) el ejercicio de los derechos patrimoniales que nacen de la autoría de una obra para explotarla; ii) las operaciones financieras autorizadas por el Estado; iii) las competencias, delegaciones o concesiones estatales; iv) ciertas prácticas comerciales privadas sin afectación de terceros, que dependen de la voluntad de los contratantes, como el caso de pacto de exclusividad en los contratos de corretaje, entre otras. "Sobre la licitud o ilicitud de la exclusividad, se discutió en la primera mitad del siglo XX sobre la validez que pudiera tener o no un pacto de exclusividad, es decir, si un pacto de tal naturaleza, atendiendo a la situación de monopolio que crea a favor de una de las partes y al constreñimiento de la competencia que del mismo se deriva como efecto, pudiera comprometer el orden público y por tanto estar vedado para la actividad contractual de los particulares... Será necesario analizar cada caso en concreto para llegar a alguna conclusión" (Beatriz Espinoza Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez, Editoras, Congreso Nacional. Neoconstitucionalismo y Derecho Privado, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2008, p. 106). Las normas jurídicas tienen su asidero funcional o ratio legis, generalmente en las acciones u omisiones humanas; es decir, dependen de la validación y cotejamiento de los acontecimientos ulteriores que se generen a raíz de la expedición de la norma, para que aquella intervenga con efectividad en el hecho tipificado. "Los dos indicados momentos de la actividad jurídica (establecimiento de las normas jurídicas y actividad de los sujetos, conforme o disconforme) son muy diversos entre sí, aunque el uno implique el otro. La consideración de ellos confirma que el ordenamiento jurídico resulta de comportamientos y que los comportamientos son parte de ese ordenamiento. En otros términos, una cosa es que el ordenamiento jurídico establezca normas que prohíben un cierto acto o imponen el cumplimiento de un cierto acto; y otra cosa es la actuación (o la no-actuación) de la norma, es decir, el hecho de que quién está obligado a respetar la prohibición o a cumplir el determinado acto, la aplique, o sea, que se atenga a la norma jurídica, o que no se atenga a ella y que, al no atenerse, incurra en una sanción. El primero es el momento (lógico) abstracto y estático del derecho objetivo; el segundo, es su momento concreto (...). La actividad jurídica, y especialmente la actividad de los sujetos sometidos a la norma, es la verdadera realidad del derecho" (Francisco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954, p. 34). 5.3.4.- El Art. 1857 del Código Civil establece: "Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso". El pactarse en actos y contratos cuestiones que se encuentran fuera del comercio humano, que contienen cumplimiento inejecutable, como son los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, o de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, conllevan objeto ilícito, Art. 1480 del Código Civil, pues "...es sabido que por principio general y dada la evolución del derecho civil moderno hacia el intercambio universal de toda suerte de cosas corporales e incorporales, los derechos subjetivos individuales y privados pueden ser enajenados, esto es ser objeto de convenciones o negocios jurídicos que los transfieran de una persona a otra, a no ser que la ley manifiestamente los excluya por razones especiales" (Leonardo Rivas Cadena, Derecho Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1989, p. 143). De igual forma existe objeto ilícito en las "deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes" (Art. 1482 *ejusdem*), cuestión que no puede ser subsanada en ninguna forma. "Ahora bien, ¿Qué es objeto?

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Planiol define al objeto de la obligación como "lo que debe el deudor", y expone que es más exacto hablar de objeto de la obligación que de objeto del contrato, pues éste es la ´creación de obligaciones´... De acuerdo con la ley, lo que el deudor debe puede consistir en una cosa o en un hecho… como de ´una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer´, refiriéndose en el hecho, al objeto de la obligación. El objeto ilícito es aquel contrario a las leyes de orden público, a la moral y a las buenas costumbres..." (Arturo Alessandri Besa, La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno, Ediar Editores Ltda., tomo I, segunda edición, p. 116). Asimismo, la causa puede ser ilícita, puesto que la "causa no se confunde ni con el consentimiento ni con el objeto. Es un elemento autónomo de la obligación y se incorpora al acto jurídico. No se trata de un concepto absoluto, sino relativo, en el sentido de que una misma cosa es, por una parte, causa en cuanto productora de un efecto y, por otra parte, efecto en cuanto producida por una causa (Mariano Gagliardo, La Causa Jurídica, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p.p. 13 y 14). La norma censurada prevista en la Constitución Política de la República promulgada en Registro Oficial n.o 1 de 11 de agosto de 1998, disponía en su art. 244, que: "Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: …3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen". El orden público como su nombre lo indica es el rigor, supone el acatamiento de la sociedad y sus instituciones a la organización y régimen estatal constituido, en virtud de reconocerse como regulados y sometidos ínsitamente a directrices que emanan de la autoridad que ejerce determinadas potestades, facultades o atribuciones en razón de su competencia o jurisdicción, en tutela de la seguridad e incolumidad de los ciudadanos y la propiedad. Su desconocimiento no es motivo de excusa o eximición, por tanto, "...debe destacarse que ha sido muy frecuente en la jurisprudencia la equiparación entre los conceptos de orden público y de ley imperativa. Dicho con otras palabras, en varias sentencias de la Corte Constitucional (colombiana) parece manejarse una concepción legal del orden público en las relaciones privadas. Por lo menos formalmente hablando, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ídem) ha sostenido reiteradamente que el límite a la autonomía privada está en las leyes imperativas, es decir en las disposiciones legales de orden público" (Beatriz Espinoza Pérez y Lina Marcela Escobar Martínez, Editoras, op. cit. p.p. 275 y 276). El haberse estipulado el 25 de julio de 2005, en vigencia de la Constitución aprobada en 1998, una cláusula contractual que impedía que Emelsad entregue en arrendamiento sus postes de alumbrado público a otras empresas que oferten servicios similares, conlleva una promesa o motivo (causa) de concrecionar un acuerdo que intrínsecamente se configura ilícito, es decir contrario al orden público y que se traduce contractualmente al momento de incorporarse en el tenor de sus estipulaciones como objeto ilícito. En tal sentido, no es posible exigir el cumplimiento de un contrato que contenga un objeto ilícito contrario al derecho público, ni pueden existir perjuicios subsecuentes, inherentes a un contrato inejecutable, siendo en consecuencia coherente la alegación del casacionista en cuanto a la vulneración el art. 244.3 de la Constitución Política de la República, vigente a la fecha de la celebración del contrato principal, vinculada con cargo en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación por parte del Tribunal aquo, sin perjuicio de resaltar que no se ha logrado establecer una relación lógica y causal entre las otras normas constitucionales censuradas y el caso concreto. 6.- DECISIÓN EN SENTENCIA: Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta el recurso interpuesto y casa la sentencia proferida por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 14 de enero de 2010, a las 10h45, y en consecuencia, declara sin lugar la demanda. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

III
Resolución nro. 0083-2015
Juicio nro. 17-2014

Juicio ejecutivo por cobro de facturas propuesto por PROENFAR, contra Cía Swiss & North Group

SÍNTESIS

La Compañía PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS PROENFAR S.A., a través de su Representante Legal Mauricio Fabián Suárez Checa, inicia un proceso verbal sumario contra la empresa SWISS & NORTH GROUP S.A., representada por Maira Yanina Mancheno Torres, alegando que ha emitido a favor de esta última, facturas que no han sido canceladas, por lo que solicita en sentencia se condene al pago de las facturas, más intereses por mora, costas y honorarios profesionales. Al contestar la demanda, alegan que las facturas corresponden a la venta de unos envases de gotero, que se han doblado, provocando daño al medicamento envasado, por un daño de aproximadamente USD $217.000,00 por lo que demandan la resolución de esos contratos y la indemnización y reparación de perjuicios, por lo que solicita se consulte a la Corte Constitucional sobre la posibilidad de acumulación y reconvención planteadas. Reconvienen por un millón doscientos mil dólares. No niegan la entrega ni las facturas, alegan tener que pagar por un producto causante de perjuicio. Se justifica el derecho del actor de reclamar el pago de facturas; por lo que se acepta la demanda y se ordena el pago correspondiente. La compañía demandada apela tal decisión. El Tribunal rechaza la apelación ya que las pretensiones son improcedentes. Por lo que la misma demandada interpone recurso de casación, sin señalar de forma expresa la causal en la que se fundamenta, acusa a la sentencia de falta de aplicación de los artículos 75, 168.6, 169, 11 numerales 2, 3, 4 y 5, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 4 inciso primero, 5 inciso primero, 18, 19 último inciso, 20 inciso primero y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. El Tribunal de Casación observa que la acumulación de autos no procede, entre otros, en el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios, según lo señalado en el artículo 110 de Código de Procedimiento Civil; al igual que desecha la reconvención por prohibirla el artículo 834 del Código de Procedimiento Civil. Añade el Tribunal que la aplicación de las normas procesales que prohíben la reconvención y acumulación de autos, es propia del procedimiento establecido para el juicio verbal sumario, por tanto, al haber sido estas observadas por el Tribunal de instancia en su resolución, se ha cumplido con la garantía básica del debido proceso prevista en la parte final del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República. En tal virtud no casa la sentencia.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, miércoles 12 de octubre del 2011.

VISTOS: Mauricio Fabián Suárez Checa, comparece a fojas 20 de los autos, en su calidad de procurador judicial de la Compañía PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A. PROENFAR S.A., conforme lo justifica con los documentos habilitantes de fojas 2 a 9 de los autos; y después de consignar sus generales de ley, dice que: "...De los documentos adjuntos a la demanda, vendrá en conocimiento que la compañía PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A. PROENFAR S.A., en las fechas 24 de noviembre y 01 de diciembre del año 2008, 13 de enero del año 2009, ha emitido a favor de la Com-

pañía SWISS & NORTH GROUP S.A., representada por la señora Maira Yanina Mancheno Torres, en su calidad de Gerente General y Representante legal de la precitada compañía, las siguientes facturas: 1) Factura nro. ZVE-0200009127, de fecha 24 de noviembre del 2008, por concepto de envase gotero completo Brasilia de 30ml., compuesto por envase blanco, tapa con anillo de seguridad blanco y capilar natural, cantidad 475.000, por un valor de USD $ 52.250,00; y envase jarabe Brasilia de 30 ml. ámbar cantidad 70.680 por un valor de USD $ 5.484,06; valor de la factura USD $ 61.083,00; 2) Factura nro. ZVE-0200009137, de fecha 01 de diciembre del 2008, por concepto de envase gotero completo Brasilia de 30 ml., compuesto por envase blanco, tapa con anillo de seguridad blanco y capilar natural, cantidad 475.000, por un valor de USD $ 52.250, valor total de la factura USD $5.559,00; y, 3) Factura nro. ZVE-0200009234, de fecha 13 de enero del 2009, por concepto de envase jarabe Brasilia de 90 ml. ámbar traslucido, cantidad 50.285, por valor de USD $ 4.614,15; y envase jarabe Brasilia de 180 ml. ámbar, cantidad de 50,112, por un valor de USD $ 6.366,73 valor total de la factura USD $ 12.331,00. Manifiesta el compareciente que su representada ha cumplido con la entrega de la mercadería a la que estaba obligada para lo cual apareja a la demanda documentos de exportación y cartas de porte internacional; más afirma que la compañía SWISS & NORT GROUP S.A., tenía la obligación de pagar lo adquirido en los plazos que a continuación detalla: 1) Factura nro. ZVE-0200009127, de fecha de emisión 24 de noviembre del 2008, y vencimiento 23 de enero del 2009; 2) factura nro. ZVE-0200009137, de fecha de emisión 01 de diciembre del 2008, y de vencimiento 30 de enero del 2009; y, 3) factura nro. ZVE-0200009234, de fecha de emisión 13 de enero del 2009, y de vencimiento 14 de marzo del 2009. Afirma el recurrente que en varias ocasiones ha solicitado el pago de las facturas vencidas. Con los antecedentes expuestos, en la calidad que comparece, y con fundamento en el contenido del inciso primero del art. 1486 del Código Civil, art. 164 del Código de Comercio, art. 828 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en juicio verbal sumario demanda a la compañía SWISS & NORTH GROUP S.A., en la persona de la señora Maira Yanina Mancheno Torres, en su calidad de gerente general y representante legal, el cobro de las mencionadas facturas, a fin de que en sentencia se condena a la demandada al pago de lo siguiente: 1) Los valores constantes en las facturas que adjunta a la demanda; 2) Los intereses por mora a la tasa máxima legal desde que se ha hecho exigible la obligación, hasta el pago total de la misma; 3) Costas Procesales y honorarios de su abogado defensor. Ofrece reconocer pagos arciales que se justifiquen legalmente...". Por sorteo la competencia de la presente causa se ha radicado en el Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, más por juicio de recusación e inhibición realizada por la señora Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha, el conocimiento de la presente causa se ha radicado en esta Judicatura. Se ha citado a la demandada en la presente causa, a través de su representante legal señora Mayra Yanina Mancheno Torres, mediante boleta entregada en persona, según consta de la razón sentada el citador a fojas 28 de los autos. La economista Mayra Yanina Mancheno Torres, comparece a juicio mediante escrito a fojas 30 de los autos, en su calidad de gerente general y representante legal de la compañía SWISS NORTH GROUP S.A., conforme lo justifica con la copia certificada de su nombramiento a fojas 29 de los autos, escrito en el que señala casillero judicial para recibir sus notificaciones. A la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, celebrada el día 06 de enero del año 2010, constante del acta a fojas 33 de los autos, ha comparecido el abogado Mauricio Suárez Checa, en su calidad justificada en autos, y, por otra parte el doctor Gerardo Morales Suárez ofreciendo poder o ratificación de la parte demandada, intervención legitimada a fojas 47 de los autos. Diligencia en la que la parte demandada a través de su abogado patrocinador, contesta a la demanda y manifiesta que el hecho generador de las facturas materia de la presente litis es un contrato de compraventa de un producto conocido como envases de gotero plásticos, mismos que entregados y utilizados parcialmente se han doblado provocando daño del medicamente envasado, causando graves perjuicios, tales como la devolución del producto por un monto de doscientos diecisiete mil dólares aproximadamente, por lo que demandan la resolución de aquellos contratos y su consecuente indemnización y reparación de perjuicios, demanda que ha recaído en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha con el nro. 1236-2009-DR.E.C. por lo que en aplicación del art. 428 de la Constitución, en concordancia con los artículos 424 y 425 y las demás normas constitucionales, solicita que se proceda a consultar a la Corte Constitucional a efectos

de la posibilidad de la acumulación y reconvención planteada. Reconviene a la actora al pago de un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América; y que se disponga la acumulación de procesos y en el evento de que ninguno de estos petitorios se admitan, alega confusión y la existencia de una condición resolutoria de forma igualmente subsidiaria. No niegan la entrega del producto y mucho menos la existencia jurídica de las facturas que sustentan esta acción, impugnan el hecho de pagar valores por un producto que es la causa del perjuicio, lo cual ha sido conocido con anterior a la presentación de esta demanda. Alega falta de derecho y la negativa simple de los fundamentos de la demanda, improcedencia por el fondo, litis pendencia impropia o conexa, ilegitimidad de personería de la parte actora. Por su parte la actora, a través de su defensor, se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho, de la acción planteada e impugna la contestación realizada por la parte demandada. El Juzgado por cuanto existían hechos que debían ser justificados ha abierto la causa a prueba por el término legal. Una vez agotado el trámite de la causa y encontrándose al estado de resolver. Se considera. **PRIMERO.-** Por no advertirse omisión de solemnidad sustancial que puede influir en la decisión de la causa, se declara su validez procesal. **SEGUNDO.-** El artículo 113 del Código Procesal 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, y con oportunidad de la prueba, conforme dispone el artículo 117 ibídem, analizamos la misma: haciendo uso de la etapa probatoria Mayra Yanina Mancheno Torres, en su calidad justificada en autos, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable, en especial lo manifestado en la audiencia de conciliación; ha aportado con prueba documental, entre la que consta a fojas 37 y 51 de los autos respectivamente las facturas nro. 0014303; y, 0003351 emitidas a nombre del Banco Oncológico Bancology S.A., por la compañía SWISS & NORTH GROUP S.A., y la correspondiente devolución a fojas 38; a fojas 39, 40, 52 y 53 de los autos, constan las comunicaciones dirigidas al señor Eduardo Ramírez PROENFAR por parte de la compañía SWISS NORTH GROUP S.A., con fechas 06 de febrero del 2009 y 08 de abril del 2009, en la que se hace conocer los defectos en el producto entregado; de fojas 41 a 46 de los autos, consta la diligencia notarial de verificación, realizada por el doctor Luis Vargas Hinostrosa, Notario Séptimo del cantón Quito, con fecha 25 de marzo del 2009, en la que a decir del señor Notario los envases plásticos puestos a su vista se encuentran deformados y atachados; de fojas 90 a 97 de los autos, constan las copias certificadas del juicio de daños nro. 1236-2009, que sigue la compañía SWISS NORTH GROUP S.A., en contra de Productores de Envases Farmacéuticos PROWFAR S.A., en la que se observa tan solo la demanda interpuesta sin contestación de la parte demandada. La prueba testimonial rendida por los señores Sandra Patricia Inga Cando, a fojas 86; Francisco Fernando Aguas Casares, a fojas 88, no hace fe en el juicio, en virtud a que los testigos afirman trabajar en la compañía demandada, lo que les encasilla en lo establecido en el numeral sexto del art. 216 del Código de Procedimiento Civil; ha solicitado la diligencia de exhibición, misma que se lleva a cabo el día 23 de marzo del 2010, constante del acta a fojas 100 de los autos. Ha solicitado la práctica de una diligencia de inspección judicial, misma que se lleva a cabo el día 30 de agosto del 2010, constante del acta de fojas 123 a 125 de los autos, en la que por parte de la señora Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha, ha dejado constancia de los deterioros de los productos puestos a la vista. Mientras que el señor Mauricio Suárez Checa, en su calidad justificada en autos, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable, en especial las facturas y cartas de porte internacional por carretera aparejados a la demanda; ha aportado con prueba documental, entre la que consta de fojas 60 a 80 de los autos certificados de origen, declaración de exportación y manifiestos de carga internacional. Ha solicitado la diligencia de exhibición, misma que se lleva a cabo el día 30 de agosto del año 2009, constante del acta a fojas 126 de los autos, en la que el representante legal de la compañía SWISS & NORTHGROUP S.A., a través de su abogado patrocinador, dice no haber cancelado los valores de la entrega debido a los defectos del producto. **TERCERO.-** De los documentos mercantiles aparejados al proceso por parte del actor, se ha justificado el derecho que tiene a reclamar el pago de las facturas por los productos entregados, a esto se suma el hecho que la parte demandada no ha negado la obligación que tiene para con el actor debido a la recepción de los productos y la falta de justificación en el pago. Sin embargo, la parte demandada alega en su favor que los productos entregados tienen varios defectos que no permiten su

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

adecuado empleo, produciendo daños económicos, sin embargo de autos no se observa justificado que la compañía demandada haya realizado el reclamo por defectos dentro de los días señalados al pie de las facturas reclamadas, esto es 60 días posteriores a los de la entrega, ya que de los comunicados realizados por la entidad demandada no se hace relación a las facturas cuyo pago se demanda por esta vía. **CUARTO.-** El art. 201 del Código de Comercio dice: "El comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pie de ella el recibo del precio total o de la parte que se le hubiere entregado. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada", lo que sucede en la especie por cuanto, de las facturas aparejadas a la demanda y que son materia de la presente litis no consta que se hubiere hecho algún reclamo por parte de la demandada dentro del plazo señalado. Se ha llegado a probar los fundamentos de la demanda propuesta, puesto que, los documentos aparejados constituyen prueba plena, conforme lo prevé el numeral 4 del art. 194 del Código Procesal Civil, a ello se suma lo que señala el inciso 2 del art. 201 del Código de Comercio, en lo que tiene que ver a la entrega de facturas que no reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada, situación que de autos no consta, que dentro del indicado término se haya reclamado contras el contenido de las facturas, por lo que en este caso se entiende como aceptada y hace prueba plena en forma concebida. Por las consideraciones que preceden de conformidad con el art. 828 del Código Adjetivo Civil Codificado. **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** SE ACEPTA la demanda y se dispone que la compañía SWISS & NORTH GROUP S.A., a través de su Representante Legal, pague inmediatamente a la Compañía Productores de Envases Farmacéuticos S.A. PROENFAR S.A., en la persona de su representante legal, los valores constantes en las facturas nro. ZVE-0200009127, de 24 de noviembre del 2008; nro. ZVE-0200009137, de 01 de diciembre del 2008; y, nro. zve-0200009234, de 13 de enero del 2009; más los intereses legales y de mora que se liquidarán pericialmente en la forma que señala el art. 6 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial nro. 34, de 13 de marzo del año 2000, desde su vencimiento, hasta la total cancelación de la obligación. Con costas. En USD $ 500,00 dólares se regulan los honorarios de la defensa del actor. La reconvención realizada en la presente causa no prospera y se la rechaza en virtud a lo dispuesto en el art. 834 del Código de Procedimiento Civil. De igual forma se rechaza la pretensión de acumulación de autos, debido a que en la presente causa se requiere el pago de facturas y lo que se demanda en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, es el resarcimiento de daños. **Notifíquese.**

f) Dr. Edwin Argoti Reyes, Juez Encargado.

RECURSO DE APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Ayax Suárez Murillo

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, martes 30 de julio del 2013, las 08h58.

VISTOS: (juicio nro. 1140-2011-IG). En el juicio verbal sumario por pago de facturas, iniciado por Mauricio Fabián Suárez Checa, en calidad de procurador judicial de la Compañía Productores de Envases Farmacéuticos S. A. PROENFAR S.A. en contra de SWISS & NORTH GROUP S.A. en la persona de Maira Yanina Mancheno Torres, en calidad de gerente general y representante legal, se dicta la presente sentencia: **1.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA. 1.** A fojas 20 a 22 del cuaderno de primera instancia, comparece la parte accionante y adjuntando los documentos de fojas 1 a 19, manifiesta: 1.a) Que la compañía Productores de Envases Farmacéuticos S. A. PROENFAR S.A. emitió las facturas 1.a.1) Nro. ZVE-0200009127 del 24 de noviembre de 2008, por 475.000 envases goteros de 30 ml. 1.a.2) nro. ZVE-0200009127 de 24 de noviembre de 2008, por 70.680 envases de jarabe de 30 ml., 1.ª 3) nro. ZVE-0200009137 de 1 de diciembre de 2008, por 475.000 envases de gotero 30ml. 1.a 4) nro ZVE-

0200009234 de 13 de enero del 2009, por 50.285 envase de jarabe de 90ml. y, 1.a.5) nro. ZVE-0200009234 de 13 de enero del 2009, por 50.112 envases para jarabe de 180ml. Todas emitidas a favor de la compañía SWISS6 NORTH GROUP S.A., representada por la señora Maira Yanina Mancheno Torres, en su calidad de gerente general y representante legal de la Compañía; 1.b) Que la factura nro. ZVE-0200009127, se emitió por concepto de envase gotero completo Brasilia de 30 ml. compuesto por envase blanco, tapa con anillo de seguridad blanco y capilar natural, cantidad 475.000, por un valor de USD $ 52.250; y envase jarabe Brasilia de 30 ml. ámbar cantidad 70.680 por un valor de USD $ 5.484; valor total de la factura USD $ 61.083,00; 1.c) Que la factura nro. ZVE-0200009137, por concepto de envase gotero completo Brasilia de 30 ml. compuesto por envase blanco, tapa con anillo de seguridad blanco y capilar natural, cantidad 475, por un valor de USD $ 52.250, valor total de la factura USD $ 55.559,00; 1.d) Que la factura nro. ZVE-0200009234, por concepto de envase Brasilia de 90 ml. ámbar translúcido, cantidad 50.285, por un valor de USD $4.614,15; y envase jarabe Brasilia de 180 ml. ámbar, cantidad 50.112, por un valor de US $ 6.366,73; valor total de la factura USD $ 12.331,00; 1.e) Que su representada cumplió con la entrega de la mercadería a la que estaba obligada conforme lo demuestra con los respectivos documentos de exportación y cartas de porte internacional; más la compañía SWISS & NORTH GROUP S.A., quien a su vez tenía la obligación de pagar lo adquirido en los plazos que a continuación se detalla: 1.e.1.) Factura nro. ZVE-0200009127 se emitió el 24 de noviembre del 2008 y venció el 23 de enero del 2009; 1.e.2.) Factura nro. ZVE-0200009137 se emitió el 1 de diciembre del 2008 y venció el 30 de enero del 2009; 1.e.3) factura nro. 0200009234 se emitió el 13 de enero del 2008 y venció el 14 de marzo del 2009; f) Que por reiteradas ocasiones su representada ha solicitado el pago total de las facturas, por encontrarse vencidas e impagas; y, por consiguiente su representada se ha visto en la necesidad de accionar legalmente el cobro de dichos valores por la vía judicial; g) Que con este antecedente, demanda en juicio verbal sumario a fin de que en sentencia se condene a la demandada al pago de: 1.g.1. El monto total de las facturas; 1.g.2 Los intereses de mora calculados a la máxima tasa legal desde que se hizo exigible la obligación, hasta el pago total de la misma; 1.g.3 Las costas procesales y los honorarios profesionales de conformidad con la Ley; 1.g.4. Ofrece reconocer abonos que sean justificados legalmente; f) Que fija la cuantía en USD $145.000,00, y ofrece reconocer pagos parciales que se justifiquen legalmente; g) Que el trámite es el verbal sumario; y, h) Que el lugar de citación a la demandada y el de sus notificaciones son los que señala en su demanda. 2. Luego de calificada y aceptada a trámite la demanda (fojas 27) del cuaderno de primera instancia) y citada la demanda (fojas 28) tiene lugar la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, en la que la parte demandada expresa: "La causa materia de esta controversia y más específicamente la generadora de las facturas cuyos valores se reclama el pago es un contrato de compraventa de un producto conocido como Envases de Gotero Plásticos, los cuales luego de entregados y utilizados parcialmente se doblaron provocando el daño del medicamento envasado, lo cual causó graves perjuicios, tales como la devolución del producto por un monto de doscientos diecisiete mil dólares aproximadamente, es decir, una cantidad muy superior al monto total reclamado en la demanda, por cuya razón demandamos la resolución de aquellos contratos y su consecuente indemnización y reparación de perjuicios... No negamos la entrega del producto y mucho menos la existencia jurídica de las facturas que sustentan esta acción, solo que se tora incompatible pagar aquellos valores por un producto que es la causa del perjuicio, lo cual fue conocido con anterior a la presentación de esta demanda y la nuestra por Proenfar S.A., pero de una manera estratégica, contraria a la inconducta procesal y la buena fe procesal, se ejerció esta acción, produciéndose así un abuso al derecho y un fraude a la Ley, cuya consecuencia es la condena en costas y los perjuicios que lo alegamos expresamente..."; por lo que, propone las siguientes excepciones: 2.1. Falta de derecho 2.2. Negativa simple de los fundamentos de la demanda; 2.3. Improcedencia por el fondo; 2.4. Ilegitimidad de personería de la parte actora; 2.5. Litis pendencia impropia o conexa; 2.6. Reconviene a la actora el pago de un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América, teniendo como fundamento de hecho lo expresado en su exposición y como fundamentos de derecho los artículos 1453 y 1505 del Código Civil. 2.7. En subsidio solicita se realice una consulta a la Corte Constitucional, para que disponga la acumulación de procesos, y en el evento que ninguno

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de estos petitorios se admitida, 2.8. alega confusión y la existencia de una condición resolutoria de forma igualmente subsidiaria, pide que teniendo presente una condición de calidad y validez del producto, se reconozcan los valores cuyos goteros plásticos resultaron inservibles y destruyeron o dañaron el producto envasado, se impute los valores generados por el daño causado. Concluye y solicita que se deseche la demanda con la debida condena en costas en costas y perjuicios. 3. El doctor Edwin Argotti Reyes, Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, a fojas 142 a 143 vuelta del cuaderno de primer nivel, dicta sentencia por la que desecha las excepciones, acepta la demanda y condena a la compañía SWISS & NORTH GROUP S. A., a través de su representante legal, pague inmediatamente a la Compañía Productores de Envases Farmacéuticos S. A. Proenfar S.A., en la persona de su representante legal, los siguientes 3.a. los valores constantes en la facturas nro. ZVE-0200009127, de 24 de noviembre del 2008; nro. ZVE-0222229137, de 01 de diciembre del 2008; y, nro. ZVE-0200009234, de 13 de enero del 2009; 3.b. los intereses legales y de mora que se liquidarán pericialmente en la forma que señala el art. 6 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial nro. 34, de 13 de marzo del año 2000, desde su vencimiento, hasta la total cancelación de la obligación. 3. c. Costas judiciales y regulan los honorarios de la defensa del actor en US $ 500,00. 3. d. La reconvención realizada la rechaza en virtud a lo dispuesto en el art. 834 del Código de Procedimiento Civil. 3. e. Rechaza la pretensión de acumulación de autos, debido a que en la presente causa se requiere el pago de facturas y lo que se demanda en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, es el resarcimiento de daños. Sobre la resolución dictada la parte accionada, dentro de término legal (fojas 144), interpone recurso de apelación, el que por concedido (fojas 144 vuelta), permite conocer a esta Sala la causa, previo sorteo de ley, constante a fojas 2 del cuaderno de segunda instancia.

II.- PRESUPUESTOS PROCESALES

4.- Avocan conocimiento de esta causa, los doctores María de los Ángeles Montalvo y Edgar Flores Gonza, en calidad de Jueces Titulares, y el doctor Ayax Suárez Murillo, en calidad de Juez Encargado, mediante acción de personal número 2886-DPO-DPPde 11 de julio de 2013, por lo que el Tribunal se encuentra debidamente integrado por quienes se encuentran investidos de jurisdicción en forma constitucional y legal, el que conforme el artículos 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer sobre el recurso planteado, y resolver por el mérito de los autos en observancia del artículo 334 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil.

5.- Se han cumplido con las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, señaladas por el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias determinadas por el artículo 346 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, apreciándose en este punto que con las copias notariadas de nombramientos y certificación conferida por el Registrador Mercantil del cantón Quito de fojas 4 y 25 y respectivamente, del cuaderno de primera instancia en observancia de los artículos 164 a 166 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, y 13 de la Ley de Compañías vigente, se justifica la representación legal de la empresa actora y de la compañía demandada y legitima la intervención que por ellas hacen sus respectivos representantes legales en esta causa; por lo que, sin que se aprecie violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando en observancia de los artículos 1014, 334 y 838 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que influya o pueda influir en la decisión de la causa, y observados además los principios de especificidad, trascendencia, convalidación, protección y conservación que rigen la nulidad procesal, no se aprecia que deba ser declarada en el presente caso y en su lugar se reconoce la validez del proceso.

III.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA Y HECHOS

6.- Acorde con el artículo 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, es obligación de los juzgadores expresar en la resolución la valoración de todas las pruebas producidas, actuaciones probatorias que además, acorde con el principio de verdad procesal, contemplado en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes, generan una dependencia directa de los infrascritos respecto de la información introducida al proceso por los sujetos del mismo, y que a su vez origina responsabilidades legales en aquellos, en caso de que se cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas a fin de inducir a engaño al juez, conforme nuestra legislación punitiva

vigente. Por lo tanto, acorde con la información existente en el proceso, se aprecia:

6.1.- Los instrumentos de fojas 10 a 15 del cuaderno de primera instancia, cumplido que ha sido el principio de contradicción señalado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 194.4 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, hacen tanta fe como un instrumento público, pues la parte contra quien se los ha presentado no los ha redargüido de falsos ni ha objetado su legitimidad en específico, en el momento procesal oportuno que tenía para hacerlo, esto es dentro de tres días contados desde que se notificó con su presentación al proceso, anotándose además que la impugnación para enervar la fuerza probatoria de tales documentos debe efectuarse en específico en relación particular con aquellos, sin que sea aceptable la impugnación genérica de falsedad e ilegitimidad y teniendo en cuenta que conforme la carga de la prueba que establece el artículo 114 *eiusdem*, corresponde a quien alega probar sus afirmaciones; por lo que, conforme al artículo 166 del mismo cuerpo legal hacen 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 ello se hayan hecho, pues en esta parte no hacen fe sino contra los declarantes, en este caso contra la persona que aparece como suscriptor de aquellos, instrumentos con los cuales se justifica que la demandada ha recibido conforme y por tanto ha aceptado las facturas que se han ordenado pagar por el juez de primera instancia en las siguientes fechas: la nro. 001-001-0159623 por un valor de USD 434,27 el 17 de septiembre del 2002; la nro. 001-001-017334, por un monto de USD 504,00 el 24 de septiembre del 2002; y, la nro. 001-001-017377, por un valor de USD 504,00 el 10 de octubre del 2002. Más aún, si la demandada dentro de la audiencia de conciliación constante a fojas 34, expresamente manifiesta: "...No negamos la entrega del producto y mucho menos la existencia jurídica de las facturas que sustentan esta acción..."

6.2.- Los instrumentos de fojas 37 y 51 de cuaderno de primera instancia, presentados por la parte demandada, que se constituyen en factura y nota de crédito de la propia accionada, no aportan nada dentro de la presente causa, sobre lo que es materia de la litis.

6.3.- Los instrumentos de fojas 60 a 80, del cuaderno de primera instancia, son certificados de origen, declaraciones de importación y manifiestos de carga internacional de las facturas materia de la presente acción. Cumplido que ha sido el principio de contradicción señalado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 194.4 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, hace tanta fe como un instrumento público, pues la parte contra quien se los ha presentado no los ha redargüido de falsos ni ha objetado su legitimidad en específico, en el momento procesal oportuno que tenía para hacerlo, esto es dentro de tres días contados desde que se notificó con su presentación al proceso, anotándose además que la impugnación para enervar la fuerza probatoria de aquellos documentos debe efectuarse en específico y en relación particular con aquellos, sin que sea aceptable la impugnación genérica de falsedad e ilegitimidad y teniendo en cuenta que conforme la carga de la prueba que establece el artículo 114 *eiusdem*, corresponde a quien alega probar sus afirmaciones; por lo que, conforme al artículo 166 del mismo cuerpo legal hacen 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 se hayan hecho, pues en esta parte no hacen fe sino contra los declarantes, en este caso contra las personas que han conferido tales documentos, apreciándose de aquellos que la parte accionante ha presentado dichos documentos.

6.4.- Las declaraciones testimoniales de fojas 86 y 88 del cuaderno de primera instancia, de Sandra Patricia Inga Cando, y Francisco Fernando Aguas Casares en observancia de los artículos 216 numeral 6 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, no tienen eficacia probatoria y por tanto son inútiles para sustentar las pretensiones de la demandada por ser o ser idóneos por falta de imparcialidad, conforme lo afirman al responder de a la repregunta número 1 formulada el momento de la diligencia.

6.5.- A fojas 90 a 92, consta copias certificadas de la demanda formulada por la sociedad Swiss & North Group S.A. contra la compañía Productores de envases Farmacéuticos Proenfar S.A. y el señor Eduardo Ramírez Perilla, demandado en vía ordinaria, la resolución del contrato verbal de compraventa y pago de los perjuicios materiales ocasionados, la restitución de US $ 217.001,78, con las correspondientes intereses, el pago por reparación de daño moral, y las costas judiciales incluyendo los honorarios profesionales; presentada el 15 de septiembre del 2009 en la Oficina de Sorteos y

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Casillero Judiciales de la Corte Provincial Pichincha.

6.6.- A fojas 123 a 125 del cuaderno de primera instancia, consta el acta de la diligencia de inspección judicial desarrollada conforme el artículo 242 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que ha permitido examinar y reconocer la cosa litigiosa o controvertida, y verificar su estado y circunstancia, apreciándose que la parte demandada manifiesta expresa y reiterativamente en su exposición: "…No objetamos los productos constantes en la demanda relacionados con jarbes, los que efectivamente estamos adeudando...", adicionalmente el Juez a quo deja constancia de las siguientes observaciones: "...en la inspección se deja claramente constancia de que al exhibición en la cantidad que la Judicatura ha observado no asciende a la suma que manifiesta la parte demandada...", no existe informe pericial a pesar que el Juez de primer nivel lo designó, pero se deduce que no se pudo constatar la existencia de novecientos cincuenta mil goteros defectuosos como alega la parte demanda.

6.7.- La exhibición judicial de fojas 126 del cuaderno de primera instancia, rendida por la parte demandada, por intermedio de su Abogado defensor manifiesta: "La exhibición solicitada por la parte actora se torna innecesaria porque nosotros expresamente reconocimos la entrega del producto, por parte de la Compañía Proenfarm S.A. valores que no hemos cancelado por la defectuosa calidad del mismo y por tanto la resolución del contrato que estamos alegando y el pago de los perjuicios que son superiores al valor reclamado en la demanda", intervención que fue ratificada por la representante legal de la Compañía demandada a fojas 127.

IV.- ANÁLISIS JURÍDICO Y EXPLICACIÓN DE PERTINENCIA

7.- Con las facturas analizadas en el numeral 6.1 de este fallo, que no han sido impugnadas en debida forma por la demandada, se demuestra la existencia de un contrato mercantil conforme el artículo 164.3 del Código de Comercio, el que conforme el artículo 1561 Código Civil, es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, por lo que existiendo un contrato legalmente celebrado por las partes, éste obliga al cumplimiento lo que en él se expresa (art. 1562 ibídem), que en la especie se traduce en el pago de las obligaciones contenidas en las facturas señaladas.

8.- Conforme el artículo 201 incisos primero y segundo del Código de Comercio, el comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pie de ella el recibo del precio total o de la pare que se le hubiere entregado, otorgándole la ley, la facultad de reclamar contra el contendido de dicha factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, bajo prevenciones de que, de no haberlo dentro del plazo señalado, se tendrá la factura entregada por irrevocablemente aceptada. En la especie, las facturas cuyo pago se demanda constan haber sido recibidas por la demandada, por lo que ante falta de prueba en contrario, esto es que luego de los 8 días siguientes a su entrega, haya reclamado contra su contenido, se entiende que han sido irrevocablemente aceptadas, imponiendo la obligación en la parte demandada, de cancelar el valor constante en ellas a la parte actora.

9.- Las excepciones de falta de derecho, negativa simple de los fundamentos de demanda e improcedencia por el fondo, carecen de sustento, pues en la misma contestación a la demanda la parte demandada efectúa afirmaciones que le imponen cargas probatorias específicas que contradicen dicha excepción, y de forma expresa reconocen la "existencia jurídica de las facturas que sustentan esta acción". Si la intención de la demandada era destruir la fuerza probatoria de las facturas presentadas por la parte actora, debía excepcionarse en tal sentido y rendir prueba suficiente sobre su falsedad o ilegitimidad, y observar además la carga de la prueba que establecen los artículos 113 y 114 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, por lo que, al no existir elementos de convicción pedido, ordenado, presentado e introducido al proceso en forma válida que destruya la fuerza probatoria de los documentos analizados en el numeral 6.1 de esta sentencia, la excepción recogida en el numeral 2.1 de este fallo, ha quedado en meros enunciados carentes de sustento fáctico y jurídico.

10.- Las excepciones determinadas en los numerales 2.2. y 2.7 de esta resolución, son improcedentes atento a lo analizado en el numeral 5 de esta sentencia. Además la acción como concepto jurídico procesal no es sino un derecho subjetivo que tiene todo individuo como tal y en nombre del cual es posible acudir ante los jueces para resolver sobre su pretensión o pretensiones, derecho que tiene como único fin poner en movimiento el derecho

y por ende a la Función Judicial, el que se agota con la presentación de la respectiva demanda, de cuyas pretensiones es que debe resolver el juez su procedencia o no.

11.- La ilegitimidad de personería que se alega en el numeral 2.4 de esta sentencia, se rechaza por improcedente conforme lo expuesto en el numeral 5 de esta sentencia, pues ambos sujetos procesales han comparecido al proceso y han ejercido sus derechos procesales a través de sus respectivos representantes legales, por lo que no existe indebida o insuficiente representación en juicio como para acceder a las excepciones formuladas por la parte de la demandada, añadiéndose que incluso se aprecia haberse contado con quienes gozan de legitimación en la causa, pues se observa que ha demandado quien aparece en las facturas como beneficiaria de aquellas, a quien consta en los mismos instrumentos como obligada, por lo que ha demandado la persona titular del derecho sustancial discutido, a quien integra la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, que se ha justificado existir entre las partes procesales, con las citadas facturas.

12.- Las excepciones de los numerales 2.5 es improcedente pues en este proceso se resuelve la procedencia o no de pago de facturas, y en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha que es juicio ordinario la resolución del contrato verbal y resarcimiento de daños, por lo que no existe identidad de objeto, pues no son demandas basadas en la misma causa; lo que confirma la Jurisprudencia en múltiples fallos, como ejemplo se puede citar la sentencia de casación de 28-IX-94, Res. 342-94, publicada en el Registro Oficial 552, 20-X-94, que "Tercero:...3.1... Para el Tratadista Carvantes, citado por Víctor Manuel Peñaherrera, la *litis pendencia (lis pendere)* solo tiene lugar en consecuencia de dos litigios, sobre el mismo objeto, entre las mismas partes, por demandas basadas en la misma causa. La litis pendencia no surge dentro del proceso ni es de orden público para que el Juez pueda declararla de oficio, ya que para que proceda la litis pendencia, debe de alegarse expresamente como excepción (Resolución del Pleno dela Excma. Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial nro. 412 del 6 de abril de 1990)…La demanda de recusación por su naturaleza jurídica de ninguna manera produce litis pendencia".

13.- La excepción del numeral 2.6 y 2.8 deviene en improcedente, por contrariar disposición legal expresa determinada en el artículo 834 del Código Adjetivo Civil, lo que es ratificado en Jurisprudencia citando como ejemplo la constante en la Gaceta Judicial, Año LXXX, Serie XII, nro. 7, pág. 1436, publicada el 9 de enero de 1980.

14.- La excepción del numeral 2.7 de esta sentencia, es improcedente, pues la consulta a la Corte Constitucional solo procede de conformidad a lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República, cuando "una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución", lo que en presente caso no se ha producido.

V.- DECISIÓN

15. Por la motivación expuesta, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** SE RESUELVE:

15.1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la resolución subida en grado, en todas sus partes.

15.2.- Con costas de esta instancia a cargo de la parte demandada, acorde con el artículo 342 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, pues esta resolución es en todo conforme con la primera instancia. En USD $ 60,00, se regulan los honorarios de la defensa de la parte actora en esta instancia, acorde con el artículo 42. b de la Ley de Federación de Abogados, que se cancelarán previos los descuentos que el artículo 53.c de la misma ley establece. Ejecutoriada que sea esta resolución, devuélvase el expediente de primera instancia al Juzgado de origen para los fines de ley. Actúe en la causa la doctora Karla Muela Bravo en calidad de Secretaria Relatora encargada mediante acción de personal nro. 2242-DEP-DPP de 13 de junio del 2013. **Notifíquese.**

f) Dra. María de los Ángeles Montalvo, Presidenta Subrogante; Dr. Edgar Wilson Flores, Juez; Dr. Ajax Suárez Murillo, Juez Encargado.

ACLARACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, viernes 15 de noviembre del 2013, las 10h32.

VISTOS: Para resolver el pedido de ampliación formulado por la economista Maira Yanina Mancheno Torres, gerente general- representante legal de la compañía Swiss & North Gorup S.A., se considera:

1.- ANTECEDENTES

De la sentencia dictada por la Sala el día martes 30 de julio del año en curso, a las 08h58, fojas 14 a 17 vuelta, en cuya parte resolutiva, rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la resolución subida en grado, en todas sus partes, la economista Maira Yanina Mancheno Torres, gerente general, representante legal de la Compañía Swiss & North Group S.A., solicita ampliación en los términos que formula en el escrito de fojas 18 del cuaderno de segundo nivel.

2.- PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1.- Este Tribunal al que se integra el Dr. Eduardo Andrade Racines, en calidad de Juez Titular, es el competente para resolver sobre la petición de ampliación. A pesar de que el prenombrado Juez, no dictó el fallo impugnado, tratándose de un Tribunal Pluripersonal, tiene la competencia funcional para conocer el recurso horizontal propuesto.

2.2. Consta a fojas 9 del cuaderno formado en esta instancia, cumplida la disposición impartida en el inciso final del art. 282 del Código de Procedimiento Civil, por medio de cual se entrega la oportunidad a la contraparte de ejercer el Principio Constitucional de Contradicción, establecido en el art. 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, pese a lo cual la parte actora no contesta el traslado efectuado ni dentro ni fuera del término concedido.

3.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PETICIÓN

Procede la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas, conforme prescribe el art. 282 del Código de Procedimiento Civil;

4.- DECISIÓN: Por tal motivo, se concluye: que la sentencia dictada por la Sala resuelve lo que corresponde en derecho, así como el pedido de ampliación solicitado la economista Maira Yanina Mancheno Torres, gerente general-representante legal de la compañía Swiss & North Group S.A., contraviene el art. 281 *ibídem*, pues intenta alterar el sentido de la Resolución, motivo por el cual no procede y se lo niega.

f) Dra. María de los Ángeles Montalvo, Presidente; Dr. Edgar Wilson Flores, Juez; Dr. Eduardo Andrade Racines, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, Quito, 18 de junio de 2015, las 16h48.

VISTOS: (17-2014)

ANTECEDENTES

En el juicio verbal sumario que por pago de facturas sigue el abogado Mauricio Fabián Suárez Checa en calidad de Procurador Judicial de la Compañía Productores de Envases Farmacéuticos S.A. Proenfar S.A. en contra de la Compañía Swiss & North Group S.A., en la persona de su gerente general y representante legal, Economista Maira Yanina Mancheno Torres, la demandada interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 30 de julio del 2013, las 08h58, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que al desechar el recurso de apelación, confirma el fallo de primer nivel que declaró con lugar la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente, en el escrito de interposición del recurso, sin señalar de forma expresa la causal en la que se fundamenta, acusa a la sentencia de falta de aplicación de los artículos 75, 168.6, 169, 11 numerales 2, 3, 4 y 5, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 4 inciso primero, 5 inciso primero, 18, 19

último inciso, 20 inciso primero y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, alegando, luego de transcribir doctrina referente a la tutela judicial efectiva, su opinión sobre el principio de concentración, la pretensión del Derecho Constitucional, el sustento de los sistemas jurídicos; y, el principio de aplicación directa de la Constitución; que éste ha previsto mecanismos adecuados para el fin constitucional y el debido proceso, al permitir que los principios de simplificación, celeridad y economía procesal "se observen a efectos de que los conflictos entre las mismas partes, se resuelvan en un solo proceso" (sic) principios de los cuales, deriva la menor cantidad de actos procesales, para garantizar la tutela judicial efectiva. Expresa que "De que valen estos principios si se pretende deslegitimar a quien teniendo un mejor derecho, se le impide su contrademanda, se le niega la acumulación por la sola presencia de clásicas y marginales normas procesales". (sic). Finalmente, sostiene que la decisión ampliatoria no se encuentra motivada, requisito que no puede ser omitido y debe contener "las aserciones realizadas y los juicios de valor que el juzgador realiza en el iter de su decisión". (Sic).

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 artículo 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 Jueza, Juez y Conjuez Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo de la Judicatura, en forma Constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero de 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil por resolución nro. 001-2015 del 28 de enero de 2015; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 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. El doctor Guillermo Narváez Pazos, ha sido llamado a intervenir, por licencia concedida al Juez titular Dr. Wilson Andino Reinoso, mediante oficio nro. 739-SG-CNJ-MB de 5 de junio de 2015.

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 objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para la unificación de la jurisprudencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

3.1. Al Tribunal, en virtud de los puntos a los cuales la recurrente contrae el recurso le corresponde resolver ¿Si negar la acumulación de autos y la reconvención, en un proceso en el cual la ley las prohíbe expresamente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y transgrede los principios de la administración de justicia?

4.- PUNTOS DE DERECHO PARA EL ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1.- Los cambios conceptuales y la redefinición del Estado ecuatoriano, como uno Constitucional de derechos y justicia, la inclusión de principios fundamentales para el ejercicio de las atribuciones en la administración de justicia, así como de las garantías del debido proceso, y el mandato de aplicación directa de normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, por juezas y jueces, establece al valor justicia como un fin primordial del Estado, ello obliga a asegurar que los órganos jurisdiccionales, cumplan mínimamente, con los imperativos de valor justicia.

4.1.1.- La Tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes en un proceso en el que se ha respetado las garantías mínimas, se materializa cuando éste culmina con una decisión que refleja el valor justicia y debe cumplir, con los requisitos previstos en la Constitución y en la ley; esto es una resolución justa, motivada y como tal congruente.

4.1.2.- Las pretensiones y defensas, de los sujetos en un conflicto, ante los órganos jurisdiccionales, se sustenta, prueban y resuelven en un proceso que, sirve de instrumento para su realización; entre las normas de derecho procesal y las de derecho material o sustantivo, hay un vínculo de medio

a fin, por ello la Constitución de la República en su artículo 169, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades.

4.1.3.- Las normas constitucionales, determinan los presupuestos mínimos para garantizar el debido proceso, presupuestos desarrollados a través de la legislación que efectiviza su ejercicio mediante procedimientos preexistentes, claros y conocidos para garantizar el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82.

4.2.- El Código de Procedimiento Civil, en el Título II, sección 23.a, que regula el juicio verbal sumario, en su artículo 834 dispone "...en este juicio, no podrá el actor, reformarla, tampoco se admitirá reconvención, quedando a salvo el derecho para ejercitar por separado la acción correspondiente,..."

4.2.1.- La acumulación de autos no procede, entre otros, en el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios. Artículo 110 de Código de Procedimiento Civil.

5.- ANÁLISIS MOTIVADO SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

5.1.- De la lectura del escrito de interposición del recurso, este Tribunal observa que si bien en él no se señala la norma de la Ley de Casación en la que se sustenta, si se explicitan las razones legales que sirven de fundamento a las acusaciones contra la sentencia, las que se enmarcan en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de la materia, que configura los vicios de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

5.2.- Con respecto a la acusación de falta de aplicación de la normas de la Constitución de la República y las del Código Orgánico de la Función Judicial, que cita como vulneradas, sostiene la recurrente que la tutela judicial efectiva, entendida como equivalente al debido proceso, persigue un proceso justo, el derecho a ser oído, la igualdad de armas y que este derecho no puede ser limitado por una norma jurídica y peor por meras formalidades que desconocen los principios de celeridad y concentración; que la menor cantidad de actos procesales se deriva de los principios constitucionales antes citados para garantizar la tutela judicial efectiva, preguntando de qué valen estos principios si se pretende deslegitimar a quien teniendo un mejor derecho, se le impide su contrademanda, se le niega la acumulación por la sola presencia de clásicas y marginales normas procesales. Agrega que el auto nugatorio de la solicitud de ampliación se limita considerar de forma clásica el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, sin que se haya motivado mínimamente su resolución. Al respecto, este Tribunal realiza las siguientes precisiones:

5.2.1.- La Constitución de la República, en su artículo 75 dispone "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedida 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 relación con el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone: "La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso...".

La Corte Constitucional en la sentencia nro. 020-10-SEP-CC (caso nro. 0583-09-EP), dictada el 11 de mayo de 2010, respecto a la tutela judicial efectiva ha señalado *"El derecho a la jurisdicción o derecho o tutela judicial efectiva, equivale al derecho que tiene todo ciudadano de concurrir al órgano judicial en procura de justicia; constituye un derecho humano fundamental que debe estar "…libre de restricción y absolutamente inviolable, corresponde no solo al que estimula primero la jurisdicción, sino también al emplazado a defenderse de la pretensión de aquel" (Luis René Herrero. Derecho a ser oído. Eficacia del Debate Procesal. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2003, pág. 96)".*

5.2.2.- En la especie, el fallo impugnado en el considerando CUARTO numeral 13 señala *"La excepción del numeral 2.6 y 2.8 deviene en improcedente, por contrariar disposición legal expresa determinada en el artículo 834 del Código Adjetivo Civil, lo que es ratificada en Jurisprudencia citando como ejemplo*

la constante en la Gaceta Judicial, Año LXXX, Serie XII, nro. 7, pág. 1436, publicado el 9 de enero de 1980", **(sic),** *de lo que deviene que el Tribunal de instancia desecha la reconvención, por prohibirla el artículo 834 del Código de Procedimiento Civil; señalando con respecto a la acumulación de autos que "La excepción del numeral 2.7 de esta sentencia (se realice una consulta a la Corte Constitucional, para que disponga la acumulación de procesos), es improcedente, pues la Consulta a la Corte Constitucional solo procede de conformidad a lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República, cuando "una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en las Constitución" lo que en el presente caso no se ha producido" (sic).* Respecto a los casos en que no procede la acumulación, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 110, prescribe que no se decretará aquella, entre otros *"2. En el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios;...".* Consideraciones de los juzgadores, de las cuales deviene que, el Tribunal, no tuvo duda razonable y motivada de que las normas procesales referidas son contrarias a la Constitución, pues en ella, en la norma Suprema, no se establece que procede la reconvención y la acumulación de autos en todo tipo de procesos judiciales; figuras jurídicas que desde una óptica diferente a la que anima al recurrente podrían ser apreciados como obstáculos en la rápida y oportuna tramitación de una causa, que impone el principio de celeridad y podrían complicar el desarrollo de un proceso verbal sumario vulnerando el principio de simplificación. El principio de concentración propende a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, no a acumular acciones prohibidas por la ley procesal, cuyo respeto es parte también del debido proceso, así lo dispone el artículo 76.1 de la Constitución, al señalar que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Este Tribunal considera, que la aplicación de las normas procesales que prohíben la reconvención y acumulación de autos, es propia del procedimiento establecido para el juicio verbal sumario, por tanto, al haber sido estas observadas por el Tribunal de instancia en su resolución, se ha cumplido con la garantía básica del debido proceso prevista en la parte final del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República *"…*Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". Ello robustece además el derecho a la seguridad jurídica consagrado también en el artículo 82 de la Constitución, que dispone 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 autoridades competentes. Consiguientemente, al no haberse vulnerado las normas constitucionales y legales acusadas como infringidas, este Tribunal desecha el cargo.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada 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 el 30 de julio del 2013, las 08h58, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el juicio verbal sumario que por pago de facturas sigue el abogado Mauricio Fabián Suárez Checa en calidad de procurador judicial de la Compañía Productores de Envases Farmacéuticos S.A. Proenfar S.A. en contra de la Compañía SWISS & NORTH GROUP S.A., en la persona de su gerente general y representante legal, economista Maira Yanina Mancheno Torres. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

f) Drs. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL; Dr. Edgar Guillermo Narváez Pazos, CONJUEZ NACIONAL.

Gaceta **JUDICIAL**

año 2015

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I
Resolución nro. 018-2015
Juicio nro. 203-2014

Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Luis Gustavo Morales, contra Virginia Isabel Ruiz Vera

SÍNTESIS

En el juicio verbal sumario que por divorcio, con fundamento en la causal 3 del artículo 110 del Código Civil, sigue Luis Gustavo Morales en contra de Virginia Isabel Ruiz Vera; indica que en el transcurso de su la vida matrimonial han procreado tres hijos que a la fecha ya son mayores de edad. Dentro de la sociedad conyugal hemos adquirido bienes muebles e inmuebles entre los que se enumeran: una casa en el sector de El Placer, un vehículo marca Hino tipo bus año fabricación 98, color rojo, una camioneta marca Mazda, tipo camioneta, color azul, año 2004, adicionalmente, dice ser socio accionista de la Compañía Transporte Libre "Quiteño Libre" con cinco acciones. El Juez de primera instancia indica que la prueba presentada es suficiente indicio de la causal invocada, actitud hostil que manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, por lo tanto, se ha justificado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por lo que se la acepta y se declara por divorcio disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges Morales-Ruiz. La demandada interpone recurso de apelación.- El Tribunal de segunda instancia, al analizar la prueba de la demandada y hacer referencia a las declaraciones de sus testigos, expresa que en sus respuestas se aprecia con claridad que los testigos solamente introducen al proceso frases complacientes, por lo que se constituyen en testigos de complacencia, que según la doctrina y la jurisprudencia, su valor probatorio es inútil para sustentar los argumentos de la parte demandada. Por lo tanto, se rechaza el recurso de apelación y se confirma la sentencia del Juez a quo en todas sus partes. La demandada interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por el Tribunal de segunda instancia. La recurrente determina como infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 377, 113, 114 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 18.1 y 124 del Código Civil; y, 76.1 y 86 de la Constitución de la República. Fundamenta dichas infracciones en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación. El Tribunal de Casación una vez que ha analizado el recurso, manifiesta: Las características de la violencia al interior de la pareja, sus diferentes formas, la frecuencia de su utilización, su condición cíclica, su desarrollo en un entorno de "privacidad", hacen difícil precisar fechas y lugares, circunstancias de tiempo, modo y espacio, sin embargo es obligación del actor o la actora explicitar de manera concreta los hechos que acusa, señalando el tiempo de su ocurrencia; a fin de establecer, cuando se alega, si la acción ha prescrito; la valoración de la prueba corresponde a los jueces de instancia y no a este Tribunal de Casación, en cuya razón no los revisa. En consecuencia NO CASA la sentencia recurrida.

PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA TERCERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN QUITO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA. Quito, jueves 20 de febrero del 2014, las 08h53.

VISTOS: Previo el sorteo de ley, el señor Luis Gustavo Morales comparece a esta Judicatura con su libelo de demanda constante a fojas 7 del proceso,

luego de consignar sus datos personales manifiesta: De la partida de matrimonio que acompaño, se desprende que soy casado con la señora Virginia Isabel Ruiz Vera matrimonio celebrado el 24 de febrero de 1969, en San José de Minas provincia de Pichincha, según consta en el tomo 1, página 5, acta 12. Durante la vida matrimonial hemos procreado tres hijos que responden a los nombre de Gustavo Iván, Mercy Elizabeth y Marco Vinicio Morales Ruiz todos mayores de edad, conforme a la partidas de nacimiento que adjunto. Dentro de la sociedad conyugal hemos adquirido bienes muebles e inmuebles. Una casa en el sector de El Placer, ubicado en la calle Ramón Pacheco y Zumárraga nro. 1956, un vehículo marca Hino tipo bus año fabricación 98, color rojo, una camioneta marca Mazda, tipo camioneta, color azul, año 2004, adicionalmente soy socio accionista de la Compañía Transporte Libre "Quiteño Libre" con cinco acciones. Es el caso señor Juez que mi cónyuge la señora Virginia Isabel Ruiz Vera en reiteradas ocasiones ha venido agrediéndome de forma verbal y psicológica, manifestándome que soy un mantenido, borracho, vago, sinvergüenza, hijo de puta, maricón, que no sirvo para nada, lo que quiero es que te largues de la casa y me dejes en paz, todas las cosas aparentemente son de ella llegando al colmo de prohibirme que conduzca mi propio vehículo escondiéndome la llave la camioneta, (sic) porque voy a verles a mis mozas todas estas frases y acciones que ha venido repitiendo frecuentemente tanto en nuestro domicilio como en lugares públicos a vista y paciencia de todas las personas, conocidas y desconocidas sin respetar a nadie, pero aún ante nuestros propios derechos familiares y amigos, **(sic)** razón por la que tomé la decisión irrevocable de divorciarme, no creo que una persona pueda aguantar todos estos ultrajes, humillaciones, vergüenzas, una vida llena de problemas y peleas constantes. Con estos antecedentes y amparándome en lo que dispone el artículo 109 causal tercera del Código Civil demanda el divorcio y que en sentencia declare disuelto el vínculo matrimonial que me une con mi cónyuge, y una vez ejecutoriada la misma se margine en la partida de matrimonio conforme al artículo 128 del Código Civil en actual vigencia. Indica cuantía, trámite, donde debe ser citada la demandada. Aceptada la demanda a su tramitación y concluida la misma para resolver se considera: **PRIMERO.-** El proceso es válido porque en su tramitación se ha observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias y en especial las del juicio verbal sumario, por lo que se declara su validez procesal. **SEGUNDO.-** A fojas 4 del proceso, consta la inscripción del matrimonio celebrado entre las partes, con lo que se comprueba la existencia del matrimonio cuya disolución se pretende y que han procreado tres hijos hoy mayores de edad. **TERCERO.-** A la demandada se lo cita en legal y debida forma mediante citación personal constante a fojas 10 del proceso, quien señala casillero judicial para recibir sus notificaciones con escrito de fojas 11 del proceso. **CUARTO.-** A petición de la parte actora se convoca a las partes para la audiencia de conciliación y contestación de la demanda, diligencia a la que comparecen. El Dr. Fabián Imacaña ofreciendo poder o ratificación del actor Luis Gustavo Morales Morales y por otra parte la señora Virginia Isabel Ruiz Vera, acompañada de su defensor el doctor Gustavo Aníbal Vizuete, la Unidad Judicial concede la palabra a la parte demandada que por medio de su defensor propone las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Improcedencia de la demanda. 3. Falta de derecho del actor. 45. Falta de legítimo contradictor. 5. Me opongo a las pretensiones de actor. 6. La demanda no reúne los requisitos del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, a continuación se concede la palabra a la parte actora que dice: Señor Juez me afirmo y ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Existiendo hechos que deben ser justificados, la Unidad Judicial abre la causa a prueba por el término legal de seis días. **QUINTO.-** En los actuales momentos, la prueba no puede ser considerada únicamente como una carga *onus probandi*, sino también, como en especie un derecho a probar. El artículo 114 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación de cada parte probar los hechos que alega, excepto las que se presumen conforme a la ley, la prueba debe 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. Dentro del término de prueba la parte demandada evacua la siguiente prueba pide todo lo que de autos le sea favorable y a fojas 34 y 35 vuelta constan las declaraciones testimoniales de los señores Sandra Isabel Muñoz Vélez y Carlos Alberto Muñoz Vélez, quienes contestan con frases como "Si me consta, si es verdad, así es, si es verdad; y, por otra parte el actor en la prueba solicita todo lo que de autos le sea favorable, lo

manifestado en la audiencia de conciliación y presenta a fojas 36 vuelta, 37 vuelta y 39 vuelta del proceso, las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Edgar Eduardo Arteaga Farias, Marco Vinicio Muñoz Andrade y Erwin Antonio Nevarez Ostaiza, quienes respondiendo al interrogatorio formulado por la parte actora, lo hacen con respuestas convincentes, capaces de llevar al juzgador a conclusiones valederas, fidedignas y justas. Que afirman que la demandada insulta y agrede físicamente al actor; además en las 19 repreguntas realizadas por la demandada a los testigos del actor, contestan en forma convincente indicando lugares exactos de las agresiones, que viven en la misma casa pero en departamentos separados. A este respecto, es oportuno citar el artículo 207 Código Procesal Civil que dice "Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, en el presente caso los testigos conocen los hechos es obligación del Juzgador, según la norma referida apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las normas de la sana crítica; al respecto existen las siguientes doctrinas jurisprudenciales. "Es de tal naturaleza e importancia este medio de prueba que a través de él juez trata de mirar y calificar en el presente hechos y situaciones fácticas que han incurrido en el pasado de allí que para la prueba de testigos sea idónea y eficaz debe ser de tal suerte veraz y confiable, capaz de administrar justicia". GJSXNI No. 3 (sic) página 681; Obra El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional del Abogado Manuel Tama, Edilex S.A. Editores página 446 que dice: *«...cabe destacar que los testigos son los ojos con los que el juzgador mira el pasado y a través de ellos construye los hechos...»,* si bien el Código de Procedimiento Civil determina como medio de prueba la declaración de testigos, prueba que oportunamente se ha presentado conforme lo requiere el artículo 117 ibídem, y que los testigos que cumplen todos los requisitos determinados en el art. 208 ejusden, respeto a su edad, (sic) idoneidad, probidad, conocimiento e imparcialidad, y que esta unidad los acoge, la prueba presentada es suficiente indicio de la causal invocada actitud hostil que manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial se ha justificado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda es más la demandada no compareció a la confesión judicial por lo que se lo declaró confesa en todas las preguntas del interrogatorio; y, de conformidad con el artículo 110 causal tercera del Código Civil, habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo 76 numeral primero de la Constitución de la República por estas consideraciones sin que sea necesario realizar más análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** se acepta la demanda y se declara por divorcio disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges Luis Gustavo Morales y Virginia Isabel Ruiz Vera por matrimonio celebrado en la parroquia de San José de Minas, cantón Quito, provincia de Pichincha el veinte y cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y nueve conforme consta en el tomo 1, página 5, acta 12 del libro de matrimonios del año 1969. Ejecutoriada la presente sentencia confiérase las copias certificadas necesarias que se soliciten para la marginación en el acta de matrimonio en el Registro Civil correspondiente sin necesidad de presentar escrito alguno. **Notifíquese.**

f) Dr. Washington Fernando Robalino Silva, Juez de la Unidad Judicial.

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2014-1688

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SALA DE FAMILIA MUJER, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. Quito, viernes 22 de agosto del 2014, las 14h51.

VISTOS: Encontrándose el proceso en estado de resolver, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:** 1.1 Comparece el accionante señor Luis Gustavo Morales, a fojas 7, del cuaderno de primera instancia, manifestando que se encuentra casado con la señora Virginia Isabel Ruiz Vera, conforme consta de la inscripción de matrimonio de fojas 4; 1.2. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO. «Es el caso señor Juez, que mi cónyuge la señora Virginia Isabel Ruiz Vera en reiteradas

ocasiones ha venido agrediéndome de forma verbal y psicológica, manifestando que yo soy un mantenido, borracho, vago, sinvergüenza, hijo de puta, maricón, que no sirvo para nada, lo que quiero es que te largues de la casa y me dejes en paz, pues todas las cosas aparentemente son solamente de ella, llegando al colmo de prohibirme que conduzca mi propio carro escondiéndome la llave dicho vehículo (sic) (camioneta antes indicada), porque me voy a ir a verles a mis mozas, todas estas frases y acciones se ha venido repitiendo frecuentemente, tanto en nuestro domicilio como en lugares públicos a vista y paciencia de todas las personas, conocidas y desconocidas, sin respetar a nadie, peor aún a nuestros propios hijos, familiares y amigos, tratándoles de la misma manera a todas estas personas, motivos por los cuales me he llevado a tomar esta determinación irrevocable de divorciarme, no creo que una persona pueda aguantar todos estos ultrajes, humillaciones, vergüenzas, de vivir una vida llena de problemas y peleas constantes», por lo que solicito la disolución del vínculo matrimonial que nos une, de conformidad con lo prescrito en el artículo 109 causal 3 del Código Civil vigente, para que en sentencia así se declare y luego de lo cual, se ordenará la inscripción respectiva en la Dirección General de Registro Civil Identificación y Cedulación. 1.1. Que procreamos tres hijos de nombres Gustavo Iván, Mercy Elizabeth y Marco Vinicio Morales Ruiz, todos mayores de edad conforme partidas de nacimiento de fojas 1, 2 y 3 que bajo el régimen de la sociedad conyugal en nuestro matrimonio hemos adquirido los siguientes bienes: una casa en el sector de El Placer, ubicado en la calle Ramón Pacheco y Zumárraga nro. 195, un vehículo marca Hino, tipo bus, año de fabricación 98, color rojo, una camioneta 2200 marca Mazda, tipo camioneta, color azul, año 2004, adicionalmente soy socio accionista en la Compañía de Transporte "Quiteño Libre" dentro de la cual poseo en la actualidad cinco (5) acciones; 1.4. Que a la demandada se la citará en el domicilio indicado; señala casillero judicial, manifestando que la cuantía por su naturaleza es indeterminada y que el trámite que debe darse a la presente causa es el verbal sumario. 1.5. Aceptada a trámite la demanda (fojas 9) y citada la demandada (fojas 10); tiene lugar la audiencia de conciliación y contestación a la demanda (fojas 23), a la que concurren las partes procesales: el actor representado por su abogado defensor y la demandada conjuntamente con su defensor, y propone excepciones. 1.6. El Juez de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, provincia de Pichincha, Dr. Washington Fernando Robalino Silva, a fojas 103 y 104 dicta sentencia en la que se acepta la demanda. 1.7. A fojas 105 comparece la demandada Virginia Isabel Ruiz Vera, señalando casillero judicial e interponiendo recurso de apelación; concedido el recurso a fojas 106, le corresponde conocer a esta Sala la causa. **SEGUNDO.- PRESUPUESTOS PROCESALES.** 2.1. Avocamos conocimiento de la causa, en calidad de Jueces Titulares de este Tribunal, quienes nos encontramos investidos de jurisdicción en forma constitucional y legal, conforme lo dispuesto en el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, siendo competentes para conocer sobre el recurso planteado, y resolver por el mérito de los autos en observancia del art. 334 del Código de Procedimiento Civil. 2.2. Se han cumplido con las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, no siendo procedente la excepción alegada por la demandada fundamentada en el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, en tanto si bien es cierto que se han iniciado una acción de divorcio por la causal 3.a del artículo 109 del Código Civil, por la mismas partes procesales, se advierte que esta fue iniciada el 06 de septiembre de 2002, signada con el nro. 558-2002; con fecha 22 de junio de 2005 Luis Gustavo Morales Morales propone una nueva acción de divorcio en contra de Virginia Isabel Ruiz Vera, fundamentada en la misma causal 3.a del artículo 110 del Código Civil vigente, por hechos ocurridos en forma posterior a los que sirvieron de fundamento en el proceso del cual desistió el accionante; de no haber sido así, la demandada debía alegar tal circunstancia y probarla de conformidad con el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, que exige que cada parte está obligada a probar los hechos que alega. 2.3. Por lo expuesto, no se ha violentado el debido proceso garantizado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias determinadas por el artículo 346 de la Ley Adjetiva Civil; por lo que, sin que se aprecie violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando en cumplimiento de los artículos 1014, 334 y 838 *ut supra* que influya o pueda influir en la decisión de la causa, se reconocé la validez del proceso. **TERCERO.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA Y HECHOS**. Acorde con el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, es obligación de los juzgadores expresar en la

resolución la valoración de todas las pruebas producidas, actuaciones probatorias que además, en concordancia con el principio de verdad procesal, contemplado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. 3.1. Con la partida de matrimonio de fojas 4 de los autos, se justifica la existencia del vínculo matrimonial de los comparecientes. 3.2. A fojas 1, 2 y 3 constan en el proceso partidas de nacimiento de los tres hijos de los comparecientes, que justifican que todos son mayores de edad; 3.3. Declaraciones de los testigos del accionante, al tenor del interrogatorio de fojas 25, siendo repreguntados con el cuestionario incorporado por la demandada a fojas 27 y vuelta, constantes de fojas 36 vuelta, Edgar Eduardo Arteaga Farías; de fojas 37, Marcos Vinicio Muñoz Andrade; de fojas 38, Edwin Antonio Nevarez Ostaiza; y de fojas 39, Iliana María Íñiguez Íñiguez; quienes al responder a las interrogantes formuladas, y específicamente a las signadas con los números 4 y 6, ¿Diga el deponente si es verdad y le consta que la señora Virginia Isabel Ruiz Vera, permanentemente va a mi trabajo a agredirme verbalmente y en algunos casos físicamente? y manifieste el testigo, ¿Si en el tiempo que me conoce, cuantas veces he sufrido agresiones de parte de mi cónyuge?, en su orden: «Si es verdad que llegaba a la buseta y le decía que era un indio vago, maricen, **(sic)** mantenido y de vez en cuando le pegaba en el bus mismo» "No podría indicar números exactamente" «Si me consta y es verdad, ya que la esposa venía a la buseta y le decía borracho, inútil y vago»; "No se podría indicar cuántas veces, pero si eran varias"; el segundo deponente, «Si es verdad que sabía llegar a la buseta y le decía que era un borracho inútil, vago» y "Me es imposible decir cuántas exactamente pero si he presenciado por varias ocasiones esas agresiones"; el tercero de los testigos, "Si lo hace verbalmente y físicamente la he visto dos o tres veces" y "Dos o tres veces que me acuerdo"; la cuarta deponente, "Si me consta porque yo le he visto" y "Varias veces"; examinadas las contestaciones, el Tribunal advierte que en forma unívoca y concordante afirman que es verdad que la demandada ha injuriado al accionante en forma reiterada, tanto más que al responder al minucioso pliego de repreguntas, y específicamente a las repreguntas 6, 7 y 17, diga el repreguntado ¿Cómo es verdad, que lo que usted viene a declarar en el presente juicio, no le consta, sino que lo sabe únicamente por referencias de su amigo el señor Luis Gustavo Morales?. ¿Indique el repreguntado el lugar exacto con determinación de calles, barrio, parroquia, cantón, provincia, en la cual según usted manifiesta, quien le pregunta Virginia Ruiz supuestamente he agredido al señor Luis Gustavo Morales y con qué personas se ha encontrado cuando supuestamente quien le pregunta Virginia Ruiz, ha agredido al señor Luis Gustavo Morales, se servirá dar nombres y apellidos de estas personas?, que lo que declaran es la verdad y les consta; aseveran que ellos han presenciado que la demandada insultaba al actor, en diferentes lugares: una vez en el Mercado Central, en la mecánica del Maestro paisa, en la parada de la Quintana del Quiteño Libre y en otra por la parada de la Dinapen, en otras ocasiones delante de los pasajeros en la buseta y hasta en su propia casa; y al responder la pregunta 17 manifiestan en su orden: "Con los pasajeros del bus a quienes desconozco obviamente y en otras ocasiones en su propia casa", el segundo testigo "Unas ocasiones en compañía de mi primo Miguel Pino y en otras ocasiones extrabajadores de la Compañía y pasajeros del bus", el tercer testigo "En una de esas veces yo estuve con mi hermano Airon Leonel Nevarez "y la cuarta deponente 'Solo con mi sobrina Narcisa'; con estas contestaciones que refieren detalles sobres los lugares donde se han dado los hechos, se confirma que efectivamente la demandada ha injuriado por múltiples ocasiones a su cónyuge, en los términos ya referidos en los puntos 3.3.-3.34. (sic) De fojas 34 y 35 vuelta, declaran los testigos de la parte demandada, Sandra Isabel Muñoz Vélez y Carlos Alberto Muñoz Vélez, quienes deponen al tenor del cuestionario de fojas 30 específicamente a las preguntas 4, 5, 6 y 7: ¿Diga el testigo como es verdad, sabe y le consta, que durante el tiempo que usted nos conoce, siempre he demostrado a mi cónyuge el señor Luis Gustavo Morales, el cariño, respeto, consideración y amor necesarios?, ¿Diga el testigo como es verdad, sabe y le consta, que por existir armonía en el hogar, quien le pregunta Virginia Ruiz y mi cónyuge Luis Gustavo Morales, vivimos juntos hasta la presente fecha?, ¿Diga el testigo como es verdad, sabe y le consta, que soy una persona respetuosa y que dada mi formación moral y mi edad, jamás acostumbro a utilizar términos injuriosos o descomedidos en contra de ninguna persona y mucho menos en contra de mi cónyuge señor Luis Gustavo Morales? En su orden responden: "Así es, es verdad", "Así es", "Si es verdad me consta" y "Si es verdad nunca lo ha hecho" y el segundo de los nombrados "Mientras yo vivía ahí, siempre se han llevado bien nunca les he

JURISPRUDENCIA

visto en problemas" "Si es verdad que hasta ahora viven juntos y no les he visto que tengan problemas", "Nunca han tenido agresiones entre ellos" y "No nunca han tenido ninguna injuria o maltrato físico"; de sus respuestas se aprecia con claridad que los testigos solamente introducen al proceso frases complacientes, por lo que se constituyen en testigos de complacencia, según la doctrina y la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia (Resoluciones nro. 29-2007, 276-06 y 179-06. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL), cuyo valor probatorio ha sido inútil para sustentar los argumentos de la parte demandada. 3.5. De fojas 44 a 83, constan copias certificadas otorgadas por el Secretario del Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, de un juicio de divorcio del actor y demandada de la misma causa en estado de resolver con fecha de inicio el 20 de agosto del 2002; 3.6. De esta resolución; información fiable para el juez por haber sido introducida al proceso de manera directa por los testigos, no aquella generada por la parte procesal o su defensa en cuestionamientos o afirmaciones que per se adolecen (sic) de falta de imparcialidad y que buscan en el testigo simples afirmaciones complacientes antes que el relato objetivo de los hechos. **CUARTO.- LA PRUEBA SEGÚN LA DOCTRINA:** 4.1. El tratadista Rafael de Pina, en la obra Actos del Juez y Prueba Civil, Estudios de Derecho Procesal Civil, en el capítulo "La Prueba Civil", pág. 477, dice: "La prueba se dirige al juez, no al adversario, por la necesidad de colocarlo en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, puesto que debe juzgar *justa allegata et probata;* para Carnellutti las pruebas son un instrumento esencial, no tanto del proceso como del derecho y no tanto del proceso de conocimiento, como del proceso in genere; sin ellas, dice, el derecho no podría, en el noventa y nueve por ciento de los casos alcanzar su fin"; en la misma obra citada, en el capítulo de "La Prueba en el Proceso Civil", pág. 424 y 429, el jurista José María Asencio Mellado, manifiesta: "Valoración de la prueba. La finalidad de la prueba consiste en convencer al Juez que ha de dictar la sentencia acerca de la veracidad de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes. A tal efecto, los distintos medios son practicados y su resultado queda plasmado con el objeto de que el Juez lo aprecie y dicte a su tenor una sentencia con un específico contendido. La valoración de la prueba constituye, pues, un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del órgano jurisdiccional mediante las cuales se obtiene el convencimiento acerca de los hechos alegados". Y, "Así las cosas, el actor ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión o, lo que es lo mismo, los hechos que forman parte del supuesto de hecho típico en que fundamenta su pretensión. El demandado, por su parte, ha de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Así, pues, si en caso de duda alguna parte ha dejado de probar los hechos que tiene la carga de probar, sufrirá una sentencia contraria a sus intereses por aplicación de este expediente legal y formal". 4.2. De lo actuado por las partes procesales, en el término probatorio de seis días, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 115 *ibídem*, que dice: "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", entendiéndose como reglas de la sana crítica, la facultad que tienen los jueces de instancia de formarse un juicio razonado sobre los hechos, que asume el juzgador, a través de la apreciación y valoración de las pruebas, apoyado en reglas de la lógica, de la experiencia humana suministradas por la sicología, la sociología, otras ciencias y la técnica. 4.3. En el caso s*ub iúdice* el Tribunal ha llegado al convencimiento, de que se ha configurado lo reflexionado por dichos autores, en tanto con la prueba testimonial aportada se ha justificado que han existido injurias de manera habitual entre los cónyuges, que han sido proferidas en lugares públicos como la parada de buses "Quiteño Libre" y habiendo sido presenciadas por la gente y los testigos que al ser examinados con el cuestionario de repreguntas formulado por la demandada, no han incurrido en contradicciones, todo lo contrario han ilustrado a los Juzgadores con la verdad de los hechos. **5.- DECISIÓN.** Por lo expuesto, con fundamento en la motivación argumentada en los considerandos anteriores, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se rechaza el recurso de apelación y se confirma la sentencia del Juez a quo en todas sus partes. Sin costas, ni honorarios que regular. Ejecutoriada que sea esta resolución devuélvase el expediente de primera instancia al Juzgado de origen para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) Dra. Sonia Cecilia Acevedo Palacio, Jueza; Gustavo Osejo Cabezas, Juez; José Gallardo García, Juez.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2014-1688

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. Quito, jueves 11 de septiembre del 2014, las 11h42.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por Luis Gustavo Morales. Una vez que se ha corrido traslado a la contraparte con la petición de aclaración de la resolución dictada por este Tribunal, el 22 de agosto del 2014, las 14h51, solicitada por Virginia Isabel Ruiz Vera, contestación al traslado conste en el escrito de fojas 10 de esta instancia, se considera: **PRIMERO.-** De conformidad con el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil "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..." **SEGUNDO.-** En la especie, el auto dictado por la Sala es totalmente claro e inteligible al menor esfuerzo y se ha resuelto todos los puntos con los que se trabó la litis, por lo que nada hay que ampliar. Por lo dicho, la petición de ampliación solicitada por la demandada se lo niega por improcedente. En esto términos queda atendida la solicitud realizada por la señora: Virginia Isabel Ruiz Vera. **Notifíquese.**

f) Dra. Sonia Cecilia Acevedo Palacio, Juez; Dr. Gustavo Osejo Cabezas, Juez; Dr. José Gallardo García, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, 5 de febrero de 2015, a las 10h38.

VISTOS: (203-2014)

ANTECEDENTES

En el juicio verbal sumario que por divorcio, con fundamento en la causal 3 del artículo 110 del Código Civil, sigue Luis Gustavo Morales en contra de Virginia Isabel Ruiz Vera; la demandada interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 22 de agosto de 2014, las 14h51, por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que rechazando el recurso de apelación, confirma la sentencia de primer nivel que declara con lugar la demanda.

La recurrente determina como infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 377, 113, 114 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 18.1 y 124 del Código Civil; y, 76.1 y 86 de la Constitución de la República. Fundamenta dichas infracciones 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 alega que la Sala a pesar de reconocer que existieron dos demandas por la misma causal de divorcio y que el accionante desistió de la primera, no aplicó la norma legal contenida en el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe a quien desiste de una demandada proponerla nuevamente en contra de la misma persona, afirma que el actor se encontraba impedido de proponer otra demanda por la misma causal de divorcio en su contra, agregando que la norma es clara y que de conformidad con el artículo 18.1 del Código Civil y, 76.1 y 82 de la Constitución de la República, debió ser aplicada en su texto literal. Que del proceso no existe indicio alguno que justifique que la sentencia que aceptó el divorcio se base en hecho ocurridos con posterioridad al proceso del que desistió, particular que en la sentencia se sostiene debió ser alegado y probado por la demandada, sin tomar en cuenta que en las dos demandas no se señalan día, hora y lugar para establecer que los hechos son posteriores, *"es más, ni siquiera con la prueba testimonial justificó el actor este hecho,*

pues sus testigos no indican fecha alguna de las supuestas agresiones" (sic); agrega que en este tipo de acciones, el actor debe expresar la fecha de la supuesta última agresión que ha sufrido por parte de la compareciente, a efectos de verificar la procedencia de la demanda y el plazo para que opere la prescripción de la acción, que para la presente causal es de un año desde que cesó el hecho constitutivo de la causa.

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 artículo 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 de la Judicatura, en forma constitucional mediante resolución nro. 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 28 de enero de 2015; su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 189.1 reformado 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 de solo contra sentencias y autos que pone 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 sentencia y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad 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 la unificación de la jurisprudencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

3.1.- Al Tribunal en virtud de los puntos a los cuales la recurrente contrae el recurso, le corresponde resolver si:

3.1.1.- Quien incoa un juicio de divorcio y desiste del mismo, puede volver a proponerlo con fundamento en la misma causal y si el hacerlo trasgrede lo dispuesto en el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil.

4.- CRITERIO JURÍDICO BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1.- La protección que el Estado debe a la familia, según lo previsto en el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, debe ser entendida como la defensa de un núcleo social que asegure la convivencia en armonía, el bienestar, y el desarrollo integral de sus miembros, y aquello implica que el matrimonio no debe perdurar, cuando no cumple con estos fines y resulta atentatorio a la dignidad humana.

4.2.- El matrimonio es una opción de vida, que se materializa en la convivencia de los cónyuges, en la que pueden surgir situaciones similares en tiempos diversos, las causales de divorcio pueden hacerse presentes en diferentes etapas de la vida en común y pueden ser objeto de una acción de divorcio, de lo cual, por las particularidades propias del vínculo matrimonial puede desistirse, lo cual impide proponer una nueva acción por ese mismo hecho específico, no por otro idéntico que ocurra en otra etapa del matrimonio.

4.3.- Se puede proponer nueva acción de divorcio contra el propio cónyuge con fundamento en la misma causal, cuando se ha desistido de una demanda anterior, si los hechos que se denuncian son nuevos, no por ser diferentes sino producidos en tiempo distinto, lo cual, no implica trasgresión del artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es impedir que quien desistió de una demanda pueda volverla a proponer contra la misma persona, con fundamento en una misma causa, razón o derecho. Entendida la norma en su texto literal, se podría considerar entonces que quien demanda a su cónyuge la disolución de la sociedad conyugal, no puede demandar luego al mismo cónyuge los inventarios de los bienes sociales, y en otro proceso su partición; la norma debe ser interpretada no solo teniendo en cuenta los sujetos procesales, sino también el objeto y el fundamento de la discusión.

4.4.- Como ha dejado sentado este Tribunal en fallos anteriores, los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, los actos de violencia verbal o física entre ellos no solo vulneran tal obligación, sino el derecho a la integridad personal que garantizada en el artículo 66.3 de la Constitución incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito privado y público.

5.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL

5.1. La recurrente con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, alega que la Sala a pesar de reconocer que existieron dos demandas por la misma causal de divorcio y que el accionante desistió de la primera demanda, no aplicó la norma legal contenida en el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe a quien desiste de una demanda proponerla nuevamente en contra de la misma persona, afirma en consecuencia, que el actor se encontraba impedido de proponer otra demanda por la misma causal de divorcio. Al respecto, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

5.1.1.- La falta de aplicación de normas legales incluidos precedentes jurisprudenciales obligatorios, constituye un vicio de juzgamiento, en el que puede incurrir el juzgador cuando al realizar el análisis de los hechos y la selección de la norma legal o el precedente al que debe subsumirlos, no acierta, dejando de aplicar la norma o el precedente que corresponde, error que debe reflejarse necesariamente en la parte dispositiva de la sentencia, según lo determina la causal de la Ley de Casación que invoca la recurrente.

5.1.2.- De la sentencia impugnada se observa que los jueces en el considerando SEGUNDO, al analizar los presupuestos procesales, en el numeral 2.2. Expresan: *"Se han cumplido con las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, no siendo procedente la excepción alegada por la demanda fundamentada en el Art. 377 del Código de Procedimiento Civil, en tanto si bien es cierto que se ha iniciado una acción de divorcio por la causal 3.a del artículo 109 del Código Civil, por la mismas partes procesales, se advierte que ésta fue iniciada el 06 de septiembre de 2002 signada con el nro. 558-2002; con fecha 22 de junio de 2005 Luis Gustavo Morales Morales propone una nueva acción de divorcio en contra de Virginia Isabel Ruiz Vera fundamentada en la misma causal 3.a del Art. 110 del Código Civil vigente, por hechos ocurridos en forma posterior a los que sirvieron de fundamento en el proceso del cual desistió el accionante; de no haber sido así, la demandada debía alegar tal circunstancia y probarla de conformidad con el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, que exige que cada parte está obligada a probar los hechos que alega".*(sic) estableciendo de esta manera porqué no era aplicable el artículo 377 alegado por la recurrente.

Al respecto, este Tribunal de Casación, deja sentado que el desistimiento es una forma irregular de terminar un juicio, en virtud del cual, las cosas vuelven al estado anterior, produciendo sobre el asunto materia del juicio desistido el mismo efecto que el de cosa juzgada en razón de la prohibición de entablar una nueva acción, en contra de la misma persona por los mismos hechos.

En el matrimonio, por la naturaleza de la relación que éste genera entre los cónyuges, las razones legales para entablar una acción de divorcio, pueden repetirse en diferentes ocasiones y etapas; así, uno de los cónyuges puede acusar al otro de haberlo tildado de idiota, incapaz o mantenido, presentando al efecto él o ella, una demanda en el año 2007, bajo la causal de injurias graves; sin embargo la relación entre los cónyuges mejora y no se continúa con el trámite del juicio; en el año 2010 el o la cónyuge vuelve a injuriar utilizando los mismos epítetos; y para viabilizar la nueva acción él o la ofendida desiste de la planteada en el año 2007, quedando legalmente impedido de plantear una nueva acción por epítetos proferidos en el año 2007 no por los emitidos en el año 2010, que pueden ser exactamente los mismos, pero dichos en otro período de tiempo; no se puede pretender que quien ha sido víctima de injurias graves, actitud hostil, o ha planteado una demanda por adulterio, y ha desistido de la acción planteada no pueda proponer otra acción cuando el cónyuge vuelve a incurrir en el cometimiento de los hechos que configuran la causal, pues eso sería someterlo bajo el amparo de la ley a la pérdida del derecho a una vida digna, a ser feliz.

Las características de la violencia al interior de la pareja, sus diferentes formas, la frecuencia de su utilización, su condición cíclica, su desarrollo en un entorno de "privacidad", hacen difícil precisar fechas y lugares, circunstancias de tiempo, modo y espacio, sin embargo es obligación del actor o la actora explicitar de manera concreta los hechos que acusa, señalando el tiempo de su ocurrencia;

a fin de establecer, cuando se alega, si la acción ha prescrito; la valoración de la prueba corresponde a los jueces de instancia y no a este Tribunal de Casación, en cuya razón no los revisa; como no lo hace con respecto a la alegación de vulneración del artículo 124 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que no opuesta como excepción la prescripción de la acción, no cabe se utilice en la estructura del fallo una norma que la regula, pues que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2393 del Código Civil, quien quiere aprovecharse de ella (la prescripción) de alegarla.

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 22 de agosto de 2014, las 14h51, por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el juicio verbal sumario que por divorcio, con fundamento en la causal 3 del artículo 110 del Código Civil, sigue Luis Gustavo Morales en contra de Virginia Isabel Ruiz Vera. Sin costas, ni multa. Devuélvase los expedientes de instancia al Tribunal de origen. **Notifíquese.**

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

II
Resolución nro. 022-2015
Juicio nro. 255-2014

Juicio verbal sumario por divorcio propuesto por Ana María Jaramillo Toro, contra Patricio Rigoberto Correa

SÍNTESIS

Comparece la señora Ana María Jaramillo Toro manifestando que se encuentra casada con el señor Patricio Rigoberto Correa y que durante su vida conyugal han procreado tres hijos que responden a los nombres de Ana Estefanía, Damián Patricio y NN Correa Jaramillo, siendo esta última la única menor de edad, pues en la actualidad sus edades son de 22, 18 y 9 años respectivamente. Como único bien durante la sociedad de bienes y posterior sociedad conyugal adquirieron un inmueble consistente en solar y construcción en la ciudad de Machala. En lo principal señala que si bien en su hogar en sus inicios reinó la paz, la comprensión y la armonía, con el paso de los años se presentaron la incomprensión, la intranquilidad y la desarmonía de las dos voluntades por causa del adulterio de su cónyuge quien ha formado otro hogar he incluso ha procreado dos hijos en este, lo que transformó su vida en una situación complicada, en la que tuvo que renunciar a sus derechos y libertades, recibiendo humillaciones y actos violentos y agresivos por parte de su cónyuge quien la obligaba a mantener relaciones sexuales contra su voluntad, por lo cual solicitó una boleta de auxilio a la Comisaría de la Familia y la Mujer del cantón Machala y abandonó con justa causa su hogar y fue a vivir junto con sus tres hijos al hogar de sus padres. Esto sucedió el día 31 de septiembre del 2011, viviendo desde esa fecha cada quien por su lado y en lugares diferentes, con abstención e inexistencia total de relaciones maritales y conyugales. Con esos antecedentes y amparada en lo preceptuado en el inciso primero y tercero del artículo 110 del Código Civil, presenta demanda de disolución, por divorcio del vínculo matrimonial que le une al señor Patricio Rigoberto Correa. La Jueza de primer nivel expresa que ha llegado al convencimiento de que la demandante ha justificado los fundamentos de hecho y de derecho de su acción, por lo que declara con lugar la demanda y disuelto por divorcio del matrimonio Correa-Jaramillo; se establece la tenencia, los alimentos y visitas de la niña menor de edad.- El demandado presenta recurso de apelación y argumenta que pese a que la excepción de prescripción de la acción fue alegada en la contestación a la demanda, la Jueza de primera instancia falló contra normas expresas.- El Tribunal de segunda instancia luego de revisado el proceso considera que la Jueza de primera instancia, realiza una valoración apartándose de la sana crítica y cayendo en una elucubración que no es procedente en la redacción o argumentación de una sentencia, contraponiéndose entre otras cosas, a lo dispuesto en el Art. 129.3 del Código Orgánico Integral Penal. Concluye, que no se ha probado conforme a derecho los hechos alegados, tal como lo exige el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual acepta la apelación y revoca la sentencia de primer nivel.- Frente a este resultado, la actora presenta recurso de casación y, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente acusa: Falta de aplicación del artículo 75; y literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la Republica, entre otros argumentos. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescentes y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, entre los varios argumentos que presenta luego de su análisis expresa: independientemente de la prueba del adulterio, el procrear un hijo fuera de matrimonio, se inscribe dentro de la causal "injurias graves" y el nacimiento de un niño/a constituye un hecho separado del adulterio. Puede entonces, darse el caso de que coexistan las dos causales de divorcio. De otro lado, el tema de las injurias graves, es considerado por la jurisprudencia argentina, como supletorio a la falencia probatoria del adulterio. En esta causa, el juez plural desoye el hecho real del adulterio que como hemos dicho, aunque prescrito como causal para la acción de divorcio, persiste, y sirve como prueba de las actitudes hostiles del demandado. En consecuencia CASA la sentencia y confirma íntegramente la dictada en primera instancia.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2013-0680

JUZGADO CUARTO DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE EL ORO. Machala, viernes 11 de abril del 2014, las 15h49. Causa No. 680-2013

VISTOS: A fojas ocho a nueve de los autos comparece la señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** manifestando que se encuentra casada con el señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA,** matrimonio celebrado en el Registro Civil del cantón Machala, provincia de El Oro, el día 8 de enero del 2003 y que durante su vida conyugal han procreado tres hijos que responden a los nombres de **ANA ESTEFANÍA CORREA JARAMILLO, DAMIÁN PATRICIO CORREA JARAMILLO Y NN,** de las edades de 22, 18 y 9 años y que como único bien durante la sociedad de bienes y posterior sociedad conyugal adquirieron un inmueble consistente en solar y construcción ubicado en la ciudad de Machala en las calles Juan Montalvo y Onceava Norte. Señala que procrearon tres hijos de nombres Ana Estefanía Correa Jaramillo, Damián Patricio Correa Jaramillo y NN, siendo que es la única menor de edad en la actualidad. En lo principal señala: "Si bien dentro de nuestro hogar en un comienzo reinó la paz, la comprensión y armonía, pero con el paso de los años se presentó la desarmonía y los inconvenientes en nuestro hogar, haciéndose presente en nuestro hogar la incomprensión, la intranquilidad y desarmonía de las dos voluntades dentro de la vida matrimonial, que denotaba claramente un estado habitual de falta de armonía y comprensión dentro de nuestro matrimonio, caracterizada por la actitud hostil y agresiva de mi nombrado cónyuge hacia mí […] la causa de la desarmonía e incomprensión que se ha presentado en mi hogar, se deriva del hecho cierto que mi nombrado cónyuge señor Patricio Rigoberto Correa ha caído en adulterio ya que hace mucho tiempo ha entrado en amoríos con otra mujer […] con quien ha formado otro hogar y procreado inclusive dos hijos en dicho hogar, durmiendo fuera de mi hogar, habiéndose transformado mi vida en una situación muy complicada, sacrificándome estoicamente, renunciando a mis derechos y libertades, recibiendo humillaciones y actos contra mi voluntad a forzarme de una manera violenta y agresiva para que mantenga relaciones sexuales contra mi voluntad, por lo que me vi obligada a fin de librarme de la actitud hostil de mi cónyuge Patricio Rigoberto Correa hacia mí, por las agresiones verbales, físicas y sexuales, que se van profundizando y agravando, lo cual ponía en gran peligro mi integridad física y la de mis hijos por sus amenazas, tuve que solicitar una boleta de auxilio a la Comisaría de la Familia y la Mujer del cantón Machala y abandonar con justa causa mi hogar ubicado en la dirección inicialmente notada, para trasladarme a vivir junto con mis tres hijos al hogar de mis señores padres [...], abandono de hogar que lo realicé con justa causa el día 31 de septiembre del 2011, viviendo desde dicha fecha cada quien por su lado y en lugares diferentes, con abstención e inexistencia total de relaciones maritales y conyugales...". Con esos antecedentes y amparada en lo preceptuado en el inciso primero y tercero del artículo 110 del Código Civil, presenta demanda de disolución, por divorcio del vínculo matrimonial que le une al señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA.** Dada la minoría de edad de la niña NN insinúa como curador *ad litem,* al señor **TORIBIO ABELARDO JARAMILLO RIVAS,** en calidad de abuelo materno, para lo cual requiere que se escuche la declaración de la señora **AIDÉ MARILÚ JARAMILLO TORO y VILMA SONIA CALLE MOLINA.** Admitida a trámite la demanda en la vía verbal sumaria, se dispuso citar a la parte demandada de la forma que se solicita, diligencia que consta a fojas 27 de autos. Prosiguiendo con el trámite las partes fueron convocadas a la audiencia de conciliación practicada de fojas 40 de los autos, con la comparecencia de la parte demandada, quien presentó excepciones al tenor de lo que indica la señalada acta; mientras que la parte demandante se ha ratificado en los fundamentos de derecho de su demanda, no habiendo conciliación alguna, se dispone abrir la causa a prueba por el término legal que le correspondió, en las que las partes procesales han solicitado, introducido y evacuado las que constan de los autos, el que una vez que ha decurrido en su integridad, se declara concluido. En relación a la situación socio económica de la niña NN, los progenitores arribaron a acuerdos conciliatorios en la misma audiencia de conciliación, conforme al art. 115 del Código de Procedimiento Civil. **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El Juzgado Cuarto Adjunto de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro es competente

para su trámite y resolución de conformidad con el artículo 175 de la Constitución del Ecuador, a la resolución n.o **58-2013** del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicada en el. R.O. S. 31 de fecha 08 de julio del 2013, por el que se (sic) todas las causas activas y pasivas en materia de familia, niñez y adolescencia que se iniciaron con anterioridad a la creación de la Unidades Judiciales o Juzgado Únicos de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, conocidas por las y los Jueces de lo Civil de la Función Judicial, pasarán previo sorteo o conocimiento de las y los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia así como a la Resolución nro. 80-2013, publicada en R.O.S. 42 del 23 de julio del 2013, en el que se ordena que los Jueces de la Niñez y Adolescencia se transformen en Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con las competencias reguladas en el Art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial; **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.** Se ha dado a esta causa el trámite legal que le corresponde y no se observa omisión de ninguna de las solemnidades sustanciales que influya o pueda influir en la decisión de la misma, por lo que declaro la validez de todo lo actuado, pues se ha procedido conforme al artículo 115 del Código Civil que prescribe que previo a resolver la causa de divorcio se dilucidará la situación socioeconómica de los hijos, y que para ello se debe proceder en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, siendo que la situación de los hijos se dilucida en la misma audiencia de conciliación, siendo que cuando estos asuntos nos e tratan en audiencia de conciliación se convoca a la junta que señala el art. 128 del Código Civil en sus incisos segundo y tercero. En relación a que se habría causado nulidad por que se ha designado curador *ad-litem* sin que se haya contado con el conocimiento de la parte demandada, se señala que una vez designado el curador, el accionado bien pudo insinuar otro curador y aquello no es un obstáculo para que se continúe con el trámite de la causa, pues no constituye una diligencia que ocasiona nulidad, conforme al artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, ni el artículo 1014 *ibídem*. Por último se señala que las medidas cautelares ordenadas por esta Autoridad respecto del inmueble habido en la sociedad conyugal no es de aquellas diligencias que deban realizarse con conocimiento de causa, pues por el contrario, es de la naturaleza de aquellas que se concedan inaudita parte, con lo que se ratifica que no existe nulidad alguna que declarar; **TERCERO.- LEGITIMIDAD PROCESAL.** El vínculo matrimonial se halla justificado con la fotocopia íntegra certificada de la inscripción de matrimonio celebrado en fecha 17 de mayo del año 2003, entre los cónyuges ahora litigantes, agregada a fojas 6 de los autos, con lo que se justifica el derecho de la actora para proponer la demanda de divorcio. **CUARTO.- PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA.** En la especie, la demandante invoca para la terminación del matrimonio por divorcio, las causales primera y tercera contenidas en el artículo 110 del Código Civil Codificado, las que en el orden que han sido enunciadas, se refieren a: "...El adulterio de uno de los cónyuges" e "Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial", siendo que para el primero de las causales señala que su cónyuge procreó hijos con otra mujer, encontrándose casado con la actora. En relación con la otra causal indica que su cónyuge le ha prodigado trato hostil y agresiva, derivados de la relación extramatrimonial de su esposo por las que recibió humillaciones y fue forzada en contra de su voluntad a mantener relaciones conyugales que se iban agravando por lo que tuvo que abandonar el hogar en fecha 31 de septiembre del año 2011; y, confrontado lo expuesto por la parte actora, en la valoración de la prueba, y en virtud del principio dispositivo se confrontarán los hechos probados con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia la causal tercera contiene dos subcausales, y de los hechos que se redactan en el libelo de la demanda se infiere que en el causa ***sub examine***, la sub causal que se invoca es la actitud hostil, y que conforme a la evolución del criterio de la Corte Nacional de Justicia esta actitud hostil "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"[1], con indicación de hechos concretos y que tales hechos o manifestaciones se hayan manifestado en forma reiterada, y que se hayan producido las manifestaciones

[1] Ex. 91-98 R. O. 315, 12 V-98

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges, que imposibilite la vida matrimonial"[2], de lo que se infiere en que no basta con enunciar que se ha recibido la actitud hostil por parte del cónyuge demandado, , sino que debe probarse fehacientemente en qué consisten dichas actitudes y la reiteración con que estas se han materializado y que hayan provocado la falta de armonía en la relación conyugal, quebrantado la ***afectio conyugalis.*** **QUINTO.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA.** En la audiencia de conciliación realizada el día quince de octubre del año dos mil trece, (fojas 40), ha comparecido el demandado oponiéndose a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, proponiendo como excepción la caducidad o la prescripción de la acción en relación con la causal de actitud hostil, y habiéndose ratificado en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, a las partes procesales les corresponde probar los hechos alegados, conforme lo prescrito en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, procediéndose en consecuencia a examinar los medios aportados en los siguientes ítems: **a) Prueba testimonial.** Para demostrar la causal antes invocada, y la quiebra de la ***affectio conyugalis*** la parte demandante acude a prueba testimonial con la declaración de dos testigos, esto es de las señoras: **MARTHA ANTONIETA PARRA LEÓN, ZENEIDA ELENA CHICA FIGUEROA Y JANETH ESTEFANÍA SEGARRA CALLE,** al tenor del interrogatorio del escrito de prueba a fojas 44 y 44 vuelta, y cuya declaración obran a fojas 48, 50 y 52 de autos, testimonios precisos, concordantes y unívocos, en los literales f), g) y h) en relación a la relación extramatrimonial que mantiene el demudando con otra mujer con quien convive hasta la actualidad, relación en la que han procreados dos hijos que los testigos señalan tienen entre 8 y 7 años de edad; corroborándose además que la actora señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** abandonó a su cónyuge el 30 de septiembre del año 2011, por la actitud hostil que le habría prodigado su cónyuge, el señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA,** según la respuesta dada a la pregunta del literal i) expresiones de las que se advierte que el malestar conyugal quiebra del vínculo afectivo, tiene como causa y efecto la relación extramarital del demandado, señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA** la que le ha causado humillación y desavenencias a la actora quien ha justificado que conocía de la relación extramatrimonial desde esa fecha; **b) Prueba documental.- i)** Desde fojas 53 y 54 consta la boleta de auxilio y auto de calificación de la denuncia n. 1648-2011 que se propuso en la Comisaría de la Mujer y la Familia del cantón Machala, y que se presentó en el mes de julio del año 2011; **ii)** De fojas 72 a 85 se anexó el oficio nro. 3876-CPMYF-CM, junto con las copias certificadas del juicio nro. 1648-2011 en donde se aprecia que la señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** denunció a su cónyuge, el señor **PATRICIO RAÚL CORREA MORENO** en fecha 7 de julio del año 2011 por presuntas agresiones psicológica y sexual señalando en su denuncia que los últimos hechos que se habrían registrado de violencia psicológica por insultos proferidos en su contra fueron el día 19 de mayo del año 2011, expediente que no ha culminado con sentencia absolutoria ni condenatoria, pues conforme consta a fojas 85 el señor Christian Calderón Castro, cabo segundo de Policía, agente del Departamento de Violencia Intrafamiliar, indica que no se ha realizado las investigaciones ordenadas por falta de colaboración de la denunciante, encontrándose la causa en estado de citación, con lo que dicho expediente no puede tomarse como prueba plena de actitud hostil imputable al señor **PATRICIO RAÚL CORREA MORENO,** aunque sí como muestra del malestar existente por parte de la accionante, señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** en el contexto de sus propias afirmaciones, esto es: que ha recibido insultos, agresión física y sexual por parte de su cónyuge; **iii)** De fojas 62 a 64 se anexaron fotografías en las que se observa a miembros de una familia; no obstante, no puede hacerse mayor análisis de aquellas, por no tener conocimiento de quienes son sus participantes, esto es, que no existe otro documento con los que pueda comparar e identificar a quienes están posando en dichas fotografías; **iv)** A fojas 60 y 61 se anexaron las partidas de nacimiento del niño **FABRICIO JEREMÍAS CORREA MORENO** nacido en fecha 27 de agosto del año 2007 (6 años) y de **PATRICIO RAÚL CORREA MORENO** quien nació en fecha 7 de septiembre del año 2005 (8

[2] Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVIII. Nro. 8. Página 2366

años), quienes constan registrados como hijos de **PATRICIO RIGOBERTO CORREA** y de la señora **SONIA JESSENIA MORENO SÁNCHEZ,** nacimientos que se registran con posterioridad al matrimonio que se ha probado existe con la partida de matrimonio de fojas 1, y en la que se verifica que el enlace matrimonial se celebró en fecha 17 de mayo del año 2003 entre los cónyuges **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** (actora) y **PATRICIO RIGOBERTO CORREA (**demandado) documentos con los que se justifica la causal invocada de adulterio, pues los nacimientos registrados en las flechas son la expresión material de la unión sexual del demandado con otra mujer que no es su cónyuge y que constituye una violación o falta a la fe conyugal, pues el matrimonio en el Ecuador es monogámico, lo que implica una exclusividad en las relaciones sexuales o íntimas entre cónyuges; **c) Prescripción.** En el texto de la demanda la actora señala que si bien en un comienzo hubo una convivencia conyugal en la que "...reinó la paz, la comprensión y la armonía..." esto se quebrantó por la actitud hostil del demandado y que se origina en la falta a la fe conyugal al haber cometido adulterio con la señora **SONIA MIREYA MORENO SÁNCHEZ,** aunque se ha justificado con las partidas de nacimiento de fojas 60 y 61 que los nombre correctos de la madre de los niños anteriormente referidos son los de **SONIA JESSENIA MORENO SÁNCHEZ**, hechos conocidos por ella en la fecha de separación definitiva ocurrida en fecha **30 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 2011**, y en la que según las declaraciones de sus testigos la actora, señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** tenía pleno conocimiento del adulterio de su cónyuge antes y en la época de la separación física de ambos cónyuges: **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** (actora) y **PATRICIO RIGOBERTO CORREA** (demandado), y en virtud de lo que señala, que conforme lo establece el art. 124 inciso primero del Código Civil, aunque se encuentra plenamente probado, ha prescrito la causal de adulterio que ha invocado la actora respecto de su cónyuge **PATRICIO RIGOBERTO CORREA,** con lo que se da paso a la excepción presentada por el accionado. En relación con la causal de actitud hostil, conforme se ha identificado en el considerando CUARTO la actora señala "...la causa de la desarmonía e incomprensión que se ha presentado en mi hogar, se deriva del hecho cierto que mi nombrado cónyuge señor Patricio Rigoberto Correa ha caído en adulterio ya que hace mucho tiempo ha entrado en amoríos con otra mujer...", adulterio que se ha comprobado con las partidas de nacimiento que obran de fojas 60 y 61 de autos, y que se ha corroborado por parte de los testigos, señores **MARTHA ANTONIETA PARRA LEÓN, ZENEIDA ELENA CHICA FIGUEROA y JANETH ESTEFANÍA SEGARRA CALLE,** hechos que no han sido rebatidos por parte del demandado, quien también ha propuesto excepciones en relación a esta causal, conforme al artículo 124 inciso tercero que prescribe que en relación a ella, se debe tomar en cuenta "…desde que cesó el hecho constitutivo de la causa", lo que a criterio del demandado debería considerarse desde el 31 de septiembre del año 2011" en que se ha probado que la actora abandonó el hogar; sin embargo, tal exposición no puede considerarse como fecha de cesación de los hechos por los que se alega la actitud hostil, ya que no se alegan golpes ni insultos o agresiones verbales que se hayan inferido por parte del demandado y que pueda decirse ya no se escuchan o padecen más por la separación física; pues conforme ha establecido en los hechos invocados por la actora, y con los que se ha delimitado su demanda son: que la señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** conoció, conoce y aún es parte de su vivencia personal que su todavía cónyuge y demandado, señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA** cometió adulterio y que ha procreado dos hijos con esta "otra mujer", con quien mantiene convivencia en la actualidad, hechos que le provocan humillación y malestar y que se encuadran dentro de la causal invocada de actitud hostil, pues no por encontrarse viviendo en dos lugares distintos puede borrarse de la memoria de sus amigos, vecinos y familiares ni de ella misma, que aún se encuentra casada con quien cometió adulterio, y que esto puede considerarse como reiterado, que sucede de manera repetida, y con lo que se señala que han probado "...las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges que imposibilita el que lleven una vida matrimonial normal,..."[3], que le ha llevado a la actora a salir del hogar conyugal y que se ha señalado cuáles son los hechos concretos que han provocado la falta de

[3] Exp. 91-98R.O. 315, 12 V-98

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

armonía de los cónyuges que imposibilitó la vida matrimonial, quebrantando la ***afectio conyugalis;*** por lo que, apreciando en conjunto la prueba aportada, de acuerdo a las reglas de las sana crítica, se ha llegado al convencimiento de que la demandante ha justificado los fundamentos de hecho y de derecho de su acción, en relación con la causal de actitud hostil invocada, ya que los hechos narrados y el derecho invocado están en íntima relación, y por ende, llevan a la convicción de que efectivamente el señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA** ha actuado de manera hostil en contra de su cónyuge, al haber incurrido en adulterio y mantener esta situación hasta la actualidad, provocando la quiebra de los fines del matrimonio. No se analiza la prueba testimonial en relación al tiempo en que se habría constituido una unión de hecho entre los ahora cónyuges, ni de los bienes que se habrían adquirido en la presunta sociedad de bienes, por no ser materia de esta acción que es de divorcio; **SEXTO.- OPINIÓN DE LA HIJA PROCREADA EN EL MATRIMONIO.** Conforme señala el artículo 108 inciso 2.o del Código Civil, en la audiencia de conciliación de fecha quince de octubre del año dos mil trece, que se encuentra fojas 40, se verificó la presencia del curador ad-litem designado, señor **TORIBIO ABELARDO JARAMILLO RIVAS,** en el que emitió su pronunciamiento en representación de su pupila: niña NN, en esta causa jurisdiccional en la que se debaten asuntos que les interesan, conforme al artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y conforme se desarrolla en la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, en que se explica cuál es el rol de los representantes *ad-hoc* en los litigios judiciales de divorcio; y por ende, llega a conocimiento de esta autoridad cuál es su criterio y opinión en relación con la tenencia, los alimentos y el régimen de visitas, que será tomado en consideración en la decisión que se pronunciará; **SÉPTIMO.- ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN SOCIOECONÓMICA DE LA HIJA COMÚN.** El artículo 115 del Código Civil señala que para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos, señalando además que "…Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por muto consentimiento...", lo que nos remite a la norma del artículo 108 ibídem que señala que en la misma audiencia de conciliación se resolverá la situación socieconómica de los hijos; por lo que convocada la audiencia de conciliación en fecha quince de octubre del año dos mil trece, que se encuentra a fojas 40 del expediente, a la que comparecieron ambas partes procesales con el curador *ad-lítem* designado (fojas 15), diligencia en la que se arribaron a acuerdos conciliatorios relacionados con la situación socioeconómica de la niña NN, cuyo contenido es el siguiente: **a)** En relación con la tenencia, o amparo y protección de la niña habida en el matrimonio NN, se acordó que la citada niña continúe bajo el amparo y protección de su progenitora, la señora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO,** y no habiendo indicios de que esto sea contraproducente a los intereses y estabilidad emocional de la niña NN, se estará a lo que dispone el artículo 106 numeral 1 del Código de la Niñez y adolescencia; **b)** En el punto referido a la alimentación, se tiene en cuenta que el demandado ofrece y la actora acepta que se fije pensión alimenticia por el valor de $ 100,00 además de los "agregados comunes" que señala ha aportado regularmente; **c)** En relación al régimen de visitas, se está acordado por las partes procesales que consideran adecuado un régimen de visitas abierto, lo que permitirá que se mantenga el nexo efectivo entre padre e hija como elemento indispensable del desarrollo emocional de la niña **NN.** Por las consideraciones ya expuestas y acorde a disposiciones establecidas en el artículo 76 numeral 1, art. 69, art. 44, art 45 de la Constitución de la República del Ecuador, el art. 110 numeral 11 inciso 2.° del Código Civil, art. 1, 2, 3, 4, 5, 15, 16 y 42 de LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, la suscrita **JUEZA DE FAMILIA MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE EL ORO "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", a)** Acepta y declara con lugar la demanda; y, en consecuencia, declara disuelto por divorcio, el matrimonio que une a la actora **ANA MARÍA JARAMILLO TORO** con el demandado **PATRICIO RIGOBERTO CORREA,** celebrado en el cantón Machala, provincia de El Oro, el 8 de enero del año 2003 e inscrito en el tomo 1, página 7, acta 7 del libro de inscripción de matrimonios correspondiente al mencionado cantón y al

indicado año; **b)** Se dispone que la niña NN, continúe bajo el cuidado y protección de su señora madre: **ANA MARÍA JARAMILLO TORO; c)** En relación con el régimen de visitas, se acepta el régimen de visitas abierto a favor del señor **PATRICIO RIGOBERTO CORREA;** quien podrá visitar a la niña **NN,** en cualquier día y hora sin que ello implique afectación a sus actividades cotidianas; d) En cuanto a la pensión alimenticia, se fija como pensión definitiva la cantidad de $100,00 (cien 00/100 USD), más beneficios de ley e incrementos salariales a favor de su hija NN pagaderos por mesadas adelantadas y conforme los dispone el art. innumerado 8 en relación con el art. Innumerado 14 de la Ley Reformatoria del Título V del Libro segundo del Código de la Niñez y Adolescencia desde el mes de agosto del 2013. Para tal efecto, que el demandado deberá depositar dichos valores en la cuenta de ahorros No. XX del BANCO NACIONAL DE FOMENTO, a nombre de la actora, donde deberán realizarse sus depósitos de pensiones, cuyo certificado de depósito, constituirá prueba para demostrar el pago o la falta de éste, de la pensión de alimentos a favor de la beneficiaria/o o de quien legalmente lo represente, acorde a lo dispuesto en el art. innumerado 14 del referido cuerpo legal, y sin perjuicio del derecho de las partes para solicitar aumento y reducción de los alimentos, esta pensión alimenticias automáticamente se indexará dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, considerando además el índice de inflación publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC) en el mes de diciembre del año inmediato anterior y en el mismo porcentaje en que se aumente la remuneración básica unificada del trabajador en general. Que pasen los autos a Pagaduría, a fin de que registre lo aquí resuelto y se aplique la indexación correspondiente al año 2014. Ejecutoriada esta sentencia, inscríbase la misma en el Registro Civil del cantón Machala, para lo que se notificará a quien representa a esa dependencia. Confiérase por Secretaría las copias fotostáticas certificadas, para el trámite administrativo. Se cumplirá con lo previsto en el inciso final del art. 128 del Código Civil. No se concede el derecho real de uso y habitación por haberse justificado existencia de único bien conyugal. Sin costas ni honorarios que regular. Dése cumplimiento establecido en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. **Cúmplase y notifíquese.**

f) Dra. Isela Ordóñez Muñoz, Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (E)

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio No. 2013-0680

Jueza Ponente: Ab. Cecilia Grijalva Álvarez

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Machala, martes 30 de septiembre del 2014, las 17:02.

VISTOS: Para resolver el RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto por el demandado señor PATRICIO RIGOBERTO CORREA, respecto de la sentencia dictada por la señora Jueza Cuarta de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro, dentro del juicio de divorcio, causa signada con el nro. 0680-2013, seguido por la señora ANA MARÍA JARAMILLO TORO, se realiza el siguiente análisis:

PRIMERA.- ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto del 2013, a las 10h08, la señora ANA MARÍA JARAMILLO TORO, presenta la demanda el divorcio en contra del señor PATRICIO RIGOBERTO CORREA, fundamentándose en el numeral uno y tercero del artículo 110 del Código Civil, en cuyo libelo, en el numeral QUINTO, indica: "En el mes de septiembre del año 1989 mediante unión libre un hogar de hecho con el señor PATRICIO RIGOBERTO CORREA, cuyo hogar lo construimos y lo establecimos en este cantón Machala en la calle Juan Montalvo y Onceava Norte, esquina de una manera ininterrumpida. Dentro de nuestro hogar el 17 de agosto de 1991 nació nuestra primera hija ANA ESTEFANÍA CORREA JARAMILLO, el 5 de junio de 1995 nació nuestro segundo hijo DAMIÁN PATRICIO CORREA JARAMILLO; posteriormente el 8 de enero de 2003 ante el Jefe del Registro Civil del cantón Machala, después de más de 13 años de unión libre, contraje matrimonio con el padre de mis hijos Patricio Rigoberto Correa; y, luego el 18 de junio del 2004 nace nuestra tercera hija NN, actualmente menor de edad. Si bien dentro de nuestro hogar en un comienzo reinó la paz, la comprensión y

armonía, pero con el paso de los años se presentó la desarmonía y los inconvenientes en nuestro hogar, haciéndose presente en nuestro hogar la incomprensión, la intranquilidad y la desarmonía de las dos voluntades dentro de la vida matrimonial, que denotaba claramente un estado habitual de falta de armonía y comprensión dentro de nuestro matrimonio, caracterizada por la actitud hostil y agresiva de mi nombrado cónyuge hacia mí. Señor Juez la causa de la desarmonía e incomprensión que se ha presentado en mi hogar, se deriva del hecho cierto que mi prenombrado cónyuge señor Patricio Rigoberto Correa ha caído en adulterio ya que hace mucho tiempo, con quien ha formado otro hogar y ha procreado inclusive dos hijos..., durmiendo fuera del hogar..., forzándome de una manera violenta y agresiva para que mantenga relaciones sexuales contra mi voluntad..., por sus amenazas tuve que solicitar una boleta de auxilio a la Comisaria de la Familia y la Mujer… y abandonar con justa causa mi hogar..., con abstención e inexistencia total de relaciones maritales y conyugales...". En la audiencia de conciliación llevada a efecto el día 15 de octubre del 2013, a las 16h24, el demandado se excepciona."...que no me allano a las nulidades producidas hasta la presente fecha y que obran en el proceso tales como la designación de curador sin contar con el conocimiento de la parte demandada, es decir sin que se haya citado al demandado, además del error de forma producido en el acta de posesión del curador, además de la prohibición de enajenar que sin respetar lo dispuesto en la normativa procesal se ha ordenado sin que se haya trabado la litis… la narrativa de los hechos y la fundamentación de derecho expuestos en la demanda por su falta de claridad no debió ser calificada debido que no se determina cuando inició y cuando culminó la unión de hecho... pese a todo ello niego los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda e interpone las siguientes excepciones: El fundamento para el divorcio se basa en la causal primera y tercera del artículo 110 del Código Civil de lo cual alego la caducidad y prescripción..." El día viernes 11 de abril de 2014 a las 15h49, la señora Juez Cuarta de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de El Oro, emite su sentencia, que en su numeral CUARTO, indica: "En la especie, la demandante invoca para la terminación del matrimonio por divorcio, las causales primera y tercera contenidas en el artículo 110 del Código Civil Codificado, ...siendo que para el primero de las causales señala que su cónyuge procreó hijos con otra mujer encontrándose casada con la actora. En relación con la otra causal indica que su cónyuge la ha prodigado trato hostil y agresivo, derivado de la relación extramatrimonial de su esposo por las que recibió humillaciones... que forzada a tener relaciones en contra de su voluntad. Que se infiere en la causa sub examine; la subcausal que se invoca es la actitud hostil y conforme a la evolución de la Corte Nacional de Justicia esta actitud hostil debe tener carácter de reiterada, sino que debe probarse fehacientemente en qué consisten dichas actitudes y la reiteración con que están se han materializado y que hayan provocado la falta de armonía en la relación conyugal, quebrantando la afectio conyugales...", para posteriormente en el numeral QUINTO resolver indicando que al apreciar en conjunto la prueba aportada, de acuerdo a las reglas de las sana crítica, se ha llegado al convencimiento de que la demandada ha justificado los hechos y de derecho de su acción, en relación con la causal de actitud hostil invocada, por lo que resuelve declarar con lugar la demanda; y, en consecuencia, declara disuelto por divorcio. Inconforme con la sentencia, el demandado, interpone recurso de apelación, mediante escrito de 15 de abril de 2014, aceptada la apelación por el señor Juez, por lo que y para resolver, se considera:

SEGUNDO.- COMPETENCIA DE LA SALA

Mediante Resolución nro. 105 de fecha 26 de agosto de 2013, se nombra a los integrantes de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mientras que conforme la resolución nro. 173, de fecha 05 de noviembre de 2013, el Pleno del Consejo de la Judicatura, en los artículos 1 y 2, crea la Sala y otorga la competencia para conocer en segunda instancia los procesos de familia, en base a lo cual estamos plenamente facultados para conocer la causa. Luego del correspondiente sorteo en la Sala, se ha conformado el Tribunal con los señores Jueces Provinciales Ab. Elizabeth Gonzaga Márquez, Dr. Carlos Cabrera Palomeque mismo que por encontrarse de vacaciones lo reemplaza el Dr. Arturo Márquez Matamoros, mediante acción de personal No. 1808-CJO-2014 y Ab. Cecilia Grijalva Álvarez (ponente).

TERCERO.- PERTINENCIA DEL RECURSO

De conformidad con el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, a las Salas de las Corte Provinciales, les corresponde: "Conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación y nulidad, incluso los que provengan de sentencias dictadas en procesos contravencionales y los demás que establezca la ley".

Dentro de los derechos de protección consagrados en el artículo 76.7. m.) de la Constitución del Ecuador, se establece que 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: "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobres sus derechos".

Por su lado el artículo 323 del Código der Procedimiento Civil dice que: "Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al Juez o Tribunal Superior, para que revoque o reforme su decreto, auto o sentencia del inferior".

Mientras que el artículo 324 del mismo cuerpo legal dispone que: La apelación se interpondrá dentro del término de tres días; y el Juez, sin correr traslado ni observar otra solemnidad, concederá o negará el recurso. No se aceptará la apelación, ni ningún otro recurso, antes de que empiece a decurrir el término fijado en el inciso anterior, salvo lo dispuesto en los artículos 90 y 306".

De la revisión del escrito de interposición del recurso de apelación, se colige que el mismo ha sido presentado dentro de los tres días que las partes tenían para hacerlo, en tal razón y por las circunstancias ya esgrimidas, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre el recurso interpuesto.

CUARTO.- VALIDEZ PROCESAL

Conforme la potestad de ejercer el control constitucional y legal, revisado el trámite, este se ha sustanciado con arreglo a las normas procesales, por lo que se declara su validez, tanto es así que incluso las partes no han aducido expresamente nulidad alguna.

QUINTO.- PUNTOS A LOS QUE SE CONTRAE EL RECURSO EL DEMANDADO

El recurrente al presentar su escrito de impugnación, ha señalado: "...2. No es posible que en pleno conocimiento del derecho, Usía haga uso del menos precio legal y no considere lo dispuesto en el art. 124 del Código Civil, pese a que la excepción de prescripción de la acción fue alegada en la contestación a la demanda, lo cual, lejos de fortalecer su sana crítica, lo que hizo fue prevaricar al actuar contra normas expresa. //3. La actora en su demanda determina que las causales que se ampara son la 1° y 3° actitud hostil...; y, en el acápite tercero del numeral QUINTO, con claridad expresa que la "desarmonía e incomprensión... se deriva del hecho cierto que mi nombrado cónyuge PATRICIO RIGOBERTO CORREA ha caído en adulterio" y más adelante expresa que "abandono de hogar que lo realicé con justa causa el día 31 de septiembre del 2011..."; y, la demanda la presentó el 26 de agosto del 2013, la misma que ha sido calificada el 04 de septiembre del 2013, si se colige desde las precitadas fechas, ya había transcurrido exactamente 1 año más 11 meses y 26 días. El artículo 124 del Código Civil ecuatoriano determina: "La acción de divorcio prescribe en el plazo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales 1.°, 5.° y 7.° del artículo 110, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate; y "Por los numerales 3.°, 4.°, 8.° y 9.°, desde que cesó el hecho constitutivo de la causa"...es decir desde que ella abandonó el hogar, sin causa o con causa, pero lo abandonó y ahí cesó el hecho constitutivo.-//".

SEXTO.- ANÁLISIS

Para iniciar el análisis respecto al recurso de apelación interpuesto es imprescindible remitirnos a los puntos o fundamentos sobres los que se centra la apelación, en ese sentido, la parte demandada a fojas 94 de los autos, dice que la jueza aquo no ha observado el artículo 124 la norma sustantiva civil alegada como excepción por el demandado. Analizada la resolución emitida por la juez, cuyo fallo ha sido recurrido, se establece que en efecto, esta ha aceptado en forma expresa la excepción formulada, concluyendo que "ha prescrito la causal de adulterio"; pese a ello, la jueza en referencia, al continuar con el análisis de los argumentos de la demanda y la prueba aportada en ese sentido, continúa refiriéndose a la causal de adulterio, haciéndolo en forma indirecta, según se desprende del análisis en referencia, tal como nos permitimos transcribir las partes pertinentes de la parte razonada de la juez de primer nivel: «...adulterio que se ha probado con las partidas de nacimiento que obran de fojas 60 y 61 de los autos, y que se ha corroborado por parte de los testigos, MARTHA ANTONIETA PARRA LEÓN, ZENEIDA ALENA CHICA FIGUEROA Y JANETH ESTEFANÍA SEGARRA CALLE, hechos que no han sido rebatidos por parte del demandado, quien también ha propuesto excepciones en relación a esta causal, conforme el artículo 124 inciso tercero que prescribe que en relación a ella, se debe tomar en cuenta…» como se evidencia en la cita, y ya lo dijimos, no solo se considera la prueba sobre la cual la misma jueza ya se pronunció sobre su improcedencia por cuando la causal de adulterio ha prescrito, sino que paladinamente lo vuelve a reconocer como sustento de su análisis respecto a su otra causa; más aún, respecto al tema la indicada

Jueza realiza una valoración apartándose de la sana crítica y cayendo en una elucubración que no es procedente en la redacción o argumentación de una sentencia, tal como nos permitimos citar en la parte correspondiente: "...con quien mantiene convivencia en la actualidad, hechos que le provocan humillación y malestar y que se encuentran dentro de la causal invocada de actitud hostil, pues no por encontrarse viviendo en dos lugares distintos puede borrarse de la memoria de sus amigos, vecinos y familiares ni de ella misma, que aún se encuentra casada con quien cometió adulterio, y que esto puede considerarse como reiterado que sucede de manera repetida, y con lo que se señala que han probado..."; este proceder de la señora Jueza se contrapone con lo que el art. 129.3 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere a: resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial, en esta parte del análisis, resulta coherente, relacionar la actuación que estamos refiriendo con la garantía constitucional de la seguridad jurídica artículo 82: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamentá en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. El contenido de esta disposición constitucional se traduce en la certeza del derecho, de conocer lo que está prohibido, lo que se manda cumplir.

La naturaleza jurídica del principio constitucional a la seguridad jurídica está dada por el hecho de dejar de lado la arbitrariedad, salvaguardar la armonía del sistema jurídico, de observar las formalidades del debido proceso, de no limitar el derecho a la defensa, de motivar las sentencias, resoluciones o fallos de autoridad pública administrativa o judicial, de recurrir de los mismos en todo procedimiento, del acceso a la administración de justicia, de obtener la tutela efectiva de los derechos, constituye la garantía de que el ordenamiento jurídico es aplicado de manera objetiva, de tal forma que el Estado garantice a los ciudadanos el respeto de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, y que los mismos no serán violentados en el futuro, por ninguna persona, incluyendo a las autoridades administrativas, judiciales o particulares.

La Corte Suprema se ha referido al tema a través de diversas resoluciones señalando que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquella proposición una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado, y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a los nuevos postulados constitucionales se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinada previamente; además de ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional". Del análisis que antecede se puede concluir que es inaceptable el análisis realizado respecto a la causal de actitud hostil, relacionándolo con hechos que circunstancias de prueba que son improcedentes por estar correctamente excepcionados y aceptados como inaplicables por estar prescritos. A más de que, tomando en consideración el contenido de la demanda donde la actora al incoar su pretensión en el numeral QUINTO, indica: "... por lo que me vi obligada a fin de librarme de la actitud hostil de mi cónyuge Patricio Rigoberto Correa hacía mí, por agresiones verbales, físicas y sexuales, que se iban profundizando y agravando..., por lo que me vi obligada a abandonar con justa causa mi hogar ubicado en la dirección inicialmente anotada… abandono de hogar que lo realicé con justa causa el día 31 de septiembre del 2011, viviendo desde dicha fecha cada quien por su lado y en lugares diferentes, con abstención e inexistencia total de relaciones maritales y conyugales...". Si consideramos las pre-indicas (sic) fechas y las comparamos con la de la presentación de la demandada el 26 de agosto del 2013 la misma que ha sido calificada el 04 de septiembre del 2013, nos lleva a concluir que efectivamente han transcurrido 1 año más 11 meses y 26 días, desde que la accionante no recibe agravios de su cónyuge, por cuanto ya no viven juntos, ya no hay habitualidad de los actos, no hay convivencia; lo que ha dado lugar a la prescripción de la causal establecida en el numerales 3 del artículo 110 (sic)del Código Sustantivo Civil, tal como lo establece el artículo 124 del Código Adjetivo Civil, lo que la hace improcedente, tanto más que revisada la prueba aportada en ese sentido se estable (sic) que la parte actora ha presentado los testigos MARTHA ANTONIETA PARRA LEÓN, ZENEIDA CHICA FIGUEROA Y JENNETH ESTEFANÍA SEGARRA CALLE, quienes deponen de acuerdo al interrogatorio formulado para el efecto constante a fojas 44 y vuelta, del cual la única pregunta

que podría tener relación con 1.° causala analizada dice: i) ¿Verdad que usted sabe y le consta que para protegerme de las agresiones y actitud hostil de mi cónyuge Patricio Rigoberto Correa, tuve que abandonar mi hogar con justa causa el 30 de septiembre del 2011 para irme a vivir a casa de mis padres aquí en Machala?; al respecto los indicados testigos en el orden que fueron referidos responden, la primera a fojas 48- Si me consta; la segunda fojas 50- Si; y la tercera a fojas 52- Si; con esta sola pregunta y con la calidad de respuesta recibida, no se puede sostener que se ha probado conforme a derecho la causal de actitud hostil, máxime que la Ex Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional en reiterados fallos ha orientado el criterio de la prueba simplista, en el sentido que las contestaciones en los interrogatorios para demostrar hechos alegados y para que estos sean apreciados como tales ha expuesto que no se pueden considerar si los testigos se limitan a responder afirmativamente con la palabra si, en interrogatorios direccionados, esto es la pregunta preparada para que el testigo responda en el sentido positivo, que es precisamente lo ocurrido en el caso analizado, razón valedera por la que no se debió considerar esta prueba como tal; y al ser este el único elemento a considerarse, sencillamente se concluye que no se ha probado conforme a derechos los hechos alegados, tal como lo exige el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

Por lo antes expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** en los términos de este pronunciamiento, expide la siguiente:

SENTENCIA

1.- Acepta el recurso de apelación interpuesto por el señor Patricio Rigoberto Correa y se revoca la sentencia de la Jueza de primera instancia.

2.- Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juez de origen, para los fines de ley. **Hágase saber.**

f) Abg. Grijalva Álvarez Clemencia Cecilia, Jueza Provincial; Abg. Elizabeth del Rosario Gonzaga Márquez, Jueza Provincial; Dr. Arturo Márquez Matamoros (E), Juez Provincial.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 2013-0680

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Machala, viernes 17 de octubre del 2014, las 10h34.

VISTOS: Transcurrido el término para que el demandado señor PATRICIO RIGOBERTO CORREA se pronuncie con respecto al recurso horizontal de aclaración y ampliación de la sentencia solicitado por la actora señora ANA MARÍA JARAMILLO, quien en forma inocua en su recurso solo se remite a indicar que: "...Por cuanto la sentencia dictada se encuentra obscura y no se han resuelto varios de los puntos controvertidos materia de la presente litis, tengo a bien, dentro del término legal amparado en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimiento Civil, solicitar aclaración y ampliación de vuestra sentencia dictada...", contenido que al ser revisado demuestra que la recurrente no ha precisado los puntos en que hay oscuridad en la sentencia, para proceder a aclararla; ni ha determinado cuales son los puntos que no se han resuelto en la resolución que cuestiona; todo lo cual no le permite al juzgador establecer la obscuridad de la resolución, y tomar el camino para desentrañar el sentido de la resolución, a fin de que se exprese con nitidez; motivo por el cual, al analizar el contexto del pronunciamiento recurrido, este Tribunal establece que la misma, se encuentra debidamente motivada, que se ha observado lo establecido en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, es decir no se advierten puntos obscuros que dificulten su comprensión, a efectos de aclararla, así como también se ha observado los procedimientos implantados en las normas objetivas propias de cada trámite, no existiendo tampoco nada que ampliar pues se ha resuelto los puntos en que se contrajo la apelación; por lo que no amerita lo solicitado. Una vez en firme el presente auto, remítase el proceso al Juzgado de origen para los fines consiguientes. **Notifíquese.**

f) Abg. Grijalva Álvarez Clemencia Cecilia, Juez Provincial; Abg. Elizabeth del Rosario Gonzaga Márquez, Jueza Provincial; Dr. Carlos Orlando Cabrera Palomeque, Juez Provincial.

VOTO SALVADO

Juicio No. 2013-0680

Juez: Dr. Carlos Cabrera Palomeque

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Machala, viernes 17 de octubre del 2014, las 14h05. VOTO SALVADO DEL DR. CARLOS CABRERA PALOMEQUE.
VISTOS: No me corresponde pronunciarme respecto al pedido de aclaración y ampliación propuesto por la señora ANA MARÍA JARAMILLO TORO, en razón de que no he dictado la sentencia emitida el 30 de septiembre de 2014, a las 17h02, habiéndolo hecho el Juez encargado, por uso de mis vacaciones. **Notifíquese.**
f) Ab. Grijalva Álvarez Clemencia Cecilia, Juez Provincial; Abg. Elizabeth Gonzaga Márquez, Jueza Provincial; Dr. Carlos Cabrera Palomeque, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 255-2014

Jueza Ponente: Rocío Salgado Carpio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, a martes 10 de febrero del 2015, las 11h40.
VISTOS: (255-2014).
1.- ANTECEDENTES.- Ana María Jaramillo Toro, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro (23/08/ 2014), fallo que acepta el recurso de apelación de Patricio Rigoberto Correa y revoca la sentencia de la Jueza de primera instancia que declara disuelto por divorcio, el matrimonio que une a la actora Ana Maria Jaramillo Toro con Patricio Rigoberto Correa. El recurso, es admitido, en auto de 09 de diciembre de 2014, las 16h40, 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, y conjuez nacional, 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 nro. 01-2015 de 28 de enero de 2015. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo previsto en el artículo 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. En virtud del oficio n.o 157-SG-CNJ-IJ, de 05 de febrero de 2015, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, actúa el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, en reemplazo de la doctora María Rosa Merchán Larrea, por estar en goce de licencia.
3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO
3.1.- Al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente acusa: Falta de aplicación del artículo 75; y literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la Republica;

[1] Ver Suplemento del R.O. nro. 38 del 17 de julio 2013

a su criterio la sentencia impugnada, no cumple con el principio constitucional de la motivación, *"porque no valora la prueba actuada al tenor de las reglas de la sana critica como lo establece el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil..."*. Señala que el tribunal *ad quem* no ha considerado la prueba testimonial con la que ha demostrado los fundamentos de hecho y de derecho, conforme lo establece el Art. 113, *ibídem.*

3.1.1.- Añade: *"Si bien se descarta que mi cónyuge no ha cometido adulterio, si he probado que permanentemente mi cónyuge me profería injurias graves, actitud hostil, la falta de habitual armonía de la dos voluntades en la vida matrimonial, tal es así que tuve que salir de mi hogar y a pesar de ello esas agresiones continuaron, la sentencia distorsiona esta verdad, argumentando todo lo contrario, inaplicando la causal 3.a del Art. 110 del Código Civil".*

3.1.2.- Señala que la falta de aplicación del Art. 75 de la Constitución de la Republica, se da por la inaplicación del principio de inmediación, *"(...) por no estar presente el juez de la causa o por no exigir que los testigos den la razón de sus dichos en cada pregunta",* concluye, que el juez de alzada minimiza la prueba testimonial.

3.2.- Bajo la causal tercera acusa, indebida aplicación del artículo 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil. Señala que, en el considerando sexto: *"…mis testigos son minimizados, cuando rinden su declaración, lo hacen dando razones de sus dichos, pero que el curial y el juez que las recibe las simplifica sus respuestas, la falla es del juzgados por la falta del principio de inmediación, inaplicando el Art. 75 de la Constitución de la República"* (sic).

3.2.1.- Sobre la aplicación indebida del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil: *"...no se valora toda la prueba actuada, sino únicamente la que el Tribunal subjetivamente ha decidido valorar como lo hace en el último párrafo del considerando SEXTO",* sin aplicar las reglas de la sana crítica, incumpliendo con su obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

3.3.- Por la causal quinta censura: falta de aplicación del artículo 275 del Código de Procedimiento Civil: *"...la sentencia recurrida, no contiene los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles...";* la norma citada establece que la sentencia debe cumplir con requisitos mínimos y sin embargo la de segundo nivel *"...adolece de error al resolver..."*, pues a su decir al aceptar el recurso de apelación y revocar la sentencia de primer nivel, sin que exista otro pronunciamiento, provoca que no exista resolución alguna, *"...porque no resuelve el fondo del asunto. La sentencia como se encuentra dictada, deja a las partes, perdidas en el limbo, no existirá cosa juzgada ni seguridad jurídica".*

4.- SOBRE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, decisiones 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 desarrollo jurisprudencial fijado 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, 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 que estaba obligado cumplir para rectamente llegar a la verdad. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, busca garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundante 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.- Se advierten serias deficiencias en la fundamentación del presente recurso, sin embargo, una vez admitido, se procede a su análisis. La técnica jurídica recomienda un orden lógico a seguir al momento

de estudiarlas; se iniciará con el análisis de la causal quinta, luego la tercera para concluir con la primera. De prosperar alguna de ellas, este Tribunal queda relevado de continuar con el examen de las demás causales.

5.1.- La recurrente contrae su censura a la falta de motivación. 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 adopten decisiones contradictorias o incompatibles";* este yerro es conocido por la doctrina como *"CASACIÓN EN LA FORMA",* tiene que ver con los vicios que afectan la estructura, la coherencia y congruencia o relación lógica del fallo. Sobre lo primero: *"los requisitos que atañen a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las pretensiones; c) motivación de la sentencia, que configura el tema más amplio y trascendental de estas reflexiones, d) parte resolutiva; e) fecha y firma"* (énfasis fuera de texto) (DE LA RUA, Fernando, "Teoría General del Proceso", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 144); la referencia en cita, da cuenta de la importancia que la doctrina confiere a la motivación, la exigencia de diafanidad en los razonamientos al aquilatar tanto los hechos como el derecho, es considerado elemento estructural de la sentencia.

5.1.1.- Este Tribunal, advierte que el juez plural para fundar su decisión, subsume los hechos en la norma, y concluye expresando su conformidad, cumpliendo apenas con el mínimo legal exigido para la motivación, por tanto el cargo no prospera; sin embargo, este Tribunal recuerda que la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, tiene entre sus características la de impregnar todo el ordenamiento jurídico, es decir: constitucionaliza el derecho; imponiendo una lectura de la regla a la luz de los principios fundantes del sistema normativo. El tratadista Gustavo Zagrebelsky, considera que *"... las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la "maquinización" de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta..."* ("El derecho Dúctil", Trotta, pág. 111), y, añade que para esos casos, bastaría el silogismo jurídico y la subsunción del hecho a la norma, sin embargo esta idea positivista no puede tener cabida en la medida en que el derecho contiene principios, *"La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una "reacción"*, se *"tome posición" ante ésta conformidad con ellos..."* (ob., cit. pág. 111). Consecuentemente, la lectura de la regla debe hacérsela en armonía con los principios y derechos constitucionales, y, debe quedar expresamente consignada en la motivación; esta es la exigencia del nuevo modelo de estado.

5.2.- La causal tercera invocada, se configura 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"*, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la valoración de la prueba, a fin de que prevalezca la estimación que debe hacerse de acuerdo a derecho apartándose de criterios subjetivos en alejamiento de la sana crítica.

5.2.1.- La casacionista alega infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, norma que trata sobre la apreciación de la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica; ahora bien, aun cuando la sana crítica no está definida en ningún texto legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia la entienden como el sistema de valoración de la prueba, que obliga al juez a fallar atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia, prescindiendo de realizar excesivas abstracciones de orden intelectual, por ello la Corte Suprema ha dicho que: *"…se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que a su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso..."*[2]. Advierte la Sala que, si bien los jueces/as de mérito gozan de especial autonomía en la valoración de los medios de prueba, deberán tener cuidado especial para no caer en el arbitrio o el absurdo al prescindir de pruebas esenciales, al considerar pruebas inexistentes o al valorar pruebas inválidas, en caso de que esto ocurra, este Tribunal tiene atribución de advertirlo.

5.2.2.- En el presente caso, la sentencia recurrida señala: *"...como se evidencia en la cita (sentencia de*

[2] Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Nro. 13. Página 4110. Quito, 2 de mayo de 2003.

primer nivel), y ya lo dijimos, no sólo se considera la prueba sobre la cual la misma jueza ya se pronunció sobre su improcedencia por cuando (sic) la causal de adulterio ha prescrito, sino que paladinamente lo vuelve a reconocer como sustento de su análisis respecto a su otra causa (tercera de divorcio),...", remarca desacuerdo con la jueza a quo al contrariar el artículo 129.3 del *"Código Orgánico Integral Penal"(-sic), y la seguridad jurídica, "... es inaceptable el análisis realizado respecto a la causal de actitud hostil, relacionándolo con hechos que(sic) circunstancias de prueba que son improcedentes por estar correctamente excepcionados y aceptados como inaplicables por estar prescritos".*

5.2.3.- En este mismo orden, añade que: *"Si consideramos las pre-indicas (sic) fechas y las comparamos con la de la presentación de la demanda..., nos lleva a concluir que efectivamente han transcurrido 1 año más 11 meses y 26 días, desde que la accionante no recibe agravios de su cónyuge, por cuanto ya no viven juntos, ya no hay habitualidad de los actos, no hay convivencia; lo que ha dado lugar a la prescripción de la causal establecida en el numeral 3 del artículo 110 ... revisada la prueba: los testigos...deponen de acuerdo al interrogatorio... del cual la única pregunta que podría tener relación con la 1.° causal analizada dice: i) Verdad que usted sabe y le consta que para protegerme de las agresiones y actitud hostil de mi cónyuge, tuve que abandonar mi hogar con justa causa el 30 de septiembre del 2011; ... responden, la primera: Si me consta; la segunda –Si; y la tercera –Si; con esta sola pregunta y con la calidad de respuesta recibida, no se puede sostener que se ha probado conforme a derecho la causal de actitud hostil [...]".*

5.2.4.- El tribunal *ad quem* señala que el adulterio probado no puede servir de sustento para la causal tercera de divorcio. Sin embargo la lógica y la experiencia dejan claro que en este caso, esas dos causales no pueden analizarse separadamente una de la otra; la actora en su demanda señala que precisamente la actitud hostil y agresiva, *"...se deriva del hecho cierto que mi nombrado cónyuge ha caído en adulterio ya que hace mucho tiempo ha entrado en amoríos con otra mujer...con quien ha formado otro hogar y ha procreado inclusive dos hijos...",* asunto fijado por el *a quo.* Como consecuencia de ese criterio, el Tribunal de alzada no valora toda la prueba que obra de autos y excluye del análisis la relacionada con el adulterio del demandado por considerarla una causal de divorcio prescrita, concluyendo erróneamente que el 31 de septiembre de 2011, fecha en que la actora sale de su hogar para precautelar su integridad personal, es la fecha en que se pone fin de la actitud hostil; a partir de ese día, según el *ad quem, "...la accionante no recibe agravios de su cónyuge, por cuanto ya no viven juntos, ya no hay habitualidad de los actos, no hay convivencia..."* (el énfasis nos pertenece).

5.2.5.- De autos palmariamente se deduce que la recurrente deja su casa, en procura de condiciones que le permitan ejercer su derecho a una vida digna y libre de violencia, el 31 de septiembre de 2011, cosa que, no ha sido contradicha por el demandado, quien no ha probado el cese de las actitudes hostiles desde esa fecha, pues cuando se excepciona, lo hace solo con relación a la prescripción de la causal, y, si bien registra una fecha para acreditarla, no prueba que desde entonces, las acciones hostiles cesan. Es preciso tomar en cuenta que si bien la acción de divorcio con fundamento en el adulterio, efectivamente, ha prescrito acorde con el artículo 124 del Código Civil, sin embargo, en relación con la causal tercera, el tiempo para la prescripción de la acción, por esos mismos hechos, comienza a contar desde que cesó el hecho constitutivo de la causa.

5.2.6.- Si bien la Corte Suprema de Justicia, en su tiempo, dictó fallos en los que predominaba el convencimiento de que, las injurias graves o la actitud hostil para dar causa al divorcio, deben ser graves, reiteradas, y públicas, producidas dentro de la vida matrimonial[3], este es un criterio inaplicable; toda vez que por un lado, el artículo 138 del Código Civil, dispone que los derechos y obligaciones de los cónyuges subsisten aunque estos por cualquier causa no mantengan un hogar común; por otro, debido a una realidad dinámica, en la que las formas de convivencia ligadas a los cambios, de movilidad humana y avance tecnológico, hacen que estas adquieran las formas más variadas; pero

[3] Expediente 398, Registro Oficial 356, 7 de enero del 2000; Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, Nro. 5 (21-06-2007). Página 1805. Con un criterio diferente se encuentra el expediente de Casación 270, Registro Oficial 9 de 03-may-2005, en donde se señala que una manifestación de hostilidad, que demuestra la falta de armonía y el carácter de grave a las injurias con que las ha tomado el otro consorte, "*es el corto lapso de convivencia cuando habitan en el mismo lugar o cuando son constantes las separaciones*".

sobre todo, en vigencia de un estado constitucional de derechos y justicia.

5.2.7.- En esa línea, investigaciones desde la psicología, dan cuenta que, las diferentes formas de violencia contra las mujeres, no solo que no requieren de convivencia para ser ejercidas sino que constituyen un *continuum*, es decir, el fluir constante de hechos enmascarados que causan efectos severos en las personas que las sufren: depresión, trastorno de estrés postraumático, insomnio, trastornos alimentarios, sufrimiento emocional e intentos de suicidio.

5.2.8.- De otro lado se sabe que el comportamiento de agresión sistemático puede darse por actos u omisiones; para el caso que nos ocupa, se vuelve manifiesto no solo por el adulterio, (a lo largo del tiempo, según prueba testimonial, el demandado convive con otra mujer con quien ha procreado dos hijos, fjs. 48, 50); sino también en las omisiones, toda vez que reiteradamente se incumplen los fines del matrimonio cristalizados en el proyecto de vida en común que se fortalece cotidianamente en el marco de la afectividad, los sentimientos y las emociones gestadas y desarrolladas en la interrelación diaria. **5.2.9.**- Para ilustrar de mejor manera, el Derecho comparado, nos lleva a la jurisprudencia argentina, que no hace diferencia entre la injuria grave y la actitud hostil, sino que considera que la primera abarca la segunda *"El haber tenido un hijo con otro hombre que su marido comporta un hecho autónomo del de adulterio y se subsume en el concepto jurídico de "injurias graves" ya que dicho nacimiento crea una evidencia -o publicidad- permanente de la falta anterior y consistente en el ya mencionado adulterio, a la vez que añade un elemento incisivo de mortificación para el cónyuge ofendido. Puede el adulterio permanecer en cierta reserva y ser probado en juicio; pero el nacimiento de un hijo no es una hipótesis agravada de adulterio sino un hecho independiente"* (énfasis fuera de texto). (CC0102 LP 209272 RSD-209-917-http://www.consejosdederecho.com.ar/127.htm), es decir que independientemente de la prueba del adulterio, el procrear un hijo fuera de matrimonio, se inscribe dentro de la causal "injurias graves", y, el nacimiento de un niño/a constituye un hecho separado del adulterio. Puede entonces, darse el caso de que coexistan las dos causales de divorcio. De otro lado, el tema de las injurias graves, es considerado por la jurisprudencia argentina, como supletorio a la falencia probatoria del adulterio. En el *sub judice,* el juez plural desoye el hecho real del adulterio que como hemos dicho, aunque prescrito como causal para la acción de divorcio, persiste, y sirve como prueba de las actitudes hostiles del demandado.

5.2.10.- La Carta Mayor, sitúa al matrimonio dentro de los derechos de libertad; el numeral 2 del artículo 66 impone el derecho a una vida digna, el numeral tres del artículo en cita, nos lleva al derecho a la integridad física, psíquica, sexual y moral en armonía con el derecho a una vida libre de violencia; subrayando la necesidad de eliminarla en todas sus manifestaciones. Normativa constitucional que junto con instrumentos jurídicos internacionales como la convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; "Convención Belén do Pará ", y, bajo el prisma del artículo 11, numeral 4 de la Constitución *"Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales...",* pueden ser asumidos como regla o principio de interpretación, obligando a los y las juzgadoras a aprehender ese axioma y transformarlo en una proyección hacia la situación concreta. En el caso de estudio, la actitud inmoderada del demandado al tener dos familias, expresa una actitud de violencia psicológica que el estado no puede tolerar.

5.2.11.- En este contexto, constituye obligación del estado ecuatoriano, al haber ratificado la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (1995), tomar las medidas para hacer viable el compromiso adquirido en la erradicación de la violencia. Por tanto, las y los administradores de justicia, en el marco del estado constitucional de derechos y justicia están obligados a velar por la vigencia real de los derechos de las y los ecuatorianos a la luz de los principios y derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

5.2.12.- Por otro lado, la concepción contractual del matrimonio, consigue evocar de forma inmediata *el acuerdo de voluntades*, sustento de todo contrato, del que nacen derechos y obligaciones. En esta misma línea, es útil y oportuno relacionar la lectura del artículo 81 del Código Civil con otros artículos de la Constitución que el constituyente los ha ubicado dentro de los derechos de libertad, a la luz del principio del libre desarrollo de la personalidad, complemento de la autonomía; el inciso segundo del artículo 67, reafirma la necesidad de fundar la unión en el libre consentimiento de las personas contrayentes, en la igualdad de sus derechos, obligaciones y su capacidad legal.

5.2.13.- Finalmente, desde la sociología el divorcio *"[n]o es más que una alternativa funcional que la sociedad pone al servicio de la pareja cuando su relación ha dejado de cumplir los fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real mantener la unión externa..."*[4]. El Código Civil, lo regula dentro de las formas de terminación del matrimonio, como una manera de proteger a sus integrantes y evitar que, el rompimiento, el agotamiento de las relaciones que llevan a la ruptura de la relación y que son causa de conflictos, afecten su integridad, sus derechos de libertad y autonomía en menoscabo de su dignidad.

5.2.14.- El Derecho no puede obligar a dos personas a vivir juntas, lo que hace es regular los efectos de la unión o separación. Imponer a una persona el permanecer unida a otra, en contra de su voluntad anula de manera drástica el ejercicio de sus derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la dignidad en su faceta de autodeterminación y toma de decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del estado o los particulares. Por tanto, carece de toda lógica perpetuar el vínculo matrimonial cuando el proyecto de vida de la pareja ha dejado de ser una meta conjunta. Por lo expuesto esta Sala advierte quebrantamiento de las reglas de la sana crítica aplicables a la valoración probatoria, pues el juicio de hecho contraviene objetivamente parámetros de racionalidad y de objetividad, por tanto el cargo prospera.

6.- DECISIÓN.- Este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** casa la sentencia, y confirma íntegramente la dictada en primera instancia. Sin costas ni multas. **Notifíquese.**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

[4] Labrusse-Riou, Caterine - citado por Pérez Duarte Alicia Elene Derecho de Familia. México. 1990.

III
Resolución nro. 0131-2015
Juicio nro. 0064-2015

Juicio por existencia de unión de hecho propuesto por Mercedes Leticia Araujo Rojas, contra Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Esthephanía Suescum Poma, Michelle Ivanova Suescum Araujo y Bryan Israel Suescum Sotomayor

SÍNTESIS

Comparece la doctora MERCEDES LETICIA ARAUJO ROJAS quien afirma: que el 26 de marzo de 2012, ha fallecido el señor ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo; que desde el mes de julio del año mil novecientos noventa hasta los últimos días de su vida, ha mantenido una relación estable y monogámica de hecho con el ingeniero Suescum Vallejo, o sea por más de veinte años, con quien ha procreado una hija de nombres Michelle Ivanova Suescum Araujo, que actualmente frisa en 20 años de edad; que como tal, se han venido tratando como marido y mujer en sus relaciones sociales, y que así han sido recibidos por parientes, amigos y vecinos, cumpliendo los fines propios dentro de la sociedad de hecho; que, durante ésta, han adquirido el lote nro. 84 manzana 3 del Programa de Vivienda Punzara, parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja; y, un departamento signado con el nro. 6 dúplex, ubicado en el edificio GEMINIS, en la calles Machala s/n entre Guayaquil y Salinas de la parroquia El Valle, cantón y provincia de Loja. Que, el extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, además de la hija procreada con la compareciente, ha tenido cinco hijos llamados: Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Estephanía Suescum Poma y Bryan Israel Suescum Sotomayor (...) Antecedentes con los cuales, y con fundamento en los artículos 222 y siguientes del Código Civil, y 68 de la Constitución de la República, demanda a los señores: VERÓNICA ALEXANDRA, CRISTIAN ALBERTO Y JUAN ANDRÉS SUESCUM JARAMILLO, ARIANA ESTHEPHANÍA SUESCUM POMA, MICHELLE IVANOVA SUESCUM ARAUJO Y BRYAN ISRAEL SUESCUM SOTOMAYOR; a este último por ser menor de edad, se ha pedido se la cite en la persona de su madre y representante legal, Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego; también contra los herederos desconocidos y presuntos, a quienes se ha solicitado se los cite por la prensa local; pretendiendo que, en sentencia, se declare la existencia de la unión de hecho, y de la existencia de la sociedad de bienes, entre: Mercedes Leticia Araujo Rojas y el extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, desde el mes de julio de 1990 hasta el 26 de marzo de 2012. Señala trámite ordinario y cuantía indeterminada.- En este proceso se pone de manifiesto los diferentes y eventuales concubinatos o convivencias que durante su vida mantuvo el ingeniero Suescum, al mismo tiempo, o simultáneamente.- El juez de primera instancia desestima la demanda por falta de prueba.- La Actora doctora Mercedes Leticia Araujo Rojas, presenta recurso de apelación ante la segunda instancia.- Analizado el proceso por el Tribunal expresa que al no haberse probado ninguno de los supuestos indicados de falta de personería no es procedente dicha excepción, de autos se evidencia que la actora ha comparecido por sus propios derechos y es una persona mayor de edad y capaz, no se ha demostrado lo contrario. Se alega falta de personería de la parte demandada, pero esta procede únicamente cuando el compareciente a juicio carece de poder suficiente para representar a otro o de capacidad para comparecer por sí mismo excepción que no se ha demostrado en forma alguna en el proceso. Por todo lo expuesto, la Sala Laboral, Niñez y Adolescencia,

con la documentación y prueba aportada, establece que la actora ha demostrado los fundamentos de la acción planteada. En consecuencia, resuelve revocar el fallo del Juez a quo y por lo tanto, aceptando el recurso de apelación de la parte actora se declara que entre los señores MERCEDES LETICIA ARAUJO ROJAS y RAMÓN ALBERTO SUESCUM VALLEJO, ha existido una unión de hecho, desde el 1 de julio de 1990 hasta el 26 de marzo del 2012, con todos los efectos legales que de ella se deriva.- Verónica Alexandra, Cristian Alberto, Juan Andrés Suescum Jaramillo; Ariana Estephania Suescum Poma y Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que es admitido, en auto de 29 de abril de 2015, por la Sala Especializada de Conjueces de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, analizado el proceso considera que corresponde resolver si: a) Existe arbitrariedad por parte del Tribunal ad quem en la aplicación de la sana critica que contempla el artículo 223 del Código Civil; y b)Si la existencia de relaciones simultáneas de uno de los convivientes per se anula los efectos de la unión de hecho conforme lo contempla el artículo 222 del Código Civil. Como uno de los tantos argumentos importantes de la motivación correspondiente expresa: Afirmar que las relaciones aisladas/esporádicas de una/o de los miembros de la pareja puede ser usada como causal para la inexistencia de la unión es desproteger al o la conviviente que la sufrió negándole el derecho a participar en la sociedad de bienes originada en la misma; sociedad, constituida y administrada a lo largo de ese proyecto común con la inversión afectiva y material de las dos personas, desconociendo los derechos y obligaciones idénticos a los del matrimonio que genera esta unión (artículo 68 CRE) y, con la exigencia de un estándar de singularidad, más alto que el del matrimonio. La Sala en su condición de garante de los derechos, subraya la necesidad de que las relaciones de las y los ecuatorianos tengan como base firme, el respeto a la dignidad, lo que significa superar toda noción de sexismo entre las que se encuentra la doble moral, es decir, la naturalización y aprobación de comportamientos como propios de las mujeres y otros de los hombres los mismos que de darse en una mujer serviría para descalificarla, reforzando con ello viejos prejuicios incompatibles con el momento histórico. NO CASA la sentencia.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio No. 2013-5590

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA TERCERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ ADOLESCENCIA DEL CANTÓN LOJA. Loja, lunes 2 de junio del 2014, las 16h56.

VISTOS: Por el sorteo reglamentario se radicó la competencia en esta Unidad Judicial de la demanda deducida por la doctora MERCEDES LETICIA ARAUJO ROJAS que, en lo principal, afirma: que el 26 de marzo de 2012, ha fallecido el señor ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo; que desde el mes de julio del año mil novecientos noventa, y hasta los últimos días de su vida, o sea el 26 de marzo de 2012, ha mantenido una relación estable y monogámica de hecho con el ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, por más de veinte años, con quien ha procreado una hija de nombres Michelle Ivanova Suescum Araujo, nacida el 29 de abril de 1991, que actualmente frisa en 20 años de edad; que como tal, se han venido tratando como marido y mujer en sus relaciones sociales, y que así han sido recibidos por parientes, amigos y vecinos, cumpliendo los fines propios de todo matrimonio, es decir: vivir juntos, procrear y auxiliarse

mutuamente, dentro de la sociedad de hecho; que, durante ésta, han adquirido el lote nro. 84 manzana 3 del Programa de Vivienda Punzara, parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja; y, un departamento signado con el nro. 6 dúplex, ubicado en el edificio GEMINIS, en la calles Machala s/n entre Guayaquil y Salinas de la parroquia El Valle, cantón y provincia de Loja. Que, el extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, además de la hija procreada con la compareciente, ha tenido cinco hijos llamados: Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Estephanía Suescum Poma y Bryan Israel Suescum Sotomayor (...) Antecedentes con los cuales, y con fundamento en los artículos 222 y siguientes del Código Civil, y 68 de la Constitución de la República, demanda a los señores: VERÓNICA ALEXANDRA, CRISTIAN ALBERTO Y JUAN ANDRÉS SUESCUM JARAMILLO, ARIANA ESTHEPHANÍA SUESCUM POMA, MICHELLE IVANOVA SUESCUM ARAUJO Y BRYAN ISRAEL SUESCUM SOTOMAYOR; a este último por ser menor de edad, se ha pedido se la cite en la persona de su madre y representante legal, Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego; también contra los herederos desconocidos y presuntos, a quienes se ha solicitado se los cite por la prensa local; pretendiendo que, en sentencia, se declare la existencia de la unión de hecho, y de la existencia de la sociedad de bienes, entre: Mercedes Leticia Araujo Rojas y el extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, desde el mes de julio de 1990 hasta el 26 de marzo de 2012. Señala trámite ordinario y cuantía indeterminada. En el auto de calificación de la demanda, el Juzgado que me antecedió en el conocimiento, ha mandado citar a los demandados conocidos, como legalmente se lo ha hecho (fojas 13 y 14); quienes han comparecido en defensa de sus derechos, oportunamente (fojas 15 A y 16); excepto la codemandada Michelle Ivanova Suescum Araujo. También se ha mandado citar a los herederos desconocidos y presuntos, como así se ha cumplido (fojas 29, 40 y 41). En la junta de conciliación (fojas 53), no fue posible que los justiciables arriben a ningún acuerdo que ponga fin a la litis, a la que no asistieron todos, pese a encontrarse legalmente notificados, por lo que se hizo necesario recibir la causa a prueba y evacuar la que obra del proceso. Así agotada la sustanciación, y encontrándose en estado de resolver, al hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Una vez subsanados los vicios de procedimiento y porque no se advierten ningún otro, ni omisión de solemnidades sustanciales de las comunes a todos los juicios e instancias que puedan influir en la decisión principal, se declara la validez de los actuado. **SEGUNDO.-** Entre las excepciones deducidas oportunamente por el demandado, constan las dilatorias de: falta de derecho y legitimación activa de la demandante y falta de personería de la parte demandada, que por su carácter de tal, ameritan de un pronunciamiento de primer orden. Sobre la primera, tenemos: que para el nacimiento válido de un proceso, resulta imprescindible se cumplan con ciertos requisitos básicos, como son: la capacidad procesal, la debida representación y la legitimación en la causa; los mismos que los doctrinarios los identifican como presupuestos procesales, mientras que en nuestra legislación los encontramos como solemnidades sustanciales (art. 346 CPC); cuya inobservancia trae como consecuencias: o la nulidad procesal o que el juzgador se vea impedido de emitir una sentencia de fondo, según corresponda en cada caso. Sobre tal excepción, encontramos un concepto que sintetiza toda la evolución doctrinaria, elaborado por la Ex Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto en más de tres fallos de triple reiteración, que dice: "la falta de legítimo contradictor o mejor llamada legitimación en la cusa o *'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 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" (Resolución nro. 484-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Reg. Of. nro. 333, 7 XII-1999); acepción jurídica que guarda plena armonía con lo determinado en los artículos 286 y 297 del Código de Procedimiento Civil, que prevén: que las sentencia y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, y que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de la partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho (...) De otra parte, la robusta jurisprudencia sentada por el mismo órgano de justicia, advierte: "...no existe debida legitimación en la causa (legiimatio ad causam o falta de legítimo contradictor) en dos casos: a) Cuando el demandante o demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas

pretensiones o contradecirlas; b) Cuando aquellos debía ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso..." (Reg. Of. nro. 257 de 18 de agosto de 1999). En cuanto a la falta de personería que también alega, esta ese verifica por incapacidad legal o falta de poder, conforme lo advierte el art. 100 del Código de Procedimiento Civil. En la especie, la parte demandada no ha probado ni obra de autos ninguna de estas excepciones, quedando como meros enunciados. No obstante, habiendo negado también los fundamentos de la demanda, era obligación del actora probar sus afirmaciones, de conformidad con lo señalado en el art. 113 del cuerpo legal últimamente invocado. **TERCERO.-** Con ese fin, hizo los siguientes aportes: 3.1. Partida de defunción de quien en vida fuera Ramón Alberto Suescum Vallejo, acaecido en la parroquia el Valle del cantón y provincia de Loja, el 26 de marzo de 2012 (fs. 3) 3.2. Partida de nacimiento de su hija Michelle Ivanova Suescum Araujo, procreada con Ramón Alberto Suescum Vallejo y nacida en esta ciudad el 29 de abril de 1991 (fojas 4); 3.3. Certificados de los bienes registrados a nombre de Suescum Araujo Ramón Alberto, divorciado, cuáles son: un inmueble signado con el nro. 84 manzana 3 del Programa de Vivienda denominado Punzara, perteneciente a la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, inscrito bajo el nro. 2511 el 25 de agosto de 1992; un departamento dúplex signado con el nro. 6 del Edificio Géminis, ubicado en la calle Machala, entre Guayaquil y Salinas de esta ciudad, inscripción nro. 001622 del 19 de marzo de 2010 (fojas 5 y 6); 3.4. Declaraciones de los testigos: Alicia Guadalupe Izquierdo, Emelinda María Minga Minga, Sandra Isabel Yaguache Maza, Luz Carmita Picoita Navarro y Nury Alexandrova Uchuari Malla, quienes interrogadas que fueron de acuerdo al cuestionario de fojas 82 y 83, de una u otra forma coincidieron en afirmar los hechos siguientes: que conocen a la doctora Mercedes Araujo y a su extinto esposo el ingeniero Ramón Suescum, desde hace muchos años; que les consta que este último falleció el 26 de marzo de 2012; que les consta que ellos convivieron como esposo desde el año 1990 hasta el fallecimiento del ingeniero Suescum en marzo de 2012, en su domicilio ubicado en la calle Manuel Zambrano entre Cuba y Malvinas de esta ciudad; que los conocieron y se presentaron ante la sociedad, amigos y familiares como marido y mujer; que procrearon a su hija Michelle; que el señor Zoilo Suescum padre del ingeniero Ramón Suescum, también vivía con ellos; que siempre se los ha visto juntos hasta el fallecimiento de su marido, y que ella lo asistió en su enfermedad a su marido hasta que ha muerto, a quien la encontraron en SOLCA y en el IESS donde se encontraba internado; 3.5. Tres CD (s) y varias tarjetas de amor con leyendas: de Alberto para Mercedes; varias fotografías en diferentes eventos sociales y familiares (fojas 115-132). Sobre estos medios de prueba, la perito, informó sobre las observaciones y visualizaciones que singulariza, de las personas que constan tanto en los CD (s) cuanto en las fotografías sobre varios eventos, concluyendo que estas últimas son reales (fojas 321 y 322) en el que se ratifica a fojas 329; empero, si se tiene en cuenta que la demandante ha descuidado probar la identidad de las personas que constan en estos medios de prueba, las fechas captados en cada evento, y que han sido impugnados por la parte demandada, resultan inadmisibles como tales; 3.4. Un libro de la autoría de Jorge Hugo Rengel, con la leyenda: "A la Dra. Mercedes Araujo Rojas de Suescum. Con toda consideración" y una rúbrica ilegible (fojas 135); 3.5. Partida de defunción del extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, partida de matrimonio de este último, partida de matrimonio de Mercedes Leticia Araujo Rojas, a través de las cuales se evidencian que de estado civil divorciados; y la partida de nacimiento de su hija común de nombres Michelle Ivanova Suescum Araujo, nacida en esta ciudad el 29 de abril de 1991 (fojas 210-213); 3.6 Partida de matrimonio de: Jairo Paúl Orellana Suing y Gladis Maritza Poma Coronel, acaecido en esta ciudad el 24 de octubre de 1995 (fojas 215) certificado de bautismo de Suescum Araujo Michelle Ivanova, que ha tenido lugar en el Templo del Perpetuo Socorro, en fecha 24 de diciembre de 1996 (fojas 216);copias notariadas de las libretas de calificación, de los estudios básicos cursados por Suescum Araujo Michelle Ivanova, en la Unidad Educativa Alonso de Mercadillo y cuadro de abanderados, donde se observa una fotografía de una niña donde se lee "Michelle Ivanova Suescum Araujo Abanderada" (fojas 217-224); certificación del 18 de abril de 2012, sobre: que Michel Ivanova Suescum Araujo, en representación de su extinto padre Dr. Alberto Suescum, ha procedido a hacer la entrega de activos fijos y bienes no depreciables en la Dirección Provincial de Salud de Loja, donde ha laborado (fojas 225-228); copias de exámenes de laboratorio de Ramón Suescum (fojas 229-234);

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

comprobante de egreso del Hospital Clínica San Agustín, donde ha estado interno Suescum Vallejo Ramón Alberto, de fecha 19 de octubre de 2011, y registra como como dirección: "Manuel Zambrano y Cuba" y se puede ver una firma donde se lee "Mercedes Araujo" (fojas 235 y 36); boleta de notificación de la sentencia de divorcio del extinto Ramón Alberto Suescum Vallejo, de fecha diciembre catorce de mil novecientos ochenta y nueve (fojas 237-238); certificación privada conferida por el Dr. Luis Fernando Roca Dávila, y su anexo en copia simple que, al no estar reconocida, e impugnada por la contraparte, resulta inaceptable como medio de prueba (fojas 239 y 240); por la misma razón, tampoco se admite como prueba la tarjeta de invitación de fojas 241, tanto más que no tiene firma de responsabilidad alguna; comprobantes de los pagos que ha venido haciendo el ingeniero Alberto Suescum, al Programa de Vivienda "Empleados Predesur", Urbanización "Yagurcuna" (fojas 242-288); 3.7. Certificaciones: sobre los inmuebles registrados a nombre de Suescum Vallejo Ramón Alberto, a los que ya nos referimos anteriormente (fojas 314-316); del Consejo Nacional Electoral, que da cuenta; que la ciudadana Suescum Jaramillo Verónica Alexandra, mantiene su domicilio electoral desde el año 2008 hasta el 2014, en Catamayo, parroquia y cantón del mismo nombre de la provincia de Loja (fojas 317); de GÉNESIS Administradora de Fondos, que en su parte pertinente, dice: "Por el fallecimiento del afiliado SUESCUM VALLEJO RAMÓN ALBERTO con C.C. XX, se generó un monto de indemnización de USD $15.120.00 valor que fue entregado en el 2012 a la madre de su único beneficiado, el menor Suescum Sotomayor Bryan..." (fojas 319); del Dr. Fernando Roca, odontólogo, quien da cuenta que el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, ha recibido tratamiento odontológico a partir del 04 de diciembre de 2008 hasta el 21 de julio de 2011; a la que adjunta copia de la historia clínica, en la que dicho paciente consta como de estado civil casado y la Dra. Mercedes Araujo como "Esposa" (fs. 324 y 325); y, del Banco de Loja, que informa: que Suescum Vallejo Ramón Alberto mantiene la póliza nro. 41663, expedida el 23 de enero de 2012, fecha de vencimiento 23 de abril de 2012, por $ 18.536.61 a una tasa de interés del 4.50; que se encuentra vencida porque su titular no la ha renovado ni cancelado (fojas 337 y 338); **CUARTO.-** De su parte, la codemandada Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, en su condición de madre y representante legal de su hijo el menor Bryan Israel Suescum Sotomayor, ha incorporado al proceso los siguientes justificativos: 4.1. Un sobre con fotografías (fojas 6) que resultan inadmisibles como medios de prueba, al no haber sido reconocidas en forma alguna, y porque fueron objetadas por la contra parte; 4.2. Partida de nacimiento del adolescente Bryan Israel Suescum Sotomayor, nacido el 21 de abril de 1999, hijo de Ramón Alberto Suescum Vallejo y Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego (fojas 62); 4.3. Facturas por diferentes conceptos (artículos de librería y ropa), correspondientes al año 2009, a nombre de Ramón Alberto Suescum, en las que consta como dirección: "José Antonio, Eguiguren y Lauro Guerrero" en esta ciudad (fojas 63-56); 4.4. Certificaciones de la Unidad Educativa Militar Tcrn. Lauro Guerrero", que dan cuenta: que desde el tercero a séptimo año del período educativo en la Unidad Básica (2006 a 2013), los padres del cadete Bryan Israel Suescum Sotomayor, siempre han estado pendientes del proceso académico, disciplinario y emocional; y que, el representante del mismo ha sido el Ingeniero Suescum Vallejo Ramón Alberto (fojas 66 y 67); 4.5. Testimonios de los señores: Patricia Isabel Pineda Pintado, Carla Guadalupe Yaguana Elizaldes, Oliva Gaona Rojas, Alba Amada Ochoa Peláez y Carmelo Alberto Guamán Camacho, quienes interrogados que fueron conforme al cuestionario de fojas 68 y 68 vuelta, fueron coincidentes al sostener, de una u otra forma, los siguientes hechos: que conoce de varios años a la señora Ketty Sotomayor y a quien en vida fuera Ramón Suescum; que les consta que ambos vivieron como marido y mujer en la casa ubicada en Ramón Pinto y José Antonio Eguiguren; que eran divorciados y no les han conocido otra pareja; que han procreado un hijo de nombres Bryan Israel Suescum Sotomayor, que han vivido juntos hasta que el señor falleció; que ella lo asistió en la Clínica donde él estaba internado hasta el último de su días. La testigo Patricia Isabel Pineda Patiño, dice que le consta de esa convivencia por unos ocho años durante los cuales ha vivido con ellos con quienes ha trabajado como empleada doméstica; la testigo Carla Guadalupe Yaguana Elizaldes, dice que les consta de esa convivencia por haber sido vecina ya que trabajaba en la Farmacia Pichincha, ubicada en la calle José Antonio Eguiguren y 10 de Agosto desde el año 2008 hasta que el señor ha fallecido; la testigo Oliva Gaona Rojas, afirma que le consta de esa convivencia desde hace unos diez años aproximadamente,

porque la han contratado como empleada doméstica desde el año 1995, desde que el niño ha estado en el Jardín, quien cuida; la testigo Alba Amada Ochoa Peláez, dice que conoce a Ketty desde hace unos treinta años y a Ramón Alberto, por unos veinte años y sostiene que mantuvieron unión de hecho por muchos años hasta que él ha fallecido; y, el testigo Carmelo Alberto Guamán Camacho, dice que conoce de tal convivencia desde hace muchos años; 4.6. Partidas de matrimonio, de: Ramón Alberto Suescum Vallejo y Dolores Elizabeth Jaramillo Vivanco, disuelto el 17 de enero de 1990; y de Wilson Eduardo Ordóñez Jiménez con Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, disuelto el 17 de febrero de 1989 (fojas 106 y 107); 4.7. El documento privado de fojas 108, resulta inaceptable como medio de prueba, por no encontrarse reconocido por el señor Pedro José Granda Pinza y por haber sido impugnado por la contraparte. **QUINTO.-** Verónica Alexandra Suescum Jaramillo, también demandada, judicializó las pruebas siguientes: 5.1. Pide expresamente se tenga en cuenta su admisión, y la de sus hermanos: Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, y Ariana Estephanía Suescum Poma, que hacen a fojas 16, sobre: "Los diferentes y eventuales concubinatos o convivencias que durante su vida mantuvo al mismo tiempo, o lo que es lo mismo simultáneamente, mi padre con diferentes mujeres, como es el caso la actora del presente juicio señora Mercedes Leticia Araujo Rojas, así como con la señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, madre de nuestro hermano Bryan Israel Suescum Sotomayor, y el habido con la señora Gladys Maritza Poma Coronel, madre de nuestra hermana Ariana Estephanía Suescum Poma..." (Acápite I fojas 97); 5.2. Recibos por el pago de arriendo de "cuartos para vivienda", a nombre de Alberto Ramón Suescum, por los meses de: febrero, marzo y abril de 2009, donde consta como dirección: "Imbabura y Av. Universitaria" de esta ciudad, pero que al no haber sido reconocidos por sus suscriptor, son inaceptables (fojas 85-87); 5.3. Partidas de nacimiento de la descendencia del extinto ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, cuáles son: Michelle Ivanova Suescum Araujo, procreada con Mercedes Leticia Araujo Rojas, nacida el 29 de abril de 1991; Ariana Estephanía Suescum Poma, habida con Gladis Maritza Poma Coronel, nacida el 18 de abril de 1991; Bryan Israel Suescum Sotomayor, concebido con Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, nacido el 21 de abril de 1991; Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, procreados con su ex cónyuge Dolores Elizabeth Jaramillo Vivanco, nacidos: el 2 de febrero de 1985, 1 de enero de 1986 y 6 de mayo de 1988, en su orden (fojas 91-96, acápite X fs. 99). **SEXTO.-** El artículo 68 de la Constitución de la República, textualmente, dice: "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio..."; de su parte, en el artículo 222 y 223 del Código Civil, encontramos reglados las condiciones y circunstancias que refiere aquella disposición suprema, cuales son: que la unión estable y monogámica sea de más de dos años; y que el fin sea el de: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. **SÉPTIMO.-** En el caso sub judice, valoradas en conjunto las justificaciones de la referencia, y conforme a nuestras facultades, se concluye: que la demandante, con sus aportes, no ha conseguido probar, plenamente, los fundamentos de su demanda. En efecto, resulta incuestionable que, quien en vida fuera Ramón Alberto Suescum Vallejo, en forma paralela ha mantenido relaciones maritales: tanto con la doctora Mercedes Leticia Araujo Rojas, cuanto con la señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, con quienes ha procreado a sus hijos: Michelle Ivanova Suescum Araujo y Bryan Suescum Sotomayor, a la fecha de 23 y 15 años de edad, en su orden; existe prueba documental y testimonial que dan cuenta de dos domicilios civiles declarados por el ingeniero Suescum Vallejo: la casa habitación donde habita la doctora Mercedes Leticia Araujo Rojas, ubicada en la calle Manuel Zambrano, entre Cuba y Malvinas; y la casa de habitación donde reside la señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, ubicado en la calle José Antonio Eguiguren y Lauro Guerrero en esta ciudad, ambos eran frecuentados y cohabitados por el ingeniero Suescum con las predichas madres de sus hijos; los vecinos y servidumbre de cada parte afirman: que eran tratados y considerados como marido y mujer en sus relaciones sociales, y que así han sido recibidos por parientes, amigos y vecinos; que ambas lo han asistido en su enfermedad hasta el día de su muerte; existe prueba que fue un ejemplar padre que estuvo preocupado de sus obligaciones para con ambos hijos; empero, no existe justificación alguna de que la cuestionada unión de hecho la haya mantenido en forma exclusiva con la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

demandante, sino, como lo admiten los hijos matrimoniales del extinto Suescum, señores: Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, que su padre ha mantenido diferentes y eventuales concubinatos o convivencias durante su vida, a lo que es lo mismo, simultáneamente, con diferentes mujeres, es decir, las antes referidas que se disputan la unión de hecho, y con la señora Gladys Maritza Poma Coronel, madre de la codemandada Ariana Estephanía Suescum Poma, que no aportó prueba alguna. Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA;** con fundamento en las disposiciones invocadas, se desestima la demanda por falta de prueba. **Notifíquese.**

f) Dr. Víctor Alberto Burneo Herrera, Juez de la Unidad Judicial Especial Tercera de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja.

RECURSO DE APELACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. LOJA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Loja, viernes 30 de enero del 2015, las 12h25.

VISTOS: Comparece ante el señor Juez Primero de lo Civil de Loja, a (fojas 7 a 8) del proceso la señora doctora: MERCEDES LETICIA ARAUJO ROJAS, y manifiesta: como consta de la partida de defunción, el 26 de marzo de 2012 falleció el señor ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo. Sucede señor Juez que desde el mes de julio de 1990 y hasta los últimos días de su vida o sea 26 de marzo del 2012, mantuve una relación estable y monogámica de hecho con el ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, por más de 20 años, con quien procreamos nuestra hija llamada Michelle Ivanova Suescum Araujo, nacida el 29 de abril de 1991 y como tal nos hemos venido tratando como marido y mujer en nuestras relaciones sociales y así hemos sido recibidos tanto por nuestros parientes, amigos y vecinos, cumpliendo los fines propios de todo matrimonio, es decir, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, dentro de la sociedad de hecho. Que durante la unión de hecho, han adquirido el lote nro. 84 manzana 3 del programa de vivienda Punzara, de la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja y un departamento signado con el número 6 dúplex, ubicado en el edificio Géminis en las calles Machalas/n entre Guayaquil y Salinas, parroquia El Valle cantón Loja. Que el extinto ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, además de su hija Michelle Ivanova Suescum Araujo, tuvo cinco hijos llamados: Verónica Alexandra, Cristián Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Estephanía Suescum Poma y Bryan Israel Suescum Sotomayor. Que con esos antecedentes, atento a lo previsto en el artículo 222 y siguientes del Código Civil, en concordancia con lo prescrito en el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, en juicio ordinario solicita se declare la existencia de la unión de hecho, mantenida con el señor ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, desde el mes de julio de 1990 hasta el 26 de marzo del 2012. Acción que la dirige en contra de los señores Verónica Alexandra, Cristian Alberto y Juan Andrés Suescum Jaramillo, Ariana Estephanía Suescum Poma, Bryan Israel Suescum Sotomayor representado legalmente por su señora madre Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego de conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil y a Michelle Ivanova Suescum Araujo, ante el fallecimiento de su padre señor Ramón Alberto Suescum Vallejo. Determina el trámite ordinario y la cuantía indeterminada, así como el lugar donde deben ser citados los demandados. Aceptada a trámite la demanda y citados legalmente los demandados, así como se efectúa la citación por la prensa a los herederos ausente, conocidos y presuntos del causante en base a lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, se dispone correrles traslado con la acción, a fin de que en el término de quince días proponga las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido. Luego se prosigue con el trámite hasta su conclusión. Agotado el procedimiento el señor doctor Víctor Burneo Herrera, Juez de la Unidad Judicial Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, dicta sentencia desestimando la demanda por falta de prueba. De la mencionada resolución, dentro del término de Ley, interpone recurso de apelación la actora Mercedes Leticia Araujo Rojas, el mismo que le es concedido para ante el segundo nivel la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, apelación a la cual se adhiere la señora VERÓNICA ALEXANDRA SUESCUM JARAMILLO.

Radicada la competencia en la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Loja, se ha concedido a la recurrente doctora Araujo Rojas, el término para que determine explícitamente los puntos a que se contrae el recurso, habiéndolo hecho oportunamente, conforme se evidencia del escrito de (fojas 4 a 5), de esta instancia. Se ha dado traslado a las partes con el escrito de fundamentación del recurso por el término que determina la Ley. Se concede el término de prueba, finalizada la misma, se encuentra el proceso en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, en razón de lo dispuesto en el artículo 76.7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 234.2, ibídem y 323 del Código de Procedimiento Civil. **SEGUNDO.-** VALIDEZ PROCESAL. Al proceso se le ha dado el trámite legal correspondiente, con estricta observancia del debido proceso, previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, sin que se observe vicio de nulidad, ni omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado. **TERCERO.-** FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE. La resolución debe remitirse estrictamente a las pretensiones de la demandante y a las excepciones opuestas a ella y a los fundamentos del recurso, en atención a las prescripciones de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, conforme se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en un fallo de casación, dictado en el juicio ordinario nro. 256-2002, resolución nro. 65-2004, que se encuentra inserto en la G.J. Serie XVII, nro. 14, pág. 4568, que en su parte pertinente, dice: «La doctrina y la jurisprudencia establece que es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los jueces y tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en que quedó trabada la litis, esto es que solo en la demanda y en la contestación a la demanda se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia…». Sostiene la actora en la fundamentación de su recurso que ha mantenido unión de hecho con el ingeniero Ramón Alberto Suescum Vallejo, desde el mes de julio del año 1990, hasta el 26 de marzo del 2012, que existe prueba testimonial y documental que comprueba la unión de hecho; en tanto que la parte demandada, esto es Verónica Alexandra Suescum Jaramillo y otros, (fojas 7) dice que no ha existido ninguna clase de unión estable ni monogámica entre la actora y el hoy fallecido ingeniero Ramón Alberto Suescum, ya que nunca se pudo dar o perfeccionar la figura de la unión de hecho, por la sencilla razón de que durante este espacio de tiempo el causante se mantuvo en eventuales y simultáneas convivencias, con diferentes mujeres, como es el caso de la actora Mercedes Leticia Araujo Rodas, con la señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, con la señora Gladis Maritza Poma Coronel. Estos son los límites en que la recurrente centra su impugnación, por lo que en decurso del presente fallo se resolverá si proceden dichas impugnaciones. **CUARTO.-** ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. La Constitución de la República del Ecuador, dispone que la "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio". La Ley 115 que regulas las uniones de hecho, publicada en el Registro Oficial nro. 399 de 29 de diciembre de 1982 y que hoy se encuentra incorporada en el artículo 222 del Código Civil Codificado, dice: "La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal. La unión de hecho, estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes"; y, el artículo 223 del mismo Código dice: ***"...Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos..."***. (Las negrillas y cursivas son el tribunal). (sic) De las disposiciones señaladas en líneas anteriores, se desprende que los presupuestos o elementos esenciales de la unión de hechos, son: 5.1. Una unión estable y monogámica; 5.2. Que esta unión sea entre hombre y mujer;

5.3. Que tenga una duración de más de dos años; 5.4, Que tanto el hombre como la mujer sean libres de vínculo matrimonial; 5.5. Que esta unión tenga como finalidad vivir juntos como a procrear y auxiliarse mutuamente.; 5.6. Que entre hombre y mujer exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como marido y mujer sea público y notorio; 5.7. Que exista vocación de legalidad esto es igual capacidad legal para contraer matrimonio, es decir que no existan impedimentos dirimentes o impedientes. **SEXTO.-** PRUEBAS DE LA ACTORA. La accionante presenta las siguientes pruebas. 6.1. Presenta la partida de defunción, (fojas 3) donde se lee que Ramón Alberto Suescum Vallejo, falleció el 26 de marzo del 2012, de estado civil divorciado. 6.2. A fojas 2 la actora presenta la copia de la cédula de ciudadanía, donde se lee que su estado civil es el de divorciada. 6.3. A fojas 4 presenta la partida de nacimiento donde se lee que Michelle Ivanova Suescum Araujo, es nacida el 29 de abril de 1991, hija de Ramón Alberto Suescum Vallejo y Mercedes Leticia Araujo Rojas. 6.4. Presenta tarjetas, fotografías donde la actora dice que está en compañía de su hija de Ramón Alberto Suescum y la familia. 6.5. De fojas 210 a 213, presenta la partida de defunción, la partida de matrimonio con la marginación de divorcio con fecha febrero de 1990 del señor Ramón Alberto Suescum Vallejo; partida de matrimonio habida entre Ángel Salvador Ledesma Jaramillo y la señora Mercedes Leticia Araujo Rojas, con la respectiva marginación de divorcio con fecha 26 de abril de 1989; y, la partida de nacimiento de Michelle Ivanova Suescum Araujo, nacida con fecha seis de junio de 1991. 6.6. A fojas 215, presenta la partida de matrimonio dada entre los señores Jairo Paul Orellana Suing y la señora Gladys Maritza Poma Coronel, matrimonio celebrado con fecha 24 de octubre de 1995. 6.7. A fojas 216 se presenta certificado de bautizo y de fojas 217 a 224 se presenta copias certificadas de las libretas de calificaciones de la señorita Michelle Ivanova Suescum. 6.8. De fojas 225 a 228 se presenta documentos de entrega recepción de bienes activos fijos y bienes no despreciables realizado entre el Coordinador de Servicios Institucionales del IESS y en representación del doctor Alberto Ramón Suescum, lo hace su hija Michelle Ivanova Suescum Araujo. 6.9. Presenta copias de los exámenes médicos que se ha realizado, así como la sentencia de divorcio del doctor Ramón Alberto Suescum Vallejo, 6.10. Presenta documentos de depósitos bancarios y recibos por concepto de entrega y depósitos de dinero. 6.11. A fojas 314 a 316 existe certificación de los bienes inmuebles que ha adquirido el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, en el cantón Loja 6.12. Declaran en primera instancia los siguientes testigos: Alicia Guadalupe Izquierdo (fojas 102), Ermelinda María Minga Minga (fojas 102 vuelta y 103) Sandra Isabel Yaguache Maza (fojas 103 y 103 vuelta) Luz Carmita Picoita Navarro (fojas 104) Nuri Alexandrova Uchuari Malla (fojas 105) quienes al responder el pliego de preguntas que consta a fojas 82 a 83, en lo principal dicen: Que los conocen personalmente a los señores Mercedes Leticia Araujo Rojas y Ramón Alberto Suescum Vallejo, desde el año de 1990, el segundo es fallecido el 26 de marzo del 2012, que los dos convivían en el domicilio, siempre estaban los dos en el mismo departamento ubicado en la calle Manuel Zambrano, entre Cuba y Malvinas, barrio Tebaida Baja, así los vieron como esposos, que él siempre públicamente la presentaba como esposa, que eran vecinos y siempre los veían en la mañana, tarde y noche; en tanto que los señores Mariana de Jesús Ramón Gálvez (fojas 14) y Luz Carmita Picoita Navarro (fojas 15) al responder el pliego de preguntas de fojas 11 del cuaderno de segunda instancia en lo principal el primer testigo dice, que conoce a Mercedes Leticia Araujo Rojas y Ramón Alberto Suescum Vallejo, hace 20 años, que la pareja se llevaba como marido y mujer, y así eran conocidos dentro e la sociedad y todo el mundo lo sabía, que vivieron juntos, procrearon una niña y se auxiliaban mutuamente, que jamás se interrumpió la relación de pareja que duró desde el año 1990 y hasta el 26 de marzo del 2012, que vivieron en el barrio Tebaida Baja, en las calles Manuel Zambrano y Cuba de esta ciudad de Loja; en tanto que el segundo testigo dice que los conoció desde el 2004, y en lo demás coincide con las declaraciones dadas por la primer testigo; y en relación a las declaraciones dadas mediante deprecatorio, por los testigos Guillermo Enrique Martínez Vivanco y Widney Jhon Torres Rojas, se evidencia que el despacho fue remitido con fecha 10 de noviembre del 2014 y según decreto de fecha 24 de septiembre del 2014 a las 17h00 se concedió el término de 8 días, mas son receptadas 26 de noviembre y once de diciembre del 2014, es decir posterior al término concedido conforme lo establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto no se las acepta ni valora. 6.1.3 La señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, rinde confesión judicial, y al responder el pliego de

preguntas que consta a fojas 19 del cuaderno de segunda instancia, dice que no conoce cuando se divorció el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, que no trabajaba con el señor Ramón Vallejo, porque tenía su propio negocio y él tenía su propio trabajo, al responder la pregunta 6 de sobre el período que trabajó el señor Suescum Vallejo contesta, que no recuerda esos períodos de trabajo, se le pregunta si el causante vivió con su señor padre Zoilo Suescum en el período 1998 al 2001 y responde a la pregunta nueve que desconoce lo preguntado y en la pregunta diez sobre la fecha de fallecimiento también responde que desconoce lo preguntado. 6.14. La señora Verónica Alexandra Suescum Jaramillo, rinde confesión judicial, y al responder el pliego de preguntas que consta a fojas 23 del cuaderno de segunda instancia, dice que en lo principal que el señor Zoilo Pedro Suescum Ochoa, en su abuelito, quien vivió con padre en el período de 1998 al 2001. 6.15. El señor Cristian Alberto Suescum Jaramillo, rinde confesión judicial, y al responder el pliego de preguntas que consta a fojas 25 del cuaderno de segunda instancia, dice que en lo principal y al responder la pregunta 8 dice que es verdad que llamó a la preguntante en relación al cuestionario 8, de que cuando Ramón Alberto Suescum Vallejo, sufrió el derrame cerebral el 15 de marzo del 2012 y al responder la pregunta nueve, que a las dos horas después llegó a SOLCA donde estaba internado su padre. **SÉPTIMO.-** PRUEBA DE LOS DEMANDADOS. Los demandados al contestar la acción alegan falta de derecho y legitimación activa de la demandante, falta de personería de la parte demanda e improcedencia de la acción; y, para tratar de demostrar las excepciones actúan la siguiente prueba: 7.1. A fojas 61 presenta fotografías y a fojas 62 consta la partida de nacimiento de Bryan Israel Suescum Sotomayor, nacido el 30 de abril de 1999, hijo de Ramón Alberto Suescum Vallejo y Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego. 7.2. Facturas otorgadas a favor del señor Alberto Suescum y se lee la dirección José Antonio y Lauro Guerrero. 7.3. Certificados otorgados por el psicólogo y rector del colegio Militar Lauro Guerrero en donde se lee que el representante legal de Bryan Israel Suescum Sotomayor es el señor Suescum Vallejo Ramón Alberto desde el año 2006 hasta el 2012. 7.4. De fojas 85 a 87 facturas del pago de arriendo donde se lee Alberto Ramón Suescum, por pago de arriendo de los meses de abril, marzo y febrero del 2009. 7.5 De fojas 91 a 96 partidas de nacimiento de los hijos del señor Ramón Alberto Suescum Vallejo. 7.5. Testimonios los señores: Patricia Isabel Pineda Patiño, (fojas 75) quien al responder la pregunta tercera que consta fojas 68 y 68 vuelta dice que es verdad que el señor Ramón Suescum vivía con la señora Ketty Sotomayor, como marido y mujer, porque conoce desde que llegó a trabajar como doméstica y en la pregunta cuarta declara que conoce que ellos eran solteros, no tenía otra pareja, Carla Guadalupe Yaguana Elizalde, (fojas 75 vuelta y 76) en la pregunta tres dice que es verdad que desde el año 2008 que yo trabajé en la farmacia conocía que los dos vivían como marido y mujer. La testigo y al responder la repregunta décimo cuarta dice "Es un favor que le hago, porque me rogó que le sirva como testigo y por ayudarle"; Oliva Gaona Rojas (fojas 76 vuelta y 77) en lo principal y al responder la repregunta quinta dice "la conozco porque me contrató de empleada doméstica desde el año 1995, desde que estaba en el Jardín el niño". 7.5. Partidas de nacimiento de todos los hijos del causante. Alba Amada Ochoa Peláez (fojas 80), quien al responder la pregunta tres dice que es verdad que los dos tenían una relación íntima, salían juntos y tuvieron un niño, a la pregunta cuarta, que es verdad que ellos eran divorciados, que él tuvo un matrimonio con una señora de Catamayo y ella con un señor Ordóñez, los dos eran divorciados y se conocieron, a la quinta responde que es verdad que conoce que tuvieron un hijo en tanto que en la pregunta sexta refiere, que la case supe que la iban a comprar, (sic) el señor Ramón Alberto le comentó que estaba por adquirir y que ella le iba a ayudar con dinero para la compra de la casa; y finalmente el testigo Carmelo Alberto Guamán Camacho, responde a la pregunta tres que es verdad que ellos vivieron juntos como pareja, a la cuarta se limita a responder que es verdad lo que se pregunta; a la quinta que es verdad que tuvieron un hijo, y a la sexta, dice que sabía, porque una vez le pedí dinero y el me manifestó que tenía una póliza, no sabe cuánto y que le comentó que tenía una propiedad en el Valle. 7.6. A fojas 106 presenta la partida de matrimonio del señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, en donde se lee en la marginación que con fecha febrero de 1990, que a inscrito la sentencia de divorcio dado con la señora Dolores Elizabeth Jaramillo. 7.7. A fojas 107 presenta la partida de matrimonio del señor Wilson Eduardo Ordóñez Jiménez, en donde se lee en la marginación que con flecha 17 de febrero de 1989, queda inscrito la sentencia de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

divorcio dado con la Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego. 7.8. Certificado otorgado con fecha 03 de diciembre del 2013, por el señor Pedro José Granda Pinza, donde se lee que el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, durante cuatro años se encargaba de llevar a su hijo, desde la calle José Antonio Eguiguren entre Ramón Pinto y Lauro Guerrero, hacia la buseta de recorrido. **OCTAVO.-** 8.1. El inciso primero del artículo 115 del Código Adjetivo Civil, señala: "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". De manera que es facultad potestativa de los jueces la valoración de las pruebas para su resolución. 8.2. De otro lado es necesario tener presente que cada parte procesal está obligada a probar los hechos que alega y para ello tienen la facultad de aportar y rendir las prueba que estime suficientes para rebatir los hechos propuestos por la contraparte, conforme a la facultad prevista en el artículo 114 del Código Procesal Civil, pues el juzgador no puede suplir la incuria de las partes. Por ello que el principio dispositivo consagrado en el art. 168.6 de la Constitución de la República, en síntesis determina, que es obligación de las partes aportar con sus pruebas. Bajo este sustento legal, de las constancias procesales se llega a las siguientes conclusiones: 8.3. Que la demandante Mercedes Leticia Araujo Rojas y quien en vida se llamó Ramón Alberto Suescum Vallejo, se encuentran libres de vínculo matrimonial, pues la primera se ha divorciado el 11 de julio de 1988 e inscrita en el Registro Civil el 26 de abril de 1989; y el segundo el 17 de enero de 1990, inscrita en el Registro Civil en el mes de febrero de 1990, consecuentemente al estar divorciados, estuvieron habilitados legalmente a mantener la unión de hecho; que esta unión se ha establecido entre un hombre y una mujer y con los testimonios de Alicia Guadalupe Izquierdo (fojas 102), Ermelinda María Minga Minga (fojas 102 vuelta y 103) Sandra Isabel Yaguache Maza (fojas 103 y 103 vuelta) Luz Carmita Picoita Navarro (fojas 104); y Nuri Alexandrova Uchuari Mallla (fojas 105) y en segunda instancia Mariana de Jesús Ramón Gálvez (fojas 14) y Luz Carmita Picoita Navarro, (fojas 15), se determina con claridad, certeza, en forma unívoca de que de que (sic) conocen a la actora y al causante Ramón Alberto Suescum Vallejo, la mayoría de ellos desde el año 1990, que los litigantes se han encontrados unidos de forma estable y monogámica, desde el mes de julio de 1990, hasta el 26 de marzo del 2012, por más de dos años, viviendo juntos, auxiliándose mutuamente, tratándose como marido y mujer, pública y notoriamente. Además, se encuentra demostrado que durante esta unión que han mantenido, han procreado a Michelle Ivanova Suescum Araujo. Testimonios al tenor de los artículos 207 y 208 del Código de Procedimiento Civil, se le otorga la validez, pues el Tribunal tiene el convencimiento de que ha dicho la verdad sobre lo que han manifestado; argumento sostenido con respaldo de la jurisprudencia contenida en la G. J. nro. 1, S. XVIII, pág. 208 y G. J. nro. 7 S XVIII, pág. 2097. En relación a la prueba documental, se evidencia que son facturas, notas de calificaciones, tarjetas de felicitaciones, fotografías, que por no haberse justificado legalmente su origen, su contenido, no se las puede aceptar y dar el valor que cada una de las partes lo han requerido. 8.5. En tanto que las excepciones planteadas por los demandados; de falta de legitimación activa de la demandante, falta de personería de la parte demandada de improcedencia de la acción, no se han justificado, puesto que la señora Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, al presentar sus excepciones alega que el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, convivió hasta su muerte con la suscrita, lo que no se ha justificado legalmente ya que a rendir su confesión judicial es categórica al afirmar que no conoce cuando se divorció el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo, sostiene que no recuerda esos períodos de trabajo de su conviviente, es más señala que desconoce sobre lo preguntado en relación a que su conviviente vivió o no con su señor padre Zoilo Suescum en el período 1998 al 2001 y tampoco conoce sobre el fallecimiento, es lógico que no ha podido responder a lo preguntado, porque efectivamente no mantuvieron esa unión de hecho, como marido y mujer, pues la señora Verónica Alexandra Suescum Jaramillo, en calidad de demandada, al dar su confesión judicial, es categórica al afirmar que el señor Zoilo Pedro Suescum Ochoa, es su abuelito, quien vivió con su padre en el período de 1998 al 2001, hechos que no lo conoció la señora Ketty Sotomayor; y el otro demandado Cristian Alberto Suescum Jaramillo, pues acepta que en el lecho de dolor de su señor padre, a quien llamó fue a la actora del presente juicio. 8.6. De igual manera es necesario referirse a los testigos que los presentaron los demandados; así la señora Patricia Isabel Pineda Patiño, con su declaración es evidente que no conoce sobre la unión de

hecho que dicen que ha mantenido entre el señor Ramón Alberto Suescum Vallejo con la señora Ketty Sotomayor, porque al responder el pliego de preguntas dice que vivían como marido y mujer, y esto lo conoce desde que llegó a trabajar como doméstica, sin indicar desde que año, pero en la pregunta cuarta declara que conoce que ellos eran solteros, lo que no es verdad, pues en el caso del señor Suescum Vallejo y de la propia señora Ketty Sotomayor se determina según las partidas de matrimonio que estos son divorciados; en relación a la señora Carla Guadalupe Yaguana Elizalde, es claro el interés de demuestra, pues la testigo y al responder la repregunta décimo cuarta dice "Es un favor que le hago, porque me rogó que le sirva como testigo y por ayudarle"; en relación a la declarante Oliva Gaona Rojas, dice que lo conoce porque me contrató de empleada doméstica desde el año 1995, desde que estaba en el Jardín el niño, sin precisar cuál niño, por lo tanto de la revisión de sus declaraciones, se demuestra que no tienen conocimiento de los hechos que se les pregunta, e incluso existe falta de imparcialidad en la segunda, por lo tanto no se las acepta como testigos, por contravenir lo dispuesto en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil. Por último, es necesario referirse a la excepción dilatoria de falta de personería activa. Dicha excepción se produce cuando comparece a juicio: "1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo ("la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra". Por lo que, al no haberse probado ninguno de los supuestos indicados de falta de personería no es procedente dicha excepción, de autos se evidencia que la actora ha comparecido por sus propios derechos y es una persona mayor de edad y capaz, no se ha demostrado lo contrario. Se alega falta de personería de la parte demandada, pero esta procede únicamente cuando el compareciente a juicio carece de poder suficiente para representar a otro o de capacidad para comparecer por sí mismo excepción que no se ha demostrado en forma alguna en el proceso. Por todo lo expuesto, la Sala Laboral, Niñez y Adolescencia, con la documentación y prueba aportada, se establece que la actora, ha demostrado los fundamentos de la acción planteada. Por lo expuesto este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** Resuelve, revocar el fallo del Juez a quo y por lo tanto, aceptando el recurso de apelación de la parte actora se declara que entre los señores MERCEDES LETICIA ARAUJO ROJAS y RAMÓN ALBERTO SUESCUM VALLEJO, ha existido una unión de hecho, desde el 1 de julio de 1990 hasta el 26 de marzo del 2012, con todos los efectos legales que de ella se deriva. El Juez a quo dispondrá las inscripciones correspondientes de esta sentencia en donde las partes lo soliciten. Sin costas. **Hágase saber.**

f) Dr. Carlos Lenin Tandazo Román, Juez Provincial; Dra. Marilyn González Crespo, Jueza Provincial; Dr. Adriano Lojan Zumba, Juez Provincial.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Loja, jueves 19 de febrero del 2015, las 08h17.

VISTOS: La señora VERÓNICA SUESCUM JARAMILLO, a fojas 47 del cuaderno de segunda instancia, comparece solicitando aclaración y ampliación de la sentencia del fallo pronunciado por este Tribunal, con dicha petición de aclaración y ampliación se ha corrido traslado a la parte actora; por lo que siendo el estado el de resolver, se considera: En cuanto a dicho petitorio solicitado por Verónica Suescum Jaramillo y otros, es necesario señalar que, el artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, prescribe: "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". El recurso de aclaratoria o ampliatoria, según el tratadista Lino Enrique Palacio es el "remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo Juez o Tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas. Procedencia. La aclaración de una sentencia no puede llegar a modificar el alcance o contenido de la decisión; debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos o frases contenidos en ella, y precisar el sentido que se quiso dar al redactarla". En lo que respecta a la aclaración y ampliación

solicitada, el Tribunal señala que la sentencia no contiene oscuridad alguna puesto que resuelve todos los puntos controvertidos que fueron sometidos a su conocimiento y es clara e inteligible y el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia, deviene en improcedente mucho peor en la forma en que se solicita dicha aclaración y ampliación, en la que se pretende que se altere el sentido de la misma, lo que contraviene lo dispuesto por el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil. Consecuentemente no hay nada que aclarar y ampliar sobre la sentencia. **Notifíquese.**

f) Dr. Tandazo Román Carlos Lenin, Juez Provincial; Dra. Marilyn González Crespo, Jueza Provincial; Dr. Adriano Loján Zumba, Juez Provincial.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. LOJA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Loja, jueves 19 de febrero del 2015, las 08h17.

VISTOS: La señora VERÓNICA SUESCUM JARAMILLO, a fojas 47 del cuaderno de segunda instancia, comparece solicitando aclaración y ampliación de la sentencia del fallo pronunciado por este Tribunal, con dicha petición de aclaración y ampliación se ha corrido traslado a la parte actora; por lo que siendo el estado el de resolver, se considera: En cuanto a dicho petitorio solicitado por Verónica Suescum Jaramillo y otros, es necesario señalar que, el artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, prescribe: "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". El recurso de aclaratoria o ampliatoria, según el tratadista Lino Enrique Palacio es el "remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo Juez o Tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas. Procedencia. La aclaración de una sentencia no puede llegar a modificar el alcance o contenido de la decisión; debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos o frases contenidos en ella, y precisar el sentido que se quiso dar al redactarla". En lo que respecta a la aclaración y ampliación solicitada, el Tribunal señala que la sentencia no contiene oscuridad alguna puesto que resuelve todos los puntos controvertidos que fueron sometidos a su conocimiento y es clara e inteligible y el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia, deviene en improcedente mucho peor en la forma en que se solicita dicha aclaración y ampliación, en la que se pretende que se altere el sentido de la misma, lo que contraviene lo dispuesto por el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil. Consecuentemente no hay nada que aclarar y ampliar sobre la sentencia. **Notifíquese.**

f) Dr. Carlos Lenin Tandazo Román, Juez Provincial; Dra. Marilyn González Crespo, Jueza Provincial; Dr. Adriano Loján Zumba, Juez Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0064-2015

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, a martes 16 de junio del 2015, las 15h25.

VISTOS: (0064-2015).

1.- ANTECEDENTES.- Verónica Alexandra, Cristian Alberto, Juan Andrés Suescum Jaramillo; Ariana Estephania Suescum Poma y Ketty Ivonny Sotomayor Samaniego, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja (30 de enero de 2015; las 12h25), fallo que acepta el recurso de apelación propuesto por la actora Mercedes Leticia Araujo Rojas, revoca la sentencia del Juez A quo, y declara la unión de hecho entre Mercedes Leticia Araujo Rojas y Ramón Alberto Suescum Vallejo. El recurso de casación interpuesto por las demandadas, es admitido, en auto de 29 de abril de 2015,

las 16h40, 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 y conjueza nacional, nombradas y posesionadas por el Consejo 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 nro. 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[1], y 1 de la Ley de Casación. En virtud del oficio nro. 749-SG-CNJ-MB, de 08 de junio de 2015, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, actúa la doctora Beatriz Suárez Armijos, Conjueza Nacional, en reemplazo de la doctora María Rosa Merchán Larrea, por estar en goce de licencia.

3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las y los casacionistas señalan como infringidas los siguientes artículos : 75, 76.1, 76.3, 76.4, 76.7 literales a), h), j), y l), 82, 168.6, 169, 172 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 7, 18, 19, 23, 25, 29, 130.4 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; articulo 222 del Código Civil; artículos 113 y 274 del Código de Procedimiento Civil, fundamentan su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

3.1- Con fundamento en la **causal primera,** acusan indebida aplicación del artículo 222 del Código Civil; anotan que, los hechos probados en el proceso dejan claro que no se cumplieron todos los requisitos para que de manera conjunta revelen que la relación de pareja, en este caso, pueda ser considerada jurídicamente como unión de hecho, todo lo contrario, *"... no existió una unión monogámica, toda vez que el causante mantuvo relaciones simultáneamente con otras mujeres, producto de cuyas relaciones nacieron algunos hijos..."*; agregan que, la precitada norma establece que la unión libre debe ser estable y monogámica *y que se forme un hogar;* situación que en el presente caso no se ha dado por las probadas relaciones amorosas que tuvo al mismo tiempo el fallecido.

3.2.- Con fundamento en la **causal tercera,** reiteran que el fallecido Suescum Vallejo, mantuvo varias relaciones amorosas al mismo tiempo, dando lugar al nacimiento de seis hijos, uno de ellos menor de edad, mismo que ha sido designado como beneficiario de una póliza de seguro. Conforme se ha demostrado en el proceso, dicen, no se tomaron en cuenta al momento de dictar sentencia las normas invocadas como infringidas; en especial *"en el presente caso se reconoce que ha existido unión de hecho estable y monogámica entre la actora y el fallecido Ing. Suescum, y al interpretar incorrectamente las normas sobre la valoración de la prueba, lo cual prácticamente nos deja en la indefensión, es decir no se ha aplicado el Art. 75; Art. 76 nro. 1; Art. 76, nro. 3, parte final; Art. 76, nro. 4; Art. 76, nro. 7, literal a); Art. 76, nro. 7, literal h); Art. 76, nro. 7, literal j); Art. 76, nro. 7, literal l); Art. 82; Art. 168, nro. 6; Art. 169; Art. 72, primer inciso; y Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los Arts. 7, 18, 19, 23, 25, 29, 130 nro. 4 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial."*, agrega que *"El Art. 113(CPC) en el primer inciso establece la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente y que ha negado el demandado. El Art. 274 ratifica los principios de congruencia, el dispositivo y de motivación jurídica de las resoluciones judiciales."*

3.2.1.- Como justificación de la falta de aplicación del artículo 223 del Código Civil: *"el juez aplicara las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente",* sostienen que: *"la sala no ha actuado con sana crítica, por cuanto no se ha aplicado adecuadamente la normativa sobre la valoración de la prueba aportada, especialmente la prueba documental referente al origen de la acción..."*; y, señalan que solo se ha tomado en cuenta la prueba testimonial aportada por la actora.

[1] Ver Suplemento del R.O. nro. 38 del 17 de julio 2013.

4.- NATURALEZA DE LA CASACIÓN. Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, decisiones 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 desarrollo jurisprudencial fijado 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, 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 que estaba obligado cumplir para rectamente llegar a la verdad. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, busca garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundante 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.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

La Sala deberá resolver si:

5.1.- Existe arbitrariedad, por parte del Tribunal ad quem en la aplicación de la sana critica que contempla el artículo 223 del Código Civil.

5.2.- Si la existencia de relaciones simultáneas de uno de los convivientes *per se* anula los efectos de la unión de hecho conforme lo contempla el artículo 222 del Código Civil.

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1.- La causal tercera, se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva; exige para su procedencia el cumplimiento de estos requisitos: 1) identificación del medio de prueba que, presuntamente, 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.); 2) determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido inobservada; 3) razones lógico jurídicas del modo en que se produjo el quebranto; y, 4) 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; por tanto, se exige la demostración de dos infracciones sucesivas: la primera, la forma en que se ha inobservado las normas que rigen la valoración de la prueba o la sana crítica; y la segunda, la identificación de la norma sustantiva o material, que ha sido erróneamente aplicada o no ha sido aplicada como consecuencia del error de valoración cometido.

6.1.2.- El artículo 223 del CC: *"Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente"*.

6.1.3.- En esta línea de análisis, la sana crítica que contempla el artículo en cita invocado por los recurrentes, tiene que ver con el sistema de valoración de la prueba que constituye un *"estándar jurídico"* (Devis Echandía, H. pag. 287 y ss)[2]; o, *"... reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"* (Couture, E. 1979: 478)[3]; ha sido especialmente referida por el legislador que no puede desconocer que al tratarse de relaciones humanas pueden darse zonas de penumbra.

[2] Devis Echandía Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I Biblioteca Jurídica Diké. Medellín .p. 287 y ss.
[3] COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979. t. II: 478 p.

6.1.4.- La autonomía judicial no puede confundirse con la arbitrariedad; el Juez o Jueza debe adoptar sus decisiones dentro de los márgenes legales y constitucionales, la autonomía, en ningún caso significa autorización para distanciarse de la constitucionalidad y la legalidad, por el contrario, el principio de supremacía de la Constitución que informa todo el ordenamiento jurídico, se expresa en la aplicación e interpretación imparcial, eficiente y razonada de la ley. Se reitera que en ningún caso la sana crítica bordeará siquiera la arbitrariedad; la sujeción al principio de legalidad y al debido proceso, en atención a todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos provean es la exigencia impuesta por la norma suprema a los y las juezas garantes de derechos en el contexto de un estado constitucional de justicia.

6.1.5.- Ahora bien, el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si al fijar los hechos, el Tribunal de alzada ha inobservado las normas de derecho que regulan la valoración, y si tal inobservancia, en caso de haberla, ha conducido, indirectamente, a la violación de normas sustantivas en la sentencia.

6.1.6.- Sobre este tema la Corte Suprema[4], ha señalado: *"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 instancia y deben hacerlo aplicando, como dice la ley, las reglas de la sana crítica, o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que, en conformidad con los principios de la lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados".*

6.1.7.- El considerando sexto del fallo en estudio, deja ver un listado de los medios de prueba presentados por la actora, y, en el séptimo los presentados por la parte demandada; en tanto que, en el octavo se concluye:

- Que la actora y quien en vida fue Ramón Alberto Suescum Vallejo se encuentran libres de vínculo matrimonial según consta de las inscripciones de divorcio en el Registro Civil, por lo que *"estuvieron habilitados legalmente a mantener la unión de hecho";* situación reforzada con los testimonios de los testigos de la actora, en primera y segunda instancia *"se determina con claridad, certeza, en forma unívoca de que conocen a la actora y al causante..., la mayoría de ellos desde al año 1990, que los litigantes se han encontrado unidos de forma estable y monogámica, desde el mes de julio de 1990, hasta el 26 de marzo del 2012, por más de dos años, viviendo juntos, auxiliándose mutuamente, tratándose como marido y mujer, pública y notoriamente",* y que producto de esta unión procrearon una hija. Niega valor a la prueba documental presentada por la actora.
- De otro lado, concluye que Ketty Sotomayor Samaniego, no justificó su afirmación de convivencia hasta la muerte de Ramón Alberto Suescum Vallejo; pues en la confesión judicial rendida por aquella se hizo evidente el desconocimiento de detalles importantes como cuándo se divorció; los periodos de trabajo; el tiempo que vivió con su padre Zoilo Suescum (1998 al 2001-hecho ratificado por Verónica Alexandra Suescum Jaramillo); tampoco conoce nada sobre el fallecimiento del padre; *es lógico,* concluye el *ad quem, que no ha podido responder a lo preguntado, porque efectivamente no mantuvieron esa unión de hecho, como marido y mujer;* resalta el juez plural que el otro demandado Cristian Suescum Jaramillo, *"acepta que en el hecho de dolor de su señor padre, a quien llamó fue a la actora del presente juicio".* (sic)
- Respecto a los testigos de los demandados, el ad quem, no les confiere valor por no conocer de los hechos (caso de la testigo Patricia Pineda Patiño y Oliva Gaona Rojas), o por demostrar interés en la causa (caso de Carla Yaguana Elizalde), (sentencia de segundo nivel fs. 43 a 46 de cuaderno de segundo nivel).

6.1.8.- Así planteadas las cosas, diáfanamente se advierte el interés de una nueva valoración de la prueba, pues dejan claro el desacuerdo con la conclusión del fallo, olvidando lo que la doctrina llama soberanía del juzgador en la prueba; los jueces

[4] Resolución Nro. 83-99, de fecha 11 de febrero de 1999 publicada en R.O. 159 de fecha 30 de marzo 1999.

de instancia gozan de autonomía en la valoración de los medios de prueba, tienen libertad plena para su apreciación, para analizarla individualmente y en conjunto, para priorizar un medio sobre otro y arribar a la definición del medio o medios determinantes y/o relevantes en el que fundará su resolución, facultad legal del juez de valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica; en este caso, el *ad quem* ha realizado una valoración no solo de los testimonios de los testigos presentados por la actora sino de la prueba en su conjunto, justificando con razones el valor probatorio de determinados medios de prueba, y la carencia de otros, y priorizando unos sobre otros. A la luz de lo que precede, para este Tribunal, la decisión adoptada por el *ad quem* corresponde a una interpretación razonada y razonable de los hechos y el derecho conforme a las reglas de la sana critica, por tanto, el cargo no prospera.

6.2.- En el segundo problema jurídico planteado, los recurrentes bajo la causal primera, alegan indebida aplicación del artículo 222 del Código Civil: *"La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes".*

6.2.1.- La causal primera *del artículo 3 de la Ley de Casación,* contempla vicios o errores in iu dicando; violación directa de normas de derecho o precedentes jurisprudenciales, yerro que se configura cuando los o las juzgadoras no eligen correctamente la norma aplicable al caso concreto, utilizan erradamente la norma o cuando a la norma elegida se le atribuye un sentido o alcance que no lo tiene.

6.2.3.- La lectura del artículo 222 del Código Civil, en armonía con el artículo 68 de la Constitución y el 223 del Código Civil plantea los requisitos para la unión de hecho: convivencia/cohabitación; notoriedad/publicidad; singularidad; libres de vínculo matrimonial; y, la permanencia; el incumplimiento de uno de ellos nos pondría frente a un tipo de relaciones no sujeta a la tutela del ordenamiento jurídico.

6.2.4.- La jurisprudencia comparada, nos lleva al criterio de la Corte Suprema de Costa Rica, al analizar una sentencia que declara sin lugar la unión de hecho, por haber, el actor, mantenido otras relaciones: *"...Efectivamente, del expediente se extrae que el actor procreo dos hijos con una persona distinta de la accionada (folio 49). No obstante, esta Sala ha resuelto que ese tipo de desavenencias en la vida en común no afectan la unicidad (singularidad) de la unión de hecho cuando se ha mantenido la convivencia entre las partes en cumplimiento del numeral 242 (requisitos de la unión de hecho) –como ocurre en el caso bajo estudio-; por lo que no pueden utilizarse dichas infidelidades como excusa por la persona que está obligada a compartir sus bienes para liberarse de ese deber legal. Aun cuando el actor se relacionó con otra mujer, quedó demostrado que con ella no compartía como marido y mujer, ni bajo un mismo techo en forma única y notoria; lo cual da paso a reconocer la unión"*[5].

6.2.5.- La legislación del país en cita, contempla el requisito de la unicidad, es decir, la singularidad, la calidad de única que debe tener la relación, lo que vendría a equipararse a la monogamia, en nuestro ordenamiento jurídico.

6.2.6.- En esa misma línea, la Corte Suprema de Colombia, sostiene: *"La existencia de relaciones esporádicas o pasajeras, aún en presencia de descendencia fruto de las mismas, no alcanzan a considerarse uniones maritales con las características propias de la Ley 54 de 1990, y menos logran destruir las que se desarrollan conforme a las exigencias de la referida ley. Referencia ésta que no devela, ni por asomo siquiera, que la Sala esté legitimando o estimulando la infidelidad alrededor de la unión marital entre compañeros permanentes, pues, igual que acontece en la relación matrimonial, cuyo reflejo, en lo pertinente, debe proyectarse a las uniones referidas, eventos de esa índole devienen excluidos y son objeto de repulsa. Empero, en una u otra relación, circunstancias semejantes quedan bajo la potestad de los consortes o de los compañeros permanentes, quienes, en últimas, bajo la protección y parámetros fijados en la ley, decidirán el destino de esos vínculos, ya propiciando la destrucción del mismo, si del matrimonio se trata (art. 154*

[5] Sentencia: 01297. Expediente: 09-400556-0924-FA. Fecha: 13/11/2013. Emitido por: Sala Segunda de la Corte de Costa Rica.

Código Civil), ya decidiendo la culminación de la unión marital en ciernes (art. 1º, Ley 54 de 1990), o una vez constituida esta última, su terminación bajo el amparo de la Ley 979 de 2005"[6].

6.2.7.- No se puede dejar de considerar que las relaciones humanas y en especial las que involucran sentimientos no son lineales, son procesos dialécticos con desencuentros, contactos previos, separaciones cortas, períodos de armonía y de desavenencias; sin que ello suponga, necesariamente, la ruptura del proyecto común. Quien alega la unión de hecho, deberá demostrar por tanto que como convivientes libremente se propusieron llevar adelante un plan de vida conjunto y, que a pesar de las vicisitudes a las que estuvieron expuestos, esa relación se mantuvo en los términos del artículo 222 del Código Civil, aún a pesar de haber tenido otras relaciones, toda vez que éstas revestían el carácter de esporádicas; y, para quien alegue lo contrario, deberá probar que frente a las desavenencias y desacuerdos, la unión se disolvió con la separación física y definitiva de los convivientes. Afirmar que las relaciones aisladas/esporádicas de una/o de los miembros de la pareja puede ser usada como causal para la inexistencia de la unión es desproteger al o la conviviente que la sufrió negándole el derecho a participar en la sociedad de bienes originada en la misma; sociedad, constituida y administrada a lo largo de ese proyecto común con la inversión afectiva y material de las dos personas, desconociendo los derechos y obligaciones idénticos a los del matrimonio que genera esta unión (artículo 68 CRE) y, con la exigencia de un estándar de singularidad, más alto que el del matrimonio. La Sala en su condición de garante de los derechos, subraya la necesidad de que las relaciones de las y los ecuatorianos tengan como base firme, el respeto a la dignidad, lo que significa superar toda noción de sexismo entre las que se encuentra la doble moral, es decir, la naturalización y aprobación de comportamientos como propios de las mujeres y otros de los hombres los mismos que de darse en una mujer serviría para descalificarla, reforzando con ello viejos prejuicios incompatibles con el momento histórico.

6.2.8.- En el presente caso, conforme lo indica el *ad quem,* la existencia de la unión de hecho estable y monogámica, de personas libres de vínculo matrimonial que compartieron la residencia y un hogar común, ha sido probada en forma clara y categórica al igual que el interés por llevar adelante un proyecto de vida común; y es, éste proyecto, precisamente, lo que hace diferente a este tipo de unión con las mantenidas con las otras personas.

6.2.9.- La cohabitación, decidida libremente, se mantuvo por veintidós años; habiendo sido en ese lapso tratados como marido y mujer por sus relaciones sociales y recibidos en esa condición por sus parientes, amigos y vecinos *"..., la cohabitación en un mismo domicilio como marido y mujer -en apariencia de matrimonio- es el elemento esencial que se requiere para caracterizar a la relación como una unión marital de hecho/.Esta convivencia presupone el mantenimiento de relaciones sexuales, propias del tipo de unión en cuestión, y, además, permite presumir la existencia de mutua colaboración afectiva y material entre los convivientes frente a las vicisitudes de la vida"*[7]; las otras relaciones de corte amoroso mantenidas por el fallecido, aun cuando hayan dado como efecto la procreación no han cumplido los requisitos que el legislador ha establecido para la unión de hecho. En tal virtud se desestima el cargo.

7.- DECISIÓN.- Por lo expuesto, sin que sean necesarias otras consideraciones, 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 por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja (30 de enero de 2015; las 12h25).- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Beatriz Suárez Armijos, CONJUEZA NACIONAL.

[6] Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012). Ref: Exp. Nro. 17001 31 10 001 2007 00313 01.

[7] Jorge O. AZPIRI, "Uniones de hecho", Buenos Aires, Editorial Hammurabi, primera edición, 2003, pág. 63.

IV
Resolución nro. 150-2015
Juicio nro. 247-2014

Juicio verbal sumario de divorcio por causal propuesto por Ernesto Marcelo Copo Sánchez, en contra de María Filomena Ramírez Mantilla

SÍNTESIS

Ernesto Marcelo Copo Sánchez comparece y demanda el divorcio por causal a su cónyuge María Filomena Ramírez Mantilla fundamentado en la causal 11 inciso segundo del artículo 110 del Código Civil. Han procreado una hija que a la fecha de demanda tiene 17 años de edad; también manifiesta que se ha disuelto la sociedad conyugal y que llevan 8 años separados con ruptura absoluta e ininterrumpida de relaciones conyugales y sexuales. La Jueza de primera instancia declara con lugar la demanda y disuelto por divorcio el vínculo matrimonial que unía a los cónyuges Copo-Ramírez. En cuanto a la menor habida dentro del matrimonio, ésta continuará bajo el cuidado y protección de su madre y el padre seguirá sujeto a la pensión alimenticia que viene suministrando a través del Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Ambato. La cónyuge demandada dice no estar conforme con la sentencia y apela de la misma.- En la segunda instancia el Tribunal indica que los testigos dan cuenta de la separación de los cónyuges hace unos ocho años, pero nada dicen sobre el quebrantamiento del affectio conyugalis que es la razón de la existencia del matrimonio; en otras palabras, que se ha justificado la existencia de la separación, pero no del abandono, en consecuencia se revoca la sentencia por mayoría presentándose un voto salvado. El demandante comparece he interpone recurso extraordinario de casación del fallo de segunda instancia, el que es negado por el Tribunal de instancia. Mediante recurso de hecho, el demandante accede a este nivel jurisdiccional ya que fue concedido y admitido a trámite por el Tribunal de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia. Analizado el caso por el Tribunal Único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia y luego de hacer una amplia argumentación sobre la problemática referente a los términos separación y abandono, expresa que al demostrarse que la separación y abandono de los cónyuges, con las connotaciones descritas en su argumentación, supera mucho más de los tres años previstos, configurándose de esta manera, la causal alegada por el actor para obtener el divorcio de su cónyuge, en consecuencia al existir la acusada falta de aplicación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba arts. 115 y 207 CPC, que han conducido al Tribunal de instancia, a una equivocada aplicación de la norma contenida en el Art. 110 numeral 11 inciso segundo del Código Civil, CASA la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera instancia que declara con lugar la demanda de divorcio.

PRIMERA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN AMBATO. Ambato, viernes 9 de mayo del 2014, las 15h14.

VISTOS: A fojas 5 comparece COPO SÁNCHEZ ERNESTO MARCELO, de 50 años de edad de estado civil casado, domiciliado en esta ciudad de Ambato, comparece y dice lo siguiente: "De las partidas de matrimonio y nacimiento que adjunto se desprende que soy casado con RAMÍREZ MANTILLA MARÍA FILOMENA, matrimonio celebrado en la Jefatura del Registro Civil del cantón Tisaleo, provincia de Tungurahua, el 27 de

abril del 1995, e inscrita en el tomo 1, pág. 22, acta 22, durante el mismo procreamos una hija menor de edad llamada CYNTHIA CAROLINA COPO RAMÍREZ, de 17 años de edad. Con mi cónyuge RAMÍREZ MANTILLA MARÍA FILOMENA, nos encontramos separados con ruptura absoluta e ininterrumpida de relaciones conyugales y sexuales por más de ocho años, debiendo indicar que realizamos la disolución conyugal por sentencia como se desprende de la razón sentada en la partida de matrimonio. Por lo expuesto y de acuerdo a lo que dispone el artículo 110, numeral 11, inciso segundo del Código Civil, vengo ante su autoridad y solicito que se sirva declarar disuelto el vínculo matrimonial que nos une y disponer la marginación de la sentencia en el Registro Civil de la ciudad de Tisaleo. Citada que ha sido legalmente la demandada, según consta del acta de citaciones presentada por el citador Dr. Joselito Torres que obra a fojas 12 del expediente, la demandada comparece a juicio con escrito que obra a fojas 11. Del expediente y señala casillero judicial para recibir sus futuras notificaciones. Se ha procedido a proveerle de un curador *ad-litem* para la menor CYNTHIA CAROLINA COPO RAMÍREZ habida dentro del matrimonio a fin de que le represente en la presente causa, cargo recaído en la persona de la señora MARTHA PIEDAD COPO SÁNCHEZ, quien se ha posesionado así como ha sido notificado con lo actuado, según consta del acta fojas 27 del proceso. El actor mediante escrito solicita que se señale día y hora para la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, la cual ha sido señalada para el día 26 de diciembre del 2013 a las 11h00. Se ha cumplido con la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, diligencia practicada a fojas 30 de los autos y en rebeldía de la demandada. Tramitada que ha sido la presente causa, agotado su procedimiento, encontrándose en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Se han cumplido con las solemnidades sustanciales, propias a esta clase de juicios, sin haber violentado las normas del debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador por lo que la suscrita Jueza es competente para conocer y resolver la presente causa, por lo cual se declara su validez; **SEGUNDO.-** De conformidad con el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor, probar los hechos propuestos afirmativamente en el juicio y que ha negado la demandada. **TERCERO.-** Dentro del término de prueba, el actor reproduce en su favor todo cuanto de autos que le fuere favorable, así mismo ha impugnado la prueba de la parte contraria, PRUEBA TESTIMONIAL DEL ACTOR: Ha presentado testimonios que obran a fojas 35, 36, 37 y 40 del expediente, quienes en forma concordante dicen: ser ciertos y verdaderos los hechos peguntados, y que se encuentran separados hace unos ocho años según declaran los testigos en forma concordante. **CUARTO.-** Mediante decreto de fecha 16 de enero del 2014, las 15h48 se señala día y hora para que se lleve efecto la audiencia de conciliación para regular la situación económica de la menor, tenencia y visitas habida dentro del matrimonio la cual ha sido señalada para el día viernes 21 de febrero del 2014 a las 10h00, diligencia a la que han comparecido el abogado Jorge Enrique Sánchez ofreciendo poder o ratificación del actor ERNESTO MARCELO COPO SÁNCHEZ; y la señora MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA con su abogada defensora la Abg. Nelly Mariana López Núñez, no comparece la curadora ad litem de la menor Cynthia Copo, señora Martha Piedad Copo Sánchez pese a estar legalmente notificada, el actor mediante escrito que obra a fojas 49 del proceso aprueba y ratifica la intervención del abogado Jorge Sánchez en todas sus partes en la presente audiencia. **QUINTO.-** Abierto que ha sido el término de prueba, el actor ha solicitado que se reproduzca todo de autos que le fuera favorable. Impugna la prueba que llegare a presentar la parte demandada asimismo, se ha oficiado a la doctora Ximena Herdoiza para que confiera copias certificadas del acta de acuerdo que ha sido resuelta en el juicio nro. 2013-10169 dictada por la suscrita en la cual ya se ha fijado los alimentos para la menor habida dentro del matrimonio, y con la finalidad de justificar los fundamentos de su acción. Por lo expuesto la suscrita Jueza en uso de sus atribuciones conferidas por la Constitución de la República del Ecuador y en base a pruebas documentales y testimoniales aportadas en la presente causa por tales consideraciones se dispone lo siguiente: **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN EL NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se declara con lugar la demanda y por lo tanto, disuelto por divorcio el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges señores: ERNESTO MARCELO COPO SÁNCHEZ y MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En cuanto a la menor habida dentro del matrimonio, ésta continuará bajo el cuidado y protección de su señora madre MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA, debiendo el padre sujetarse a la pensión alimenticia que viene suministrando mediante resolución emitida con fecha miércoles 13 de marzo del 2013 a las 13h06 por el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Ambato de ese entonces y que actualmente se encuentra signado con el nro. 2013-10169 más los beneficio de ley que le corresponden en los actuales momentos mediante mesadas anticipadas y dentro de los cinco de cada mes, para lo cual se hará conocer este particular al señor pagador de la Unidad Judicial de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Ambato. Ejecutoriada que sea la presente resolución, se ordena su marginamiento en la partida de matrimonio constante del tomo 4, página 22, acta 22, matrimonio celebrado en la ciudad de Tisaleo, provincia de Tungurahua, en la Dirección Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación del cantón Tisaleo el día veintisiete de abril de mil novecientos noventa y cinco. Particular que se hará conocer al funcionario respectivo, a fin de que tome nota en los libros correspondientes. Confiérase las copias certificadas necesarias que se soliciten, previas las formalidades de ley. Actúe en calidad de Secretario encargado el doctor John Franco mediante oficio nro. DP18-1333-2014. **Cúmplase y Notifíquese.**
f) Dra. Elida Beatriz Pérez Sánchez, Jueza.

RECURSO DE APELACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ambato, martes 14 de octubre del 2014, las 14h05.
VISTOS: En el juicio verbal sumario de divorcio nro. 2014-0244, que sigue Ernesto Marcelo Copo Sánchez contra María Filomena Ramírez Mantilla, el Tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, integrado por los Jueces Provinciales Doctores Ricardo Araujo Coba, Paúl Ocaña Soria y Luis Villacís Canseco (ponente), dicta la siguiente sentencia:
ANTECEDENTES:
1.- DE LA DEMANDA. Ernesto Marcelo Copo Sánchez —en adelante actor o demandante— comparece con su libelo de demanda que obra a fojas 5 (ésta y las posteriores citas corresponden al cuaderno de primera instancia), en el cual expone que es casado con María Filomena Ramírez Mantilla —en adelante demandada o recurrente—, con quien han procreado a Cynthia Carolina Copo Ramírez, de 17 años de edad. En su escrito inicial explica que con su cónyuge se encuentran separados con ruptura absoluta e ininterrumpida de relaciones conyugales y sexuales por más de ocho años, y que han realizado la disolución conyugal (sic) por sentencia. Por lo expuesto y de acuerdo a lo que dispone el artículo 110, numeral 11, inciso segundo del Código Civil, en trámite verbal sumario demanda a su cónyuge se declare disuelto el vínculo matrimonial que les une.
2.- DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN. Admitida que ha sido la demanda al trámite verbal sumario, con ella se ha citado a la demandada (fojas 12), quien comparece al proceso mediante el escrito en el cual señala los lugares para sus notificaciones y designa su defensora, pero no ha acudido a la audiencia de conciliación para contestarla, lo cual se tiene como una negativa simple de sus fundamentos.
3.- DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. Una vez agotado el trámite de primera instancia, la señora Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato, doctora Beatriz Pérez Sánchez, ha dictado sentencia (fojas 58) aceptado la demanda y declarando disuelto el vínculo matrimonial que existe entre los justiciables, y estableciendo la situación en la que quedará su hija.
4.- DE LA APELACIÓN. De la sentencia dictada por la señora Jueza de primer nivel, la demandada interpone recurso de apelación (fojas 61) por cuanto dice no estar conforme con ella, en virtud de que la valoración de la prueba de la parte accionante no justifica los fundamentos de hecho ni de derecho de la demanda.
COMPETENCIA
5.- Este Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación, en virtud de la materia, el sorteo, lo que establece el primer numeral del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial y atento el contenido de la Resolución nro. 128 por la cual el Consejo Nacional de la Judicatura crea la

Sala de lo Civil y la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Tungurahua, atribuyendo a esta la competencia para conocer lo que es motivo de la presente litis.

VALIDEZ PROCESAL

6.- En la sustanciación del proceso no se han omitido solemnidades sustanciales, ni se ha cometido violación de trámite que puedan influir en la decisión de la causa o provocar indefensión, aparte que se han observado las garantías básicas inherentes al debido proceso, conforme lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, por cuya razón se lo declara válido.

ACTIVIDAD PROBATORIA

7.- Con el fin de justificar los hechos alegados en su libelo de demanda, el demandante:

7.1.- Ha adjuntado a su escrito inicial una copia certificada del acta de inscripción de su matrimonio con la demandada, contrato que ha tenido lugar en el cantón Tisaleo, el 27 de abril de 1995 (fojas 3), con lo cual se demuestra la existencia del vínculo matrimonial de cuya disolución se trata en esta causa, así como la disolución de la sociedad conyugal declarada por el señor Notario Octavo de Ambato y que se halla marginada en el acta matrimonial. 7.2. Ha presentado un certificado de la inscripción del nacimiento de Cynthia Carolina Copo Ramírez, hija de quienes constituyen partes procesales (fojas 4). 7.3. Por petición suya, han concurrido a rendir sus declaraciones testimoniales María Georgina Pazmiño, Clara Esther Salazar, Carlos Eduardo Bonilla y Walter Gustavo Salazar (fojas 35, 36, 37, 40), a quienes les ha interrogado si conoce que con su cónyuge se encuentra separado, y desde hace qué tiempo (fojas 31) –las otras preguntas únicamente dicen relación con los datos de los testigos, su conocimiento a las personas que constituyen partes procesales y la razón de sus dichos-, a lo cual han respondido que si se encuentran separados hace unos ocho años.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

8.- Respecto de las pretensiones de quienes constituyen partes procesales, cabe anotar que: **8.1.-** Correspondía al actor demostrar sus asertos, según lo previsto en los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, y los jueces deben valorar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues así lo manda el artículo 115 ibídem, únicamente atendiendo a los elementos practicados por las partes, conforme declara el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial al establecer el principio de la verdad procesal, así como su artículo 19 que, en virtud del principio dispositivo, que también manda a observar el numeral sexto del artículo 168 de la Constitución de la República, previene que los jueces deben resolver 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. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria, lo anuncia el artículo 76, cuarto numeral, de la Constitución de la República. **8.2.-** El fundamento de derecho invocado en la demanda (inciso segundo del numeral 11 del artículo 110 del Código Civil) determina que es causa de divorcio el **abandono** de uno de los cónyuges por más de tres años. Mientras tanto, como fundamento de hecho, el actor afirma que con su cónyuge "nos encontramos **separados** con ruptura absoluta e ininterrumpida de relaciones conyugales y sexuales por más de ocho años". Dentro de la estación probatoria, a través de los dichos de sus testigos, el demandante únicamente ha acreditado que se encuentra separado de su cónyuge por más de ocho años. **8.3.-** Al respecto, cabe hacer la siguiente reflexión: El hecho de no vivir juntos los cónyuges, no está previsto en la ley como causa de divorcio; pues los cónyuges pueden vivir separados pero manteniendo incólume la relación conyugal. No se debe confundir los términos abandono y separación, ya que el primero presupone la falta de uno de los deberes fundamentales de la institución matrimonial, cual es la voluntad de dejar al otro, y esto constituye causa de divorcio, mientras que el segundo comporta una falta de cohabitación que no siempre extingue la relación conyugal, por lo cual la ley no lo contempla como causa de divorcio. En varios fallos, la Ex Corte Suprema de Justicia ha realizado esa distinción, advirtiendo que el "abandono" de uno de los cónyuges se debe entender en su sentido natural y obvio, conforme la segunda regla de interpretación que contempla el artículo 18 del Código Civil. *"De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, <abandono es acción y efecto de abandonar> y <abandonar> es <dejar, desamparar a una persona o cosa. Don Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual nos enseña que el «abandono conyugal» consiste en «la dejación voluntaria y culposa que el marido o la mujer hace de cualquiera de los deberes mencionados con su convivencia peculiar». 1. Aspectos: tal conducta comprende, en sus especies, desde la manifestación más*

visible de alejarse del hogar común sin justificación adecuada, la cohabitación externa, hasta la interrupción íntima del débito matrimonial, la cohabitación corporal, sin excusa bastante por salud o edad. Abarca también la negativa a cooperar económicamente al mantenimiento del hogar, de acuerdo con los ingresos habituales o el patrimonio permanente. Como se puede observar, la causal establecida en el inciso 2.° del literal 11° del artículo 110 del Código se refiere «al abandono de cualquiera de los cónyuges» mas no a <la separación> de cualquiera de los cónyuges que invoca el recurrente como fundamento de su demanda. <Abandono> y <separación>, son aplicaciones de los verbos abandonar y separar, que son total y absolutamente distintos" Gaceta Judicial Serie XVIII, nro. 5, p. 1728. En fallos de triple reiteración, que constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, según el artículo 19 de la Ley de Casación, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), sostiene que *"La separación de los cónyuges no presupone necesariamente el abandono del hogar común por uno de ellos, ya que es frecuente que, por circunstancias diversas como la realización de estudios, desempeños de funciones públicas o privadas, prestación de servicios personales con o sin relación de dependencia etc., los cónyuges fijen sus domicilios en localidades diferentes, tanto más cuanto que por lo que dispone el artículo 135 del Código Civil los cónyuges fijan de común acuerdo su residencia de manera que bien pueden convenir en que cada uno de ellos lo tenga en lugar distinto, sin que esto implique abandono, de manera que no es suficiente probar el hecho de la separación para que proceda como causa de divorcio…"(ibídem,* p. 1729). **8.4.-** En la presente causa, como se dejó indicado, los testigos dan cuenta de la separación de los cónyuges hace unos ocho años, pero nada dicen sobre el quebrantamiento del *affectio conyugalis* que es la razón de la existencia del matrimonio; en otras palabras, se ha justificado la existencia de la separación, pero no del abandono, y este último constituye causa de divorcio en cuanto refleja rompimiento de las relaciones conyugales, por la voluntad de uno de los cónyuges de renunciar a la convivencia y desistir de los deberes que impone la institución matrimonial, y ninguna otra probanza se ha realizado con este propósito. **8.5.-** En consecuencia, no se ha justificado la existencia de la undécima causa de divorcio que prevé el art. 110 del Código Civil, lo cual torna inepta la demanda y justifica la interposición del recurso de apelación por parte de la demandada.

DECISIÓN

9.- Por la motivación que se deja expuesta, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta el recurso de apelación interpuesto por María Filomena Ramírez Mantilla, se revoca la sentencia subida en grado y se rechaza la demanda presentada por Ernesto Marcelo Copo Sánchez. Sin costas. **Notifíquese.**

f) Dr. Luis Gilberto Villacís Canseco, Juez; Dr. Ricardo Araujo Coba, Juez. (V.S.); Dr. Nilo Paúl Ocaña Soria, Juez.

VOTO SALVADO

Juez: Dr. Ricardo Araujo Coba

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. SALA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ambato, martes 14 de octubre de 2014, las 14h05

VISTOS: Emito el presente voto salvado, en la causa nro. 0244-2014, en que ERNESTO MARCELO COPO SÁNCHEZ, presentan una demanda de divorcio en contra de MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA, por los siguientes aspectos: **PRIMERA.-** Sobre las partes tituladas "ANÁLISIS DE LA PRETENSIONES", numerales 8.4, 8.5 y "DECISIÓN" numeral 9, me aparto por lo siguiente: Las garantías del debido proceso, al actuar dentro de los márgenes que establece el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; esto es de acuerdo a unos márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (art. 1 *ibídem*), respetando en todo momento la dignidad, derechos y garantías jurisdiccionales y judiciales de las partes. El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando que en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio y que para esto se de es necesario que exista ciertos presupuestos indispensables,

entendiendo por presupuesto aquellas circunstancias anteriores al inicio de la actividad, sin las cuales el proceso no podrán ser considerado como legítimo, careciendo de validez y eficacia jurídica lo que se actuare sin existencias de los presupuestos previamente normados; la norma constitucional contenido específicamente en el artículo 76 numerales 1, 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en la parte pertinente 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 cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, lo que implica la existencia de normas claras, previas a la acción de los actos humanos, por lo que existe la norma procesal respectiva que los regula y norma el procedimiento a seguirse, información que es de cumplimiento irrestricto de los mismos; en concordancia con el artículo 82 *ibídem*, que norma sobre "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 artículo 424 inciso primero ibídem, sobre la supremacía de la Constitución. **SEGUNDA.-** Fallos de triple reiteración. La actual Sala Única de lo Civil, Mercantil y Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, apartándose de la rigurosidad legalista de la ex Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, con ajuste a la interpretación judicial que debe efectuarse bajo los cánones de la nueva hermenéutica constitucional de derechos y justicia, propia del modelo vigente en el Ecuador, en fallos de triple reiteración —que constituyen la línea jurisprudencial a seguir por los Órganos Judiciales de primero y segundo niveles—, y que se reiteran en otros fallos del año 2013, ha resuelto: *"**a.** La separación voluntaria e injustificada en que se encuentran los cónyuges por un lapso que supera los tres años de —(sic) lugar al divorcio en virtud de la causal prevista en el inciso segundo, numeral 11 del artículo 110 del Código Civil. **b.** La existencia del vínculo matrimonial prevé que los cónyuges cumplan con los fines para los cuales fue concebido así el de vivir juntos, procrear, y auxiliarse mutuamente; además que los dos cónyuges deben manifestar claramente la intención de mantener una relación marital con la derivación de los efectos personales y patrimoniales. **c.** La causal de divorcio prevista en el artículo 110, numeral 11 del Código Civil dice: "Son causas de divorcio:...11.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año ininterrumpidamente.// Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges...'. **d.** Este segundo inciso del numeral 11 del artículo 110, faculta a cualquiera de los cónyuges ya se trate como sujeto activo como al que tiene la calidad de sujeto pasivo o agraviado para demandar el divorcio siempre que haya operado el abandono 'voluntario e injustificado e ininterrumpido" por un tiempo superior a tres años y con inexistencia total de relaciones conyugales. **e.** El quiebre de la convivencia conyugal y la desaparición de la affectio conyugalis o affectio maritalis. **f.** Si durante este lapso de tiempo en que se ha producido el abandono y ninguno de los cónyuges demuestre la intención de reanudar la vida conyugal ni dice motivos que impidan hacerlo. **g.** La mera presentación de la demanda pone de manifiesto la ruptura de la relación conyugal. **h.** No existe por parte de los cónyuges la voluntad de dar cumplimiento a los fines del matrimonio"* Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Niñez y Adolescencia, Jurisprudencia ecuatoriana, Ciencia y Derecho, 3.a edición, período enero-diciembre 2013, "Configuración del abandono como causal de divorcio", Quito, Ecuador, págs. 112 y 113, juicios números 030-2012, 068-2012, 080-2012-. Este extracto ha sido condensado de fallos como el que sigue: *"...**La prueba analizada, deja entrever la separación en que viven los cónyuges** y, la demandada fuera del país como se infiere además, del poder que otorga desde los Estados Unidos de Norte América a su mandataria para que intervenga en este juicio; **estas circunstancias hacen imposible el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los que hablan los Arts. 81 y 136 del C. Civil,** y de acuerdo al criterio sentado por la entonces Corte Suprema de Justicia de que, **cuando se dan en el matrimonio las circunstancias anotadas, el divorcio que lo disuelve, es procedente y necesario para salvaguardar los intereses de la sociedad y de la familia.** Si bien en el considerando Quinto el Tribunal ad quem usa el término "separación" **al calificar que "estas circunstancias (de la separación hacen imposible el cumplimiento de los derechos y obligaciones** de los que hablan los arts. 81 y 136 al 138 del C. Civil... **está fundamentando el abandono de acuerdo a la hipótesis del inciso 2.° del numeral 11 del art. 110 del Código Civil..."*—lo destacado no corresponde al texto original—; y, más adelante acota: *"...Cuáles*

son las características jurídicas de este segundo caso: a) No se aplica el concepto de cónyuge agraviado; y, por lo tanto, ***no tiene importancia jurídica el hecho del abandono*** *del otro cónyuge, ni la naturaleza, de ese abandono: b) por lo dicho en el literal anterior, en este caso basta comprobar el abandono: c) El divorcio procede si el abandono hubiere durado más de tres años. D) ¿Quién puede demandar divorcio procede en este segundo caso? Cualquiera de los cónyuges. E) El abandono del cónyuge, a que se refiere la causal 11.a del art. 110 del Código Civil, implica el rompimiento de los elementos y vínculos que genera el contrato –sic- de matrimonio, como son: vivir juntos, guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida; suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común. Es decir que abandono no significa simplemente separación física de los cónyuges, sino que en el* ***abandono hay una intencionalidad de romper los vínculos del matrimonio...*** *A criterio de esta Sala es importante que en estos casos* ***la jueza o juez reconozca la diferencia que existe entre la mera separación material de los cónyuges de lo que es propiamente el abandono,*** *pues en el primero de los casos, una pareja puede estar separada por circunstancias aún ajenas a su voluntad u obligados por ciertos acontecimientos como puede ser el viaje de uno de los cónyuges fuera del hogar por motivos de estudios, trabajo, salud, etc. Pero persiste el sentimiento afectivo que los une y por tanto el "ánimo" de permanecer juntos y mantener su unidad familiar; en tanto que en el* ***abandono, a más de la separación material, existe el rompimiento de los lazos afectivos,*** *un aspecto de índole sicológico sentimental que hace desaparecer deseo de estar juntos, de mantener una vida familiar, es decir, el affectio conyugales (sic) y por el contrario, el interés es más bien de separarse definitivamente rompiendo el contrato matrimonial"* -lo destacado es del Tribunal; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, diciembre 28 del 2010, las 16h10, Juez Ponente: Dr. Carlos M. Ramírez Romero, resolución número 713-2010, juicio número 904-2009, verbal sumario de divorcio, Luis Nicanor Yaquilema Martos vs. Rosa Imelda Pérez Ushca, Suplemento Registro Oficial número 6, de junio 7 del 2013, pp 5 y 6-; se repite en: 1. Resolución número 25-2011, juicio número 835-2009-ER, mismo periódico Estatal; 2. Resolución número 713-2010, juicio número 904-009, mismo Registro Oficial, entre otros. Aporte Doctrinal. –Conviene aclarar que el Diccionario de Lengua "Española", que debemos aceptarla como Castellana por imperativo del artículo 2 inciso segundo de la CRE, que norma como idioma oficial el Castellano, *"abandono" es "acción y efecto de abandonar o abandonarse" y "abandonar" es "Dejar desamparar a alguien o algo". Don Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, nos enseña que: "el abandono conyugal consiste en la dejación voluntaria y culposa que el marido o la mujer hace de cualquiera de los deberes mencionados con su convivencia peculiar. 1.* ***Aspectos****: Tal conducta comprende, en sus especies, desde la manifestación más visible de alejarse del hogar común sin justificación adecuada, la* ***cohabitación externa****, Hasta la interrupción íntima del débito matrimonial,* ***la cohabitación corporal****, sin excusa bastante por salud o edad. Abarca también la negativa a cooperar económicamente al mantenimiento del hogar, de acuerdo con los ingresos habituales o el patrimonio permanente. Como se puede observar, la causal establecida en el inciso 2.° del literal 11 del art. 110 del Código se refiere al abandono de cualquiera de los cónyuges…" Affectio conyugalis.* Es claro que la causal legislada como undécima en el artículo 110 del CC es el "abandono", esto es que a más de la separación material existe el rompimiento de los lazos afectivos, ese aspecto de índole sicológico-sentimental que hace desaparecer el deseo de estar juntos, de mantener una vida familiar, es decir, el *"affectio conyugalis" o "maritalis"*, lo que se ha determinar con el incumplimiento de los fines del matrimonio establecidos en los artículos 81, 136 al 138 del CC, que literalmente dicen: *"art. 81. Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente… art. 136 (ex 134). Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges. art. 137 (ex 135). Los cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia. art. 138 (ex 136). Los cónyuges deben suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común. Cualquiera de los cónyuges estará siempre obligado a suministrar al otro, el auxilio que necesite para sus acciones o defensas judiciales. Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común"* Al tiempo de resolver, entonces se ha de tomar en cuenta lo que enseña al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuando al presentar un trabajo

jurisprudencial de ese Órgano Judicial, decía: *"…la nueva lógica que se aprecia en el nuevo modelo de administración de justicia que viene desarrollándose a partir de la Carta de Montecristi, donde* ***la lógica del silogismo y la subsunción debió ceder terreno a la ponderación, argumentación y motivación jurídicas como formas más eficaces de interpretación y aplicación del derecho y la ley en aras de la justicia…****"; y a la vez despertar la actitud crítica del pensador jurídico ecuatoriano de los apremiantes cambios y transformaciones jurídicas que reclama la casación en el Ecuador.* ***Al no poder la institución preponderantemente formal antes señalada,*** *tal cual está concebida en la actualidad* ***compactar sus fines con los de un Estado constitucional de derechos y justicia".*** –lo resaltado no consta en el texto original; RAMÍREZ ROMERO, Carlos Dr. 2011, Prólogo, Jurisprudencias Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, Corte Nacional de Justicia, Quito, Ecuador, p. 17". Que en el presente caso ha operado el abandono de ocho años, que determina el incumplimiento de los fines del matrimonio establecidos en los artículos 81, 136 al 138 del CC. **TERCERA.-** Por tales consideraciones, y sin que fuere necesario hacer otras, este Tribunal, **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 apelación interpuesto por MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA, confirma la sentencia venida en grado. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, se le condena a la recurrente MARÍA FILOMENA RAMÍREZ MANTILLA al pago de costas procesales y al pago de los honorarios de la demandada, que se los regula en el 50% del salario básico unificado del trabajador en general, esto es 170,00 USD que serán ejecutados por la señora Jueza de primera instancia. Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Luis Gilberto Villacís Canseco, Juez; Dr. Ricardo Araujo Coba, Juez; Dr. Nilo Paúl Ocaña Soria, Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 247-2014

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, a miércoles 15 de julio del 2015, las 15h30.-

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES: El señor Ernesto Marcelo Copo Sánchez ha comparecido ante la jurisdicción de la provincia de Tungurahua -Ambato-, demandando el divorcio causal a su cónyuge María Filomena Ramírez Mantilla, fundamentado en la causal 11 inciso segundo del artículo 110 del Código Civil (en adelante CC); obteniendo sentencia favorable en primer nivel, que una vez recurrida por la parte accionada ante la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, con fallo de mayoría revoca la resolución dictada por el Juez de primer nivel y rechaza la demanda. Ante este cuadro procesal, el demandante comparece en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación del fallo contrario a su pretensión inicial, el que ha sido negado por el Tribunal de instancia, accediendo el proceso a este nivel jurisdiccional en virtud del recurso de hecho concedido y admitido a trámite por el Tribunal de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

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 adelante CRE), en relación con los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11 (en adelante COFJ)[1]; artículo

[1] Ver Suplemento del R.O. nro. 38 del 17 de julio 2013.

1 de la Ley de Casación (en adelante LC) 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.° 01-2015 de 28 de enero 2015, 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 CASACIONISTA Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La defensa del casacionista apoya el recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa la infracción de los arts. 115, 116 y 207 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), art. 185 inciso segundo CRE, y art. 182 COFJ.

En la fundamentación del recurso alega: Falta de aplicación de los artículos 115 y 116 CPC, por cuanto no se han apreciado las pruebas en conjunto, ni en forma completa, se prescinde de los principios de valoración de la prueba, y se infringen las reglas de la sana critica como dispone el art. 207 ibídem; especialmente no se ha valorado la prueba aportada sobre la pensión alimenticia de su hija, la que según refiere, fue fijada mucho tiempo antes de la presentación de la demanda de divorcio, así también las declaraciones de sus testigos con lo que ha demostrado -que existe la separación y por ende el abandono entre el compareciente y su cónyuge-.

Sostiene así mismo, que no se ha aplicado la jurisprudencia obligatoria, fallos de triple reiteración dictada para casos como este, sentada tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte Nacional de Justicia que se citan y analizan en el voto salvado, y que debieron aplicarse como disponen los arts. 185 inciso segundo CRE, art. 182 COFJ, y 19 de la LC.

Finalmente señala, que al proceder de esta manera, el Tribunal de instancia incurre en una interpretación legalista de la causal de divorcio por abandono[2], contraria -a la nueva hermenéutica constitucional de derechos- en la que se enmarca la referida línea jurisprudencial desarrollada en los mencionados fallos.

Dicho de otra manera, la falta de aplicación de preceptos jurídicos de valoración de la prueba, conducen al Tribunal de alzada a la luz de este análisis, a una equivocada aplicación de la norma de derecho que prevé el abandono de más de tres años como causal de divorcio prevista en el art. 110. 11 inc. 2 CC.

4.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

La decisión de este caso pasa por dilucidar y resolver dos cuestiones que constituyen los puntos centrales del recurso, a saber: **i)** ¿ El Juez plural al dictar la sentencia, vulneró preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (arts. 115, 116, y 207 CPC), situación que indirectamente le ha llevado, a aplicar en forma equivocada la norma de derecho que regula como causal de divorcio el abandono del otro cónyuge por más de tres años?; concomitante con esto, **ii)** ¿Existe en forma real o aparente, disociación y antagonismo entre los términos separación y abandono cuando se utilizan para fundamentar la causal prevista en el art. 110. 11, inciso segundo CC ?.

5.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS PRESENTADOS A LA SENTENCIA, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL TERCERA DEL ART. 3 DE LA LEY DE CASACIÓN, EN RELACIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

5.1.- El casacionista ataca la sentencia acusando falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en los artículos 115, 116 y 207 CPC; al fundamentar su alegación afirma, que no se han valorado adecuadamente las declaraciones de sus testigos en conjunto con la prueba aportada sobre la pensión alimenticia que viene pasando a su hija, fijada con anterioridad a esta demanda, con lo que ha demostrado que existe la separación y por ende el abandono entre el recurrente y la cónyuge demandada; situación que según indica, también infringe las reglas de la sana crítica; y por otra parte alega, que no se ha aplicado la jurisprudencia obligatoria que existe para este caso.

5.2.- En relación a la falta de aplicación de la jurisprudencia obligatoria en la sentencia impugnada, revisados los fallos a los que se refiere el recurrente citando gran parte del voto salvado, no existe la triple reiteración alegada, pues este criterio según la

[2] El art 110. 11, inc. 2 CC prevé como causal de divorcio el abandono de más de tres años.

propia referencia, solo ha sido reiterado en dos fallos, en la Resolución n.° 713-2010, juicio n.° 904-2009, R.O. n.° 6, de 7 de junio de 2013 pág. 5 y 6, y en la Resolución n.° 25-2011, juicio n.° 835-2009-ER. Por tanto, si bien en ese tiempo antes de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, de acuerdo con el art. 19 LC constituía precedente para la aplicación de la ley, al no existir triple reiteración su aplicación no es obligatoria ni vinculante.

Y luego en forma posterior, si bien esta Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, ha reiterado por más de tres ocasiones la misma opinión sobre este punto de derecho, referido al tratamiento sobre -separación y abandono- como causal de divorcio, todavía no ha remitido ningún fallo al pleno a fin de que delibere y decida, de conformidad con los arts. 185 CRE, 182 COFJ, y 19 de la LC.

En virtud de lo expuesto, se desestima este cargo a la sentencia por improcedente, pues el Tribunal de la Sala no estaba obligado a aplicar este criterio en la sentencia.

5.3.- Continuando con el análisis de los demás cargos a la sentencia, al efecto hay que determinar si los arts. 115, 116, y 207 CPC, contienen efectivamente preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

En su orden las mencionadas disposiciones se refieren a la valoración de la prueba, la pertinencia de la prueba, y la apreciación de la declaración testimonial, su sola lectura nos lleva a concluir que las referidas normas en verdad contienen preceptos jurídicos de valoración de la prueba, por tanto su infracción como acertadamente invoca el recurrente, puede servir de fundamento para la causal tercera del art. 3 de la ley de la materia, en tanto las citadas normas contienen los siguiente enunciados jurídicos: [La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,... El Juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.]; "Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio.]; y sobre la valoración de las declaraciones testimoniales de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

5.4.- En la especie, el recurrente al fundamentar sus asertos cuestiona el proceso de valoración probatoria, al respecto alega que, "La falta de valoración de la prueba se da entre otras cosas cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa y en el presente proceso no se ha valorado adecuadamente las declaraciones de mis testigos, como tampoco se valoró la prueba sobre la pensión alimenticia para nuestra hija."[3].

Para evidenciar los errores en los que a su criterio ha incurrido el Tribunal de alzada al dictar la sentencia impugnada con voto de mayoría, realiza varios cuestionamientos que los formula a través de interrogantes, para concluir manifestando que: "Las pruebas presentadas y practicadas deben ser analizadas en conjunto y no individualmente."[4]

Es decir su impugnación apunta a demostrar, que la valoración de la prueba no se la ha hecho en forma conjunta ni completa de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues se ha omitido considerar una de ellas que según indica es relevante para la decisión de la causa, como la documentación aportada respecto a la pensión alimenticia fijada para su hija, de ahí sostiene que las conclusiones a las que llega el juzgador, no guarden coherencia con los hechos que aparecen probados en el proceso; lo que vuelve imperativo para este Tribunal, examinar la sentencia en relación a los medios probatorios aportados y la valoración hecha por los señores Jueces de instancia, a fin de determinar si efectivamente se han vulnerado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, conforme viene alegando el recurrente.

5.4.1.- El Tribunal de instancia en la sentencia impugnada en los considerandos: "ACTIVIDAD PROBATORIA: 7.-", al enunciar los medios probatorios aportados por el demandante, efectivamente no hace mención respecto a esta prueba, limitándose a valorar la prueba testimonial aportada por el actor para justificar el hecho de la separación de su cónyuge por más de ocho años; así en uno de los siguientes considerandos sostiene:

> [8.2.- El fundamento de derecho invocado en la demanda (inciso segundo del numeral 11 del Art. 110 del Código Civil) determina que es

[3] Ver sentencia dictada en segunda instancia que corre de fojas 4 a 7 del expediente.
[4] Ibídem.

causa de divorcio el **abandono** de uno de los cónyuges por más de tres años.

Mientras tanto, como fundamento de hecho, el actor afirma que con su cónyuge 'nos encontramos **separados** con ruptura absoluta e ininterrumpida de relaciones conyugales y sexuales por más de ochos años". Dentro de la estación probatoria, a través de los dichos de sus testigos, el demandante únicamente ha acreditado que se encuentra separado de su cónyuge por más de ocho años.][5]

Y luego concluye:

[8.4.- En la presente causa, como se dejó indicado, los testigos dan cuenta de la separación de los cónyuges hace unos ocho años, pero nada dicen sobre el quebrantamiento del *affectio conyugalis* que es la razón de la existencia del matrimonio; en otras palabras, se ha justificado la existencia de la separación, pero no del abandono, y este último por la voluntad de uno de los cónyuges de renunciar a la convivencia y desistir de los deberes que le impone la institución matrimonial, y ninguna otra probanza se ha realizado con este propósito.]

5.4.2.- En la especie, de la revisión de los recaudos procesales a los que se remite la sentencia y otros a los que no hace mención se advierte, que si bien es verdad que los testigos presentados por el accionante al responder al interrogatorio formulado, dan cuenta como sostiene el Tribunal de apelación, que los cónyuges se encuentran separados desde hace ocho años; no es menos cierto, que al contestar las repreguntas formuladas por la demandada manifiestan, que por conocerles personalmente a los litigantes desde hace diez años como vecinos o inquilinos del lugar, saben que cuando vivían juntos estuvieron domiciliados en la -Av. Atahualpa, sector Huachi Grande-, y desde que se separaron hace ocho años, ya no se les ha visto cohabitar en el mismo domicilio del sector[6]; corrobora este este (sic) hecho el acta de citación y notificación practicadas a la demandada y a su hija en el domicilio señalado en la demanda, Casa n.° 2 del Condominio Angelmo, calles Los Incas y Yahuar Huacac de la ciudad de Ambato[7], distinto al domicilio del hogar común que mantenían cuando vivían juntos.

A parte de esta prueba, hay también otros elementos en el proceso, que si bien fueron aportados en relación a la situación de la hija del matrimonio, no hacen sino corroborar el hecho cierto de la separación que en razón del tiempo transcurrido se tornó en abandono voluntario de la cónyuge, como refieren los testigos acreditados, tanto es así que en la diligencia llevada a cabo para el efecto, la madre refiriéndose al padre de su hija manifestó: [... apelo a su sensibilidad para que nazca de él la voluntad de visitar y compartir con su única hija momentos de calidad y calidez que le ayudarán grandemente a superar su enfermedad y a formarse como persona y como hija y estudiante,…][8]; además se ha incorporado a los autos copia certificada del acta de la audiencia celebrada y de la resolución dictada por la Jueza Tercera de la Niñez y Adolescencia de Ambato, en la que se aprueba el acuerdo de las partes respecto de la pensión alimenticia que el padre debe pasar a la hija común.

5.4.3.- Apreciados estos hechos en su integridad, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dentro del contexto de la realidad en la que sucedieron y que informa el proceso, dan cuenta y se colige: i) Que la separación de los cónyuges se ha prolongado por un tiempo mucho mayor a tres años, hecho referido por los testigos al contestar la pregunta 4. Del pliego de preguntas formulado; ii) Que efectivamente durante este lapso los cónyuges no han mantenido convivencia, hecho que incluso se desprende de afirmaciones de la propia demandada, cuando al formular las repreguntas para los testigos del actor, dice: "6. Detalle el repreguntado con exactitud el lugar donde manteníamos nuestra familia, esto es mi persona, el señor MARCELO COPO y nuestra hija CINTHYA COPO."[9]; y, iii) Que en virtud del tiempo transcurrido, la separación se ha tornado en abandono, por lo que han desaparecido los elementos que configuran la relación conyugal, que fundamentalmente exige el

[5] Ob. Cit.
[6] Ver declaraciones testimoniales rendidas en primera instancia fojas 35, 36 y 37 del expediente de primera instancia.
[7] Ver actas de fojas 12 y 18 del expediente de primera instancia.
[8] Ver acta de audiencia de fojas 47 del expediente de primera instancia.
[9] Ver interrogatorio de repreguntas formuladas por la demandada fojas 33 del expediente de primera instancia.

deseo e interés manifiesto por mantener vigente el vínculo matrimonial y un proyecto de vida en común, consecuente con los fines del matrimonio, que no se puede lograr cuando uno o ambos cónyuges expresan su voluntad contraria.

5.5.- Sobre la separación y/o abandono como causal de divorcio: Si nos atenemos a la literalidad de la norma, la procedencia de la demanda por el segundo inciso de la causal undécima del artículo 110 CC fundamento de la presente acción, está supeditada a la existencia de abandono voluntario e injustificado por más de tres años.

No obstante, cabe mencionar que si bien el legislador utiliza el término "abandono" y no "separación", la concurrencia de la causal alegada queda demostrada cuando se llega a probar: a) Que los contrayentes han dado fin a la cohabitación por la voluntad unilateral e injustificada de uno de ellos; b) cuando la falta de cohabitación se ha prolongado por un lapso superior a los tres años; y, c) cuando además de la falta de cohabitación existe ruptura absoluta e ininterrumpida de las relaciones conyugales y los cónyuges han abandonado la intención de mantenerlas; en cuyo caso, el hecho de que al proponer la demanda de divorcio, el accionante haya utilizado el término separación y no el de abandono, deja de tener relevancia, ya que con el decurso del tiempo la separación de carácter definitiva deviene en abandono, al producir como efecto que el vínculo matrimonial que une a los cónyuges haya dejado de cumplir los fines para los cuales fue concebido, tras el incumplimiento de los deberes conyugales.

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, de manera reiterada se ha pronunciado en este sentido en las Resoluciones nro. 072-2014, 105-2004, 39-2013, 122-2012.

5.5.1.- En esta línea de análisis, a pesar de que el actor al presentar su demanda, en lugar de alegar el abandono utiliza la palabra separación asimilándola al abandono como causal de divorcio, es necesario mencionar que el uso de la noción separación, en el caso que nos ocupa no desnaturaliza el sentido de la causal invocada que prevé para ella el término abandono, que en definitiva no es otra cosa que el antecedente del estado de separación en el que se encuentran los cónyuges, tanto es así que revisados los motivos que tuvo el legislador para contemplar el caso como causal de divorcio encontramos que:

> [La Comisión Legislativa Permanente que introdujo esta causal, manifestó lo siguiente: "... que no es posible establecer las verdaderas causas morales y de hecho que motivaron **la separación,** para decidir sobre la culpabilidad del cónyuge que abandonó el hogar y que cuando se prolonga durante muchos años la separación de los cónyuges, manteniendo el vínculo jurídico, se producen situaciones de hecho que traen verdadera complicación, por los derechos que surgen de la conducta posterior de uno o de ambos cónyuges separados, todo lo cual debe ser apreciado y resuelto previsiva y equitativamente por el Legislador'."[10] (Las negrillas nos corresponden).

5.5.2.- En el caso que conocemos, de acuerdo a las pruebas que obran de autos, el estado de separación que mantienen los litigantes supera los tres años, lo cual no ha sido desvirtuado por la accionada quien no ha enervado el hecho de que su cónyuge por voluntad unilateral dejó el hogar, manteniéndose el estado de separación por un lapso prolongado durante ocho años en forma ininterrumpida, injustificada y voluntaria, sin que durante todo este tiempo ninguno de los cónyuges hayan dado muestras de su intención de reanudar la vida conyugal, por lo que, la simple oposición a la demanda no es justificativo del deseo de mantener vigente el vínculo matrimonial que legalmente le une con el accionante, pues se olvida, que de la institución jurídica del matrimonio surgen deberes y derechos recíprocos, que para tener real vigencia, debe cumplir necesariamente ciertos fines que se encuentran establecidos en la Constitución y la ley, como son la permanencia de la unión de los contrayentes, fundada en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, la solidaridad y el auxilio mutuo que se deben los cónyuges en todas las circunstancias de la vida en común[11], situación que dadas las circunstancias particulares de este caso no se verifican, puesto que el estado de separación lo

[10] GARCÍA FALCONÍ, José, "El Juicio de Divorcio por Causales", Editorial Jurídica Ecuador, Quito, 1989, pág. 81.
[11] Ver arts. 81,136 y 138 CC.

impide, el mismo que por haberse prolongado por un período mayor a tres años, se ha tornado en abandono, al no existir la voluntad de los cónyuges de superarlo y retomar la vida conyugal, por lo que el matrimonio ha dejado de cumplir sus fines.

5.5.3.- Al respecto esta Sala en el fallo n.° 102-2012, en la línea trazada por el precedente dictado en fecha anterior que nos permitimos citar, en relación a esta problemática se viene pronunciando en el siguiente sentido:

> […Al respecto, se observa lo siguiente: a) Si bien la reforma, en principio, sustituye la palabra 'separación' por el vocablo 'abandono', la disposición reformada establecía como causa para el divorcio la separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales, mientras que la norma vigente no incluye esta condición, sin duda, porque considera que el abandono, siempre que sea voluntario e injustificado, comporta la separación con inexistencia de relaciones conyugales y comprende dentro de él todo lo que abarcaría la separación;… c) Por otra parte, aunque las normas sustantivas en uno y otro caso no son idénticas, la jurisprudencia española se orienta por la falta del '*affectio conyugalis*' o '*afectio maritalis*' y sostiene lo siguiente: '89. AP Málaga, S 06-10-2000 (2000-61741) ...Considera la AP que el art. 82 CC debe interpretarse de manera flexible y amplia, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia admitan como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la *affectio 'conyugalis',* principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales...'; y, '112. AP Orense, S 29-06-2000 (2000511336)... No se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, siendo la mera presentación de la demanda de separación indicativa de ese contrario deseo; por otra parte la presentación de la demanda de separación pone de manifiesto la ruptura de la affectio maritalis, fundamento del matrimonio y sin la que éste carece de sentido;...][12].

5.5.4.- Sin pretender ir más allá del criterio expuesto en la citada jurisprudencia internacional, ni perder de vista que por ser de interés público el Estado está para proteger la institución del matrimonio y la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, entendida la familia como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos y de responsabilidad y cuidado de la prole, en el marco de los principios que rigen la doctrina de protección integral de sus derechos, así también para velar por los derechos de cada uno de los cónyuges preservando su autonomía, consideramos que la pérdida del afecto conyugal si bien puede ser la causa de la ruptura de relaciones, no basta para que proceda el divorcio si no va acompañado del incumplimiento de los deberes conyugales, que sobreviene como consecuencia del quebrantamiento de la convivencia, por el alejamiento de los cónyuges, en virtud del abandono del otro, con incumplimiento total y absoluto de las obligaciones matrimoniales, con la intención cierta de uno o de ambos de no continuar la vida en común, este hecho en la realidad pone fin a esta unión, pues es evidente el ánimo manifiesto de ruptura de este vínculo legal, en estas circunstancias el matrimonio no pueda cumplir los fines previstos, ni es conveniente para el bienestar de la familia su mantenimiento, especialmente cuando el afecto conyugal ha desaparecido, como elemento importante de la relación conyugal, a parte de otros que como consecuencia confluyen para la subsistencia de este vínculo.

5.5.5.- La pérdida del afecto mutuo, y el incumplimiento de los deberes conyugales en razón de la separación y abandono del otro cónyuge, deja abierta la posibilidad del divorcio como medida de solución legal, inevitable y necesaria frente a una situación que de hecho es irreversible, perjudicial para la parte más débil de esta relación, los hijos/as a quienes el Estado debe especial cuidado

[12] Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. Nro. 10. Página 3138. Quito, 13 de septiembre de 2002.

y protección de sus derechos; como sucede en el caso que nos ocupa, en el que la separación devino en abandono propiciado por el cónyuge que solicitó el divorcio a la autoridad competente, y la resistencia de la parte contraria sin exhibir razones que justifiquen su negativa simple a la demanda, tampoco ha realizado ninguna acción que nos permita dar cuenta de su interés en retomar la vida en pareja, ni ha justificado motivo alguno para no haberlo hecho, por lo que en estas circunstancias, "El derecho no puede obligar a vivir juntos a una persona con otra, si no lo que puede hacer es regular las consecuencia de sus actos"[13].

5.5.6.- En el marco de este análisis, la decisión tomada por uno de los cónyuges respecto al divorcio, examinada desde la visión constitucional a través de aquellos derechos denominados de libertad, consagrados en el Art. 66 de la Constitución de la República esto es, *"...5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás... 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre... su vida...";* derechos que en cuanto a su ejercicio se encuentran ligados al concepto de -autonomía de la voluntad- o capacidad del individuo para dictarse sus propias normas de conducta; principio básico del derecho privado que en el caso de las relaciones personales y de familia por lo que hemos visto, si bien están íntimamente vinculadas con el principio de reserva, y consecuentemente a la noción de orden público como límite infranqueable que el derecho opone a los individuos al momento de decidir respecto de sus intereses, por gozar de especial atención y protección del Estado, estos límites no son otros que los que impone el orden, la moral, las buenas costumbres, y el perjuicio a terceros, que se resume en la siguiente expresión: -Nadie podrá ser obligado hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que aquella no prohíbe-.

Si el derecho es una práctica social en el que se expresan los conflictos, tensiones y acuerdos de la realidad social, que se producen en una determinada época, no hay duda que esta noción debe ser reconstruida a partir de una nueva dinámica de aplicación del sistema normativo, acorde con las circunstancias de cada caso, especialmente en las relaciones de familia, cuando se trata legitimar ciertas prácticas sociales que rebasan su contenido, por lo que es indispensable la interpretación consonante de las normas con la realidad en la que se aplican, en base a los principios de razonabilidad y equidad en la valoración de los hechos puestos en el contexto de la realidad general, de acuerdo a los fines que informan su contenido esencial, y la forma como mejor armonizan con los principios que orientan los derechos constitucionales, sin que entonces tengamos que atenernos al texto estricto de la ley, sino a la interpretación de su espíritu para no caer en soluciones injustas, arbitrarias o incompatibles con el fines que persiguen, si no podemos prescindir de sus consecuencias, que por esta razón ameritan una solución práctica de la autoridad.

En lo que se refiere a la terminación del vínculo matrimonial por divorcio, al encontrarse previsto en la ley no afecta el orden público, pues mira al interés privado de los cónyuges, que bien puede ser consentido y manifestado a través de la autonomía privada.

5.5.7.- En tal virtud, habiéndose demostrado que la separación y abandono de los cónyuges con las connotaciones antes descritas, supera mucho más de los tres años previstos, efectivamente se ha configurado la causal alegada por el actor para obtener el divorcio de su cónyuge, en consecuencia existe la acusada falta de aplicación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba arts. 115 y 207 CPC, que han conducido al Tribunal de instancia, a una equivocada aplicación de la norma contenida en el Art. 110 numeral 11 inciso segundo del Código Civil.

Por lo que, cumplidos los presupuestos procedimentales de necesaria observancia para que se active el control de legalidad de este Tribunal de Justicia, procede de acuerdo con el art. 16 LC, casar la sentencia recurrida por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

6.- DECISIÓN EN SENTENCIA: Con esta motivación, el Tribunal único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** casa la sentencia recurrida, dictada el 14 de octubre

[13] ORDOQUE, Gustavo, "Matrimonio de Hecho en la Jurisprudencia Uruguaya, Buenos Aires, 2000, pág. 159.

del 2014, las 14h05, por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, y confirma la dictada en primera instancia por la Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Ambato el 9 de mayo de 2014, las 15h14 que declara con lugar la demanda de divorcio. Sin costas ni multa. Se dispone la inmediata devolución del expediente al juzgado de origen con el ejecutorial. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

Dirección de la Gaceta Judicial
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfonos: (02) 3953 500 ext. 22464
E-mail: g.judicial@funcionjudicial.gob.ec
Quito - Ecuador